

PAINEL II**CARTÉIS- IDENTIFICAÇÃO, INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO
CARTELS - IDENTIFICATION, INVESTIGATION AND
SANCTIONS**

Coordenador/Chairman: **Dr. Laércio Farina**

Senhoras e senhores, boa tarde. Dando início ao 2.º painel deste primeiro dia, do Seminário Internacional do IBRAC, eu gostaria de fazer a apresentação dos membros da mesa que apresentarão o tema: Cartéis, Identificação, Investigação e Punição.

A minha direita, conto com a presença do Dr. Paulo de Tarso, Secretário de Direito Econômico; Dr. Pedro Dutra, advogado sobejamente conhecido na área; Dr. Rui de Moura Ramos, que nos brindará pela segunda vez hoje, com a sua simpática apresentação e além de simpática e além de competente, apresentação sobre o tema e o Dr. Paulo Corrêa, Secretário Adjunto da SEAE. Em uma arrumação informal está também presente para complementar a pedido do próprio Dr. Paulo de Tarso, o Dr. Darwin Correia, Dr. do DPDE. Como debatedores temos conosco o Dr. Carlos Francisco de Magalhães, a minha esquerda, ex-presidente do IFRAC, pessoa que também dispensa apresentações, um dos decanos do antitrust no Brasil, sem chamar de velho evidentemente, é só uma observação respeitosa... respeitando evidentemente o Dr. Mauro Grinberg e veja que já é notório. E, o Dr. Mário Possas, economista e embora no nosso programa tenha falhado, uma lamentável falha da secretaria, o Dr. Mário Possas, também conhecido na área, além de economista é professor da URFJ.

Vamos para iniciar o debate ou a exposição a respeito do tema de Cartel, eu gostaria de passar a palavra ao Dr. Pedro Dutra, que será o primeiro expositor e solicitando aos senhores expositores que na medida do possível procurem observar o tempo aproximado de 20 minutos, para que possamos ter ao final da tarde mais tempo para possibilitarmos uma maior participação dos presentes nos debates principalmente num tema palpitante como é esse de Cartéis, um tema ao qual finalmente está se dando a devida atenção neste país e esta atenção parte principalmente dos órgãos do governo, da Comissão que preparou o anteprojeto de lei e que fez como observação em nota a imprensa divulgada pela Secretaria de Direito Econômico, anotou como uma das principais dificuldades encontradas no sistema de defesa da concorrência e até hoje esta é a primeira delas anotadas, ênfase excessiva no controle de concentração de empresas em detrimento da repressão a condutas anti-

competitivas. Aqueles que acompanham há vários anos os nossos seminários, sabe que alguns vem insistindo neste tema "conduta" de há muito, isto é o principal motivo que dá ou que provoca o interesse desse painel específico, razão do que estar inserido no dia de hoje como tema geral juntamente com concentrações. Dr. Pedro Dutra, o senhor está com a palavra em primeiro lugar.

Dr. Pedro Dutra: Boa tarde a todos.

Em uma segunda-feira às nove horas, o secretário de direito econômico ou o diretor-geral da nova agência, por meio de ato seu abre a verificação preliminar para apurar infração à ordem econômica eventualmente cometida pela empresa "A", determinando no mesmo ato a realização de inspeção nessa empresa. A inspeção é feita vinte e quatro horas depois de determinada, sendo então copiados documentos e arquivos eletrônicos que os inspetores relacionam ao objeto da averiguação. Neste mesmo dia, à tarde, a autoridade competente (o secretário da SDE ou o diretor-geral da agência) declara à mídia nacional que há indícios de que a empresa "A" violou a Lei, que a secretaria ou a agência já está de posse de cópias de documentos da empresa relacionados à averiguação em curso, e informa ainda que os dirigentes das empresas foram convocados a prestar esclarecimentos nos próximos dias.

Este evidentemente é um exemplo, não há hoje nada nestes termos, e espero que não venha haver; mas o exemplo acima foi moldado a partir das disposições contidas na medida provisória em vigor¹, que alterou fundamentamente as regras processuais da Lei 8.884/94, e contida na proposta de criação da agência. Do ponto de vista do administrado, as principais questões que estas alterações promovem são ao meu ver as seguintes.

A primeira delas, *a natureza da averiguação preliminar*. Por estes dispositivos a averiguação preliminar está inteiramente desnaturada, porque em lugar de uma etapa processual eventual, aberta quando não estão presentes os indícios suficientes à instauração imediata de processo administrativo, como está no texto original da Lei 8.884/94 e é da tradição jurídica brasileira - a averiguação preliminar converte-se em um processo administrativo que oculta seu nome, no qual a autoridade competente, ainda em sede de averiguação preliminar (segundo a proposta) vê-se investida de todos os poderes que são próprios do processo administrativo, ao passo que o averiguado não dispõe ainda das garantias da ampla defesa e do contraditório que são próprios do processo administrativo, pela simples razão que não há

¹ Tornada Lei nº 10.149. de 21 de dezembro de 2000.

acusação formalizada em averiguação preliminar a logicamente justificar o exercício desses direitos constitucionais. Em uma palavra, as autoridades, o secretário ou o diretor-geral, poderão promover esta averiguação preliminar descaracterizada, pois nela terão todo o poder de instrução, sem os infortúnios das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que assistem, devem assistir, a todos administrados.

Outro item, *a inspeção*. A inspeção como posta aí é uma desnaturação da inspeção que nós conhecemos no direito fiscal. Ela na verdade converte-se em um subterfúgio, primeiro ao pedido de esclarecimentos que toda a autoridade investida de poder de investigação tem para requisitar documentos e informações por escrito ao investigado, e, em segundo lugar, e mais importante, converte-se em meio para elidir a autorização judicial que é indispensável à obtenção do mandado de busca e apreensão. Permitida a realização dessa inspeção, na qual podem ser copiados documentos e arquivos eletrônicos, não vai haverá mais necessidade de se pedir esclarecimentos, de se fazer busca e apreensão; não haverá necessidade de o secretário ou diretor-geral ir ao Judiciário portando um pedido fundamentado, no qual estejam expostas as razões de fato e de direito a justificar a busca e apreensão. Por que faria isso, se pode, à sua vontade, discricionária e monocrática, promover a inspeção? E, nesta, copiados os documentos, a autoridade apenas solicitará ao averiguado que venha aos autos com os originais para conferência desses documentos copiados. Está aí portanto uma nova forma, muito especial, de se fazer uma busca e apreensão, de se obter documentos dos averiguados, para com eles acusá-los formalmente, sem a implicância (para a autoridade administrativa) do Judiciário.

O terceiro ponto, *esclarecimentos*. Assim como a inspeção se aplicada poderá desvirtuar e elidir a busca e apreensão, da mesma forma os esclarecimentos, em relação aos depoimentos, que são tomados na fase instrutória do processo administrativo. O que caracteriza um depoimento na fase instrutória? É a sua realização em curso o processo, quando já se tem uma acusação formulada, e a conhece o depoente. Na averiguação preliminar sabemos que não há acusação formalizada. Então, esses esclarecimentos que as novas normas dizem que poderão ser inclusive pessoais, - vale dizer, serão depoimentos - serão prestados pelo depoente que desconhece a acusação que contra ele pese, contra a empresa que ele representa ou contra qualquer outra pessoa. E mais, ao tomar esses esclarecimentos/depoimentos a autoridade estará dispensada, dentro dessa lógica perversa, de informar ao depoente em qual qualidade ele depõe - acusado ou testemunha. Ora, tal qualificação, sabemos todos, é essencial à efetiva garantia dos direitos constitucionais que

assiste a todo sujeito passivo em processo administrativo e judicial: saber a qualidade em que depõe, testemunha ou acusado, porque na qualidade de acusado, por jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, tem ele o direito inclusive de mentir, além de permanecer em silêncio, ao passo que a testemunha está obrigada ao dever da verdade.

O *sigilo*, o próximo ponto. O administrado estará à mercê da autoridade, do secretário ou do diretor-geral, porque este monocrática e discricionariamente decidirá se cabe a guarda de sigilo sobre a sua identidade e sobre as informações colhidas em sede de averiguação preliminar, sigilo cuja guarda o texto original da Lei 8.884/94 previa expressamente fosse guardado pela autoridade administrativa. O administrado estará inteiramente à mercê dessa autoridade, que poderá ou não divulgar, não só o teor da averiguação preliminar, os documentos que foram buscados por ela, mas também a identidade do averiguado, antes que contra ele haja, esta mesma autoridade, formulado formalmente acusação. Ou seja, a autoridade estará legalmente desinibida de formular uma acusação por meio de ato motivado e igualmente estará isenta de velar, como faz ordinariamente, pela sua reputação de autoridade investida de poder legal para promover processo sancionador, o que hoje lhe obriga a agir com extrema cautela na preservação da reputação, não só a sua, mas a do administrado também. Vigente a regra proposta, esta autoridade poderá ir à mídia, convocá-la, e dizer: a empresa "A" é suspeita de haver cometido infração, os indícios mostram isso, mesmo que, com base nesses indícios essa mesma autoridade não se tenha disposto a formular, formalmente, acusação contra a empresa "A" - e se mais tarde provarem-se infundados os indícios, e processo administrativo não for instaurado, a autoridade poderá alegar que fez as declarações porque a Lei lhe dispensou a guarda do sigilo, tanto sobre as informações quanto sobre a identidade do averiguado.

Outro item, *meios de defesa do administrado*. A qual órgão caberá recurso no âmbito administrativo contra o ato do diretor geral? A nenhum! De entre muitos, tome-se o exemplo da inspeção, que poderá ser feita com aviso prévio de 24 horas. Contra a decisão de promovê-la, é praticamente impossível obter-se uma ordem liminar em 24 horas que impeça a sua realização.

Esses são do ponto de vista do administrado os primeiros pontos em suas linhas gerais que gostaria de fixar. Esses pontos consistem algumas questões jurídicas. A primeira delas, violação ao *devido processo legal*. Há uma óbvia malversação processual no tratamento proposto para averiguação preliminar, convertida em um processo administrativo que não quer dizer o seu nome, e todas as garantias de defesa retiradas do administrado. Na verdade, todas as prerrogativas de investigação que são próprias do processo

administrativo, e são próprias do processo administrativo porque nele já houve denúncia formal e oportunidade de defesa, são transplantadas ou antecipadas para a averiguação preliminar. Ou seja, a autoridade tem todos os poderes que são próprias da fase instrutória em sede processo administrativo agora na averiguação preliminar, ao passo que o averiguado não tem agora asseguradas as prerrogativas de defesa que lhe assistem em sede processo administrativo.

A segunda questão liga-se à primeira, já que há uma inafastável relação de complementaridade entre o devido processo legal e a *ampla defesa e o contraditório*. Mas, especificamente nessa hipótese, que estamos aqui tratando, não há possibilidade material, concreta de defesa porque o averiguado não sabe qual a acusação pesa contra ele. Não se trata de a autoridade cercear-lhe a defesa; ela lhe impossibilita a defesa. Ele é chamado a depor, havendo a possibilidade de esse depoimento e a razão dele já haver sido antes divulgada à imprensa, os seus documentos podem ser inspecionados, podem ser requisitados, podem ser copiados, sem que ele possa se defender, porque não há acusação formalizada contra ele. Claro, que no ato instaurador da averiguação preliminar vai se dizer a razão de instauração daquele ato, mas não se tem aí uma denúncia formalizada, uma denúncia de violação à lei, porque a averiguação preliminar foi concebida, como a jurisprudência do CADE fartamente já mostrou, justamente para a hipótese de os indícios existentes não forem suficientes à instauração imediata de processo administrativo - esse o texto da Lei - quer dizer, existem indícios que possibilitem à autoridade formular uma denúncia devidamente motivada, nela expostas as razões de fato e de direito.

Nos termos do projeto, o diretor-geral estará em uma posição de absoluto desembaraço: poderá arguir que motivou o ato que abre a averiguação preliminar, e como este ato não contém uma denúncia o administrado não precisa se defender, apenas prestar esclarecimentos pessoais e exibir todos os documentos em inspeção, ou por simples requisição. Ocorre que com essa latitude instrutória transposta do processo administrativo para averiguação preliminar, como querem a medida provisória e o projeto, esta fase processual servirá à SDE ou ao diretor-geral da agência para, de fato, na averiguação preliminar formar o juízo de culpabilidade com todas as provas coletadas, sem a oposição da defesa feita pelo administrado, e assim concluir o processo administrativo. E a essa latitude de poder, some-se a quebra do sigilo.

Este ponto encaminha outro, o *acesso aos autos*, que poderá ser negado total ou parcialmente, pois, se não há contraditório, se não há acusação a ser oposta defesa, qual a razão de o administrado ter acesso aos autos? Dentro dessa lógica perversa é absolutamente coerente que se lhe seja

negado acesso aos autos ou a documentos nele constantes.

A *quebra do sigilo*. Sem que haja uma acusação formalizada, a identificação do administrado é um agravo quase sempre irrecuperável à sua reputação. Nós sabemos disso porque inclusive essa prática é crescente no Brasil e contra ela já se insurgiu o próprio presidente da república, o ministro Pedro Malan e o presidente do Supremo Tribunal, em declarações recentíssimas sobre quebra indevida do sigilo por autoridade administrativa, em especial quando a autoridade está desobrigada de formular uma acusação. Esta é uma situação absolutamente extraordinária no estado de direito, ainda mais no direito regulatório que regula a atividade econômica, verificada em um mercado competitivo, crescentemente competitivo, onde os fatos tem uma relevância imediata, onde praticamente não há mediação de tempo entre a divulgação do fato e a sua repercussão efetiva. A quebra do sigilo, ou melhor, não existir o dever de sigilo, é um ponto essencial, e ele se filia ao meu ver à forte tradição autoritária da política brasileira que foi absorvida em parte pela administração pública.

Não estou defendendo o sigilo do processo, que o processo corra sob sigilo; ao contrário, defendo apenas que a publicidade, a identificação do administrado, seja feita somente após a formalização da acusação, e, na averiguação preliminar, sabemos todos, não há acusação formalizada. Defendo o texto original da Lei 8.884/94. A divulgação da identidade do averiguado se feita sem que haja contra ele acusação formalizada - tal como o texto original da Lei 8.884/94 vedava - poderá significar um justicamento público do averiguado, antes que ele tenha tido oportunidade de se defender, ainda que de forma preliminar. A jurisprudência americana já identificou muito bem esse risco no âmbito do direito regulatório, dizendo que esse tipo de publicidade não pode substituir e muito menos ofender o devido processo legal.

O outro ponto é a *presunção constitucional de inocência*, que comentada pelo ministro Carlos Veloso recentemente. O acusado que não te contra si formalizada acusação mas já é apresentado à mídia em um contexto de investigação amplamente apregoada, sofrerá uma exposição indevida com facilidade verá presumida a sua culpabilidade, inclusive porque autoridade pública assiste a presunção de legalidade da relação aos seus at e tal exposição terá sido promovida, ou deixado promover, pela própria autoridade.

Neste ponto, contudo, não posso deixar de congratular o atual Secretário de Direito Econômico pela sua absoluta discrição em lidar com administrados sob sua jurisdição, extensivo a todos os atuais dirigentes CADE, da SDE e da SEAE.

O dever da autoridade administrativa é de neutralidade, ao longo processo. No contexto das novas regras, ao meu ver, mesmo se a autorize, não

for à mídia, poderá haver presunção de culpa do administrado, (podará dominar os demais agentes administrativo hierarquicamente inferior na cadeia processual; assim porque a instrução, na prática, já está sendo feita: a acusação não está formalizada mas neste contexto acusatório ela se desfer naturalmente a todos que estão envolvidos no processo, sem que averiguado nada tenha podido dizer em sua defesa. A doutrina já traz desses efeitos perversos da presunção de culpabilidade, que traz sempre ônus extraordinário à defesa do acusado. Não é por outra razão que presunção de inocência virou no nosso direito, um princípio constitucionar uma garantia constitucional ao cidadão.

Feitas essas observações e sempre em atenção ao Dr. Laércio Far quanto ao tempo, gostaria de dizer quais são ao meu juízo as características gerais desse novo ordenamento processual. Quando refiro novo ordenamento insisto, estou me referindo à atual medida provisória já em vigor, aliás reeditada, e ao projeto da Agência Nacional de Concorrência e de Consur antecipando a discussão a ocorrer aqui amanhã.

O primeiro ponto é o *desprezo pela experiência*. Não tem o projeto, a medida provisória, amparo na tradição brasileira legislativa, doutrinária jurisprudencial, como um exame elementar das regras propostas demonstrando. Recentemente a CVM alterou as suas normas processuais para tornar a averiguação preliminar - naquelas normas referida por inquérito administrativo - a ser instaurada apenas quando os indícios não forem suficientes à imediata instauração de processo administrativo, justamente para tornar mais ágil o processo. Tal se tinha na Lei 8.884/94, e vem de ser inteiramente distorcido, como visto aqui. O procedimento preliminar, do qual a averiguação preliminar é espécie, acha-se consagrado no direito brasileiro, e a jurisprudência inclusive a do CADE, neste ponto precisa, é farta em mostrar que tais procedimentos não podem se confundir com o processo administrativo.

Essa inversão ora promovida afronta a boa experiência do direito brasileiro; diria mesmo que nem o decreto 869 de 1938, que determinava ao Tribunal de Segurança Nacional julgar as infrações - então qualificadas de crimes - contra a economia popular, apuradas em inquérito policial, revelava-se tão insidiosa na subtração de garantias individuais. Viviam-se uma ditadura às claras; infrações eram capituladas como crimes, e a ordem econômica era assimilada à segurança do estado, incidentes as regras do processo penal. Mas no inquérito policial o administrado não sofreria tal cerceamento em sua defesa, porque nele o delegado não dispunha de um poder individual tão acentuado, já que a lei processual penal cerca o réu de garantias que nessa averiguação não existem, ou cujo exercício é extremamente dificultado. O poder do secretário de direito econômico ou do diretor-geral, neste arremedo de averiguação preliminar que está sendo criado (por medida provisória) é

absoluto, e as ações que lhe são permitidas tomar são de execução imediata, ou quase imediata, como visto: irrestrita divulgação à mídia; inspeção, convocação para fazer depoimentos, etc. E mais, são medidas interlocutórias, de graves consequências para o administrado, mas contra as quais o administrado experimentará dificuldades objetivas, práticas, para delas recorrer ao Judiciário. Recorrerá contra a inspeção? Pode não haver tempo material- o aviso dela é de vinte e quatro horas. Recorrerá da divulgação da sua identidade? Ela já terá tido lugar. E assim segue.

Há nessa medida provisória e no projeto uma falta de atenção mínima à experiência brasileira; não creio que haja um desprezo intencional. Mas há uma ligação, digamos, conceitual entre tais medidas e o que o ano passado aqui foi exposto, com notável desassombro. Embora o autor em sua exposição tenha-nos então poupado dos fundamentos de sua tese, nela certificava que o ordenamento jurídico processual brasileiro já não serve para a repressão ao abuso do poder econômico. Suas regras seriam inermes, estariam obsoletas, não armariam, suficientemente, a autoridade administrativa para tal combate. A experiência jurídica brasileira, é verdade, não é feita apenas de normas que articulem a defesa dos direitos individuais do cidadão, senão nela se acham também as manchas autoritárias, as regras restritivas, ou mesmo denegadora: de tais direitos. Há portanto uma experiência de extração democrática e outra de extração autoritária. O recurso à experiência autoritária, que se revela em boa parte ao meu ver das normas ora propostas e aqui comentadas, não se deve, em absoluto, ao pensamento autoritário ao qual os autores das normas, propostas se filiariam. Ao meu ver, tal recurso se deve, precisamente, a uma falta de cultura de investigação do fato infrativo feita sob os limites das regras do devido processo legal, em especial o fato infrativo verificado na ordem econômica que apresenta sempre maior complexidade. A essa falta de cultura específica que se deve tal desprendimento na relação à experiência democrática, que passa a ser vista, com as suas prerrogativas, como sendo um estorvo à prestação jurisdicional.

Nesse quadro, agravado pela justa pressão da opinião pública por uma repressão efetiva, já que o mercado aberto a requer, a solução que se deve buscar é apurar a investigação democrática, e não, em nome da urgência, transportar para a norma uma contundência, uma violência própria do arsenal autoritário. Esta solução a história já mostrou ser ineficaz, pois toda vez que há uma degradação dos valores democráticos no núcleo das normas processuais, a técnica de investigação em lugar de avançar, regride; verifica-se apenas a elevação da taxa de arbítrio por parte das autoridades.

Onde estão os resultados das experiências autoritárias na repressão, abuso do poder econômico, promovida com apoio nas normas processuais administrativas e penais, que nos regimes ditatoriais outorgaram um podl

incontrastável às autoridades encarregadas daquela repressão?

Esta falta de atenção à experiência, que as normas ora propostas; revelam, devem, ao meu ver, merecer maior reflexão.

Outro ponto ligado à experiência autoritária, é a reversão, monocratismo decisório, conferido ao secretário e ao diretor-geral. O Estado democrático provê o cidadão meios de controlá-lo, e um dos meios mais eficazes de controlar o poder do Estado, é reduzir o poder monocrático de seus agentes; sempre que possível, reduzir a concentração do poder decisório porque a concentração do poder decisório tem o mesmo efeito (concentração do poder econômico: faz propender o agente que detém esse poder assim concentrado a abusar das normas as quais ele deve obedecer.

Em relação ao projeto, embora eu tenha ouvido a defesa que de fizeram sobretudo o Dr. Cláudio Considera e o Dr. Paulo Corrêa - sempre dispostos ao debate democrático - na qual sustentam que não haverá uma concentração excessiva de poder em mãos do diretor-geral da Agência, lendo o projeto penso que, ao contrário, haverá, sim, uma grande e indevida concentração do poder decisório em mãos desse agente administrativo. Haverá, sem dúvida, uma reversão, um retrocesso na verdade, ao monocratismo decisório, cujos resultados - mantida essa forma legal - serão extremamente negativos, resultando em ineficácia repressiva e insegurança jurídica para o administrado.

Um outro ponto, rapidamente: a *precipitação Judicial* que esse tipo de ordenamento irá causar. É desconhecer a realidade dos negócios supor que uma empresa que seja inspecionada, que tenha os seus documentos copiados, que em sede de averiguação preliminar veja instruído um processo administrativo no qual ela sequer sabe qual é a acusação que pesa ou pesará sobre ela, vá se conformar e não irá recorrer ao Judiciário. Irá recorrer ao Judiciário e creio que aí vai haver uma precipitação judicial. A revisão judicial dos atos administrativos é extremamente saudável, e entre nós deveria ser mais substantiva. No sistema jurídico de defesa da concorrência mais eficaz, o norte-americano, o Judiciário tem um papel relevantíssimo, é ele o definidor último desse sistema, mas não por resolver questões menores, de afronta aberta ao devido processo legal por parte da autoridade processante, porque lá isso é uma etapa vencida, é uma etapa que já não se discute mais; mas sim por definir controvérsias substantivas, cuja solução serve de orientação aos agentes econômicos e às próprias autoridades. Com ordenamento ora proposto, penso que intervenção judicial será reclamada para decidir questões processuais, de violação ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa, e dificilmente irá chegar-se ao exame das questões substantivas

Por fim, a *falta de efetividade* dessas regras. Ao meu ver, isso

ocorrerá justamente porque são normas draconianas. Quanto mais violenta a Lei, menos efetiva é a sua aplicação. Por que se vai caminhar nessa direção quando as normas atuais são suficientes? O que precisa ser dito, e isso não se nega às autoridades atuais que vem dizendo e protestando por isso, é que é necessário que o Poder Executivo defenda as agências reguladoras, defendam os agentes administrativos incumbidos da repressão ao poder econômico, dando a eles meios materiais, recursos humanos, estabilidade e salários dignos para que essa repressão e prevenção sejam feitas devidamente, e não dando a eles normas draconianas que vão apenas sofrer mais contestação e vão ser afinal tão ineficientes ou mais do que o Estado atual, contra o qual justamente esses titulares são os primeiros a reclamar.

Concluindo, gostaria de dizer que essas observações são feitas às regras da medida provisória e à proposta: não estou aqui fazendo uma crítica à atuação dos titulares das Secretarias e do CADE, que ainda não se valerá dessas regras. Ao contrário, com sua atuação, nas limitações que lhe são impostas, eles tem colaborado para o aperfeiçoamento da repressão e da prevenção do abuso do poder econômico. Esta é, creio, mais uma razão para que esperemos que essas normas sejam intensamente debatidas, para que elas sejam aperfeiçoadas, e se aperfeiçoadas, possamos todos exigir do Poder Executivo e do Poder Legislativo mais recursos para que os agentes administrativos possam melhor cumprir o seu dever legal. Muito obrigado

Dr. Láercio Farina:

Com os agradecimentos ao Dr. Pedro Dutra, cuja cultura e combatividade na defesa das suas teses, tomam sempre interessantes e instrutivas as suas participações. Eu não sei porque eu me lembrei daquele exemplo da manhã de hoje, do Dr. Mark Powell, a respeito da barraca etc. Agora para o contraditório.. digo, para a apresentação da sua fala...

Dr. Pedro Dutra: Resta saber quem está dormindo debaixo da barraca.

Dr. Láercio Farina: Dr Paulo de Tarso. Por gentileza, eu gostaria de passar agora a palavra, não só ao senhor mas a SDE, na medida em que o Dr. Darwir deverá complementar a fala do Dr. Paulo.

Dr. Paulo de Tarso:

Bom, boa tarde à todos. Eu gostaria de agradecer ao IBRAC, a oportunidade de estar aqui mais uma vez com os senhores, participando do seminário de todos conhecidos pela sua qualidade e pela excelência das

intervenções.

Eu gostaria de alterar um pouco a perspectiva, o meu olhar ao invés de se voltar tanto para o passado, eu gostaria de voltá-lo um pouco mais para o futuro e sobretudo para o presente, para a realidade que o país de algum, maneira vive, na medida em que se insere num contexto internacional. E tentarei de alguma maneira apressar um pouco o ritmo da exposição, num primeiro momento tentando obviamente ao que eu chamo alguns high-lights sobre a experiência internacional na área de cartéis e em seguida, instrumentalização que está sendo colocada gradualmente a disposição das autoridades antitrust Brasileiras, e num terceiro momento uma pequena estatística da Secretaria.

Eu gostaria portanto de começar, fazendo uma referência ao fato de que nenhum de nós desconhece a importância da concorrência como geradora de bem estar do consumidor, e portanto geradora daquele clássico elenco de medidas que de alguma maneira geram bem estar, como por exemplo menores preços, maior quantidade, maior produtividade, enfim a eficiência econômica como um todo. Também não nos é desconhecido que o cartel é por definição a negação desses princípios. Então, eu diria para os senhores que a preocupação com os cartéis em primeiro lugar, é uma preocupação estrutural numa economia de livre mercado. A longo prazo, os cartéis reduzem a competitividade da indústria envolvida, uma vez que eliminam a concorrência. ...E esse vem sendo o entendimento que vem se consolidando inclusive no âmbito da União Européia e dos Estados Unidos. As últimas reuniões que eu tive oportunidade de participar tanto na OCDE como em Washington, foram muito afirmativas nesse sentido. Naquela altura o então secretário americano, o chefe da divisão antitrust do Departamento de Justiça, Joel Klein, e na Europa o Comissário Mário Monti, foram todos muito enfáticos nesse sentido. A globalização e as novas tecnologias tem facilitado a formação dos cartéis globais, essa é uma realidade; a Alemanha recentemente detectou um cartel com mais de 100 anos de existência, nos Estados Unidos a detecção do cartel das vitaminas envolve mais de dez anos de ação do cartel. Os estudos da OCDE, mostram que a operação dos cartéis tem provocado uma elevação de cerca de 10% nos preços, e uma redução de 20% nas quantidades ofertadas; em alguns casos a elevação dos preços chegou a atingir de 30 a 50%, esses estudos estão no site da OCDE, no Annual Report on Roward _____ Cartels. Evidentemente que os incentivos, a

colusão são maximizados na medida em que os acréscimos de lucros que derivam da eliminação das incertezas da competição são muito convidativos para os cartéis. No caso brasileiro, isso ainda é um pouco mais grave, uma vez que a nossa tradição não concorrencial até há um certo tempo atrás, nos levava enquanto governo e a sociedade civil e os seus empresários,

a muitas vezes sentarmos na mesma mesa para discutir a fixação de preços.

Ora, esse processo de mundialização da economia e de formação constatada dos cartéis, nos Estados Unidos, as multas vão de 95 até o presente, elas se elevam cerca de 40 milhões de dólares para 1 bilhão e meio, a partir de medidas legislativas e procedimentos de investigação que foram adotados. A conclusão relativamente unânime em todos esses fóruns, é de que a única forma de deter essa tendência é o estabelecimento de condições que tomem o risco da descoberta de um cartel e portanto, o risco da punição mais alto que a probabilidade dos lucros excepcionais obtidos com a conduta colusiva. Essa me parece ser uma equação muito interessante, porque de fato sem ela a ineficiência gerada no cartel continuará a ser jogada sobre a sociedade. Há também uma unanimidade com relação a tendência de que os setores com maiores probabilidades de cartelização, são precisamente aqueles que tem significativas barreiras a entrada, tem um grau de concentração relativamente elevado, tem uma tecnologia madura, tem estruturas de custos similares e produtos homogêneos. Essa, de certa maneira é uma das conclusões da última reunião havida em Estocolmo. Todavia, a experiência mostra também que outros setores também podem formar cartéis para a nossa surpresa muitas vezes, então setores de profissionais liberais ou mesmos setores bancários também tem sido identificados como setores de cartelização na União Européia. Nos casos com mais de dez participantes, a estatística da OCDE mostra que quase sempre há uma associação que encobre a formação do cartel e como eu disse aos senhores, os setores que no passada atuaram sem competição, como é um pouco a nossa realidade, tem incentivos extras para adotar uma conduta colusiva em lugar da conduta competitiva. Ora, a liberalização dos mercados e a remoção dos obstáculos regulatórios até então existentes, obviamente vai elevar a competição e indiretamente por paradoxal que possa parecer, os benefícios da prática colusiva. Daí, porque eu diria aos senhores que quanto maior a concorrência no mercado, maior o incentivo a formação do cartel, e maior o dano a economia e aos consumidores, e esse de certa forma é o dilema da atuação do Estado visando a uma economia de livre mercado.

Há uma preocupação na Comunidade Européia, no sentido de se criar mecanismos que permitam aos consumidores recuperar os danos decorrentes das práticas colusivas, quando se descobre um cartel que durava mais de dez anos, lesando a sociedade, já existe uma preocupação na doutrina no sentido de se estabelecer mecanismos mais eficazes de ressarcimento a coletividade.

Bom, então eu chego ao ponto que me parece também importante considerar, que são os instrumentos de combate ao cartel. Combater cartéis não é algo simples em nenhum lugar do mundo, as companhias sabem de sua

prática ilegal e tentam operar a conduta de forma secreta ou simulando comportamentos normais de mercado. O combate aos cartéis nos Estados Unidos, o programa de leniência americano de 73, só se tomou efetivo mais adiante em 93, se eu não estou equivocado, a partir do aperfeiçoamento do programa de leniência que ali ha via concedendo-se ao Departamento de Justiça a possibilidade de extinção da punibilidade, a partir :a celebração desse acordo. Eu diria portanto que, a detecção dos cartéis, o cartel sendo uma colaboração que visa exatamente simular a concorrência ou eliminar e reduzir a concorrência melhor dizendo, ela não tem outro remédio senão introduzir dentro do cartel um elemento de desconfiança, de desestabilização gerando uma instabilidade forte no cartel e é isso que tanto a União Européia, quanto os Estados Unidos, Canadá, a Austrália tem adotado no chamado Programa de Leniência. O programa de leniência canadense é de 96, se eu não estou equivocado e o da União Européia também. Também não há como se combater cartéis sem o reforço dos poderes de repressão e de sanção aos cartéis; os cartéis são ruins para a sociedade, ruins para as empresas, ruins para a atividade econômica em geral e importam evidentemente uma lesão gravíssima ao bem estar dos consumidores. Eu ousaria dizer, na linguagem do Joel Klein, que os cartéis podem ser definidos como cânceres da economia de mercado.

O terceiro elemento que no mundo globalizado também é preciso colocar, é o da cooperação entre autoridades antitrust. Nós temos procurado intensificar isso, seja com departamento de justiça, seja com a comissão européia, nos aproximando na melhor maneira possível; com os Estados Unidos já temos um convênio no Ministério da Justiça e o Departamento de Justiça Americano, e que nos foi útil já na investigação de vários cartéis e que nos parece importante na medida em que o tema da soberania obviamente, impede que haja um tratamento igualitário digamos assim, entre todos os países. Os programas de leniência adotados eles baseiam-se na idéia de que o interesse público na detecção e eliminação dos cartéis é maior do que o interesse em multar as empresas. Na União Européia, o programa estabelecido em 96, levou a um considerável aumento do número de cartéis descobertos e punidos; nos Estados Unidos, o programa de leniência é considerado o principal instrumento para combate aos cartéis. Na última conferência em Estocolmo, essa também foi uma unanimidade em tomo de todos os países; a Suécia constituiu uma comissão para elaborar um programa de leniência, e nós, eu e o secretário Cláudio Considera prontamente colocamos a disposição dos suecos o programa de leniência brasileiro, de modo que eles começam a trabalhar agora. O programa americano foi estabelecido em 78, sem muito sucesso inicial uma vez que não havia a garantia da imunidade penal para os que a ele aderissem, permanecendo o departamento de Justiça com grande poder discricionário sobre a extinção da punibilidade criminal. Nos moldes

iniciais o programa não levou a descoberta de nenhum cartel internacional. Em 93, houve uma mudança radical no programa que ampliou as possibilidades de anistia automática, todavia não se alterou a obrigação das empresas de compensar integralmente, sempre que possível, as suas vítimas nos Estados Unidos, foram reforçadas as punições e executivos que não colaborassem com as investigações. Até então, a maior multa aplicada nos Estados Unidos não chegará a três milhões de dólares e hoje, multas de dez milhões de dólares são comuns e mais de trinta casos começaram a ser instaurados. Nos últimos cinco anos cresceu notavelmente o número de empresas que aderiram ao programa, em 97/98/99 e total de multas superou um bilhão e meio de dólares, 95% dos quais de cartéis internacionais. Mas nos Estados Unidos, se considera que não há argumento mais forte para inibir os cartéis do que a ameaça de prisão para os executivos, isso porque muitos indivíduos ganham com os cartéis e não importa a multa sobre a empresa, uma vez que esses indivíduos se beneficiam pessoalmente da conduta criminosa. Como as multas são proporcionais as vendas nos Estados Unidos, o programa de leniência também ajudou a avaliar a extensão real dos danos provocados pelos cartéis a economia americana, e me parece que esse é um dado importante na medida em que você pode ter um retrato da sociedade, da atividade econômica mais fiel. Também é importante a transparência na aplicação do programa, critérios de elegibilidade, cálculo das multas, anistia criminal, etc.

Os poderes de investigação. A maior sofisticação por parte das empresas atuando em escala global, exige que as autoridades tenham maiores poderes de investigação obviamente respeitado o devido processo legal. Tais poderes são necessários, porque se as empresas não temem ser descobertas, não tem incentivos a revelar as suas práticas delituosas as autoridades. Na União Européia, esses poderes cobrem apenas as instalações da empresa, todavia recentemente nós assistimos o Comissário Mário Monte, numa exposição dizer da idéia de estender esses poderes à busca inclusive em domicílios, porque em geral os files, os arquivos de computador que tem a ordem pré-colocada no sentido de serem deletados ou enviados para a casa dos executivos, forçam as autoridades a esse tipo de atividade de busca e apreensão nos domicílios, evidentemente com supervisão judicial. Na União Européia ainda, não há possibilidade de prisão para os autores da prática colusiva em princípio, essa tem sido a regra; as multas devem ser altas o bastante para eliminar os ganhos do cartel e representar uma punição significativa para cada um dos seus participantes, caso contrário ainda que descobertos para os membros do cartel, a prática ilegal ainda terá sido compensadora.

A adoção pela Comunidade Européia, no final de 97 de um guia

para cálculo de punições permitiu elevar substancialmente o valor das multas até 273 milhões de Euros em setembro de 98, no caso da Transatlantic Conference Arrangement. Há critérios para o estabelecimento dessas multas que permitem a sua individualização entre os participantes da prática, esses critérios evidentemente permitem ponderar adequadamente a sanção a partir dos ganhos obtidos com a atuação ilícita. Existe ainda na União Européia proposta de aumento substancial das multas por violações as regras processuais que hoje estão ao redor de 5.000 euros. O tema da cooperação entre as autoridades, me parece importante mencionar, como falei há pouco porque reduz as possibilidades de os cartéis encontrarem locais seguros para a sua atuação.

Feito esse panorama internacional, quer dizer nós procuramos de alguma maneira tentar fazer uma reflexão em tomo da realidade brasileira e da necessidade que o Estado possui a partir de um grande programa que foi implementado de desregulamentação da sua economia e de abertura da economia brasileira, de dispor de um órgão antitrust com capacidade para fazer essas investigações. Esse quadro, é um quadro da atuação da SDE na defesa da concorrência, onde evidentemente a eficiência econômica e os benefícios ao consumidor estão colocados. Os avanços mais recentes no modelo institucional da ação antitrust brasileira podem ser enumerados da seguinte forma: a ampliação dos poderes de instrução, a notificação de empresa estrangeira na pessoa do responsável por filial instalada no Brasil; a regulamentação da inspeção in locu; a regulamentação dos poderes de busca e apreensão; a instituição do programa de leniência; e extensão da taxa processual anteriormente existentes para análise dos atos de concentração aos órgãos de instrução, de modo como os senhores verão ao final se possa dispor de um orçamento adequado para fazer as diligências, sem prejuízo do orçamento do órgão julgador, mas em benefício de um argumento segundo o qual não é muito lógico que os órgãos responsáveis pelas diligências não tenham recursos compatíveis com as necessidades de investigação para que a decisão judicante seja mais acertada.

O programa de leniência no Brasil portanto, estabelece a possibilidade de acordo da União por meio da Secretaria de Direito Econômico, com empresa ou pessoa física envolvida em infração a ordem econômica que confessar o ilícito e apresentar provas necessárias para a condenação dos demais co-autores. O benefício é a isenção total ou parcial de penalidade conforme o caso; a idéia é que se possa ter a isenção total na hipótese em que o interessado comparece espontaneamente a SDE sem que essa tenha iniciado qualquer investigação e é neste momento que se procura instilar dentro do cartel, que é um acordo de cooperação, a possibilidade de um desacordo. Isto é, no dia em que é marcada uma reunião pelo cartel,

aquela cadeira vazia, aquele lugar não ocupado levará sempre os demais que participam a se lembrar um pouco do dilema do prisioneiro tão usado na teoria econômica. Isto é, o que será melhor, o que será melhor para mim enquanto agente econômico, denunciar a prática desse cartel e com isso obter a imunidade ou aguardar que as autoridades detectem e eventualmente sofrer as sanções por isso. A isenção parcial após iniciadas as investigações com a possibilidade de o CADE reduzir a pena de 1 a 2/3. Quer dizer, uma vez iniciada a investigação existe a possibilidade da leniência também ser celebrada, e eu digo celebrada porque ela é objeto de um acordo formal entre o poder público e aquele que vai oferecer a denúncia. E, acho que esse é um passo muito importante no Brasil na medida em que ele dota o país de um novo instrumental de investigação, os argumentos tendentes a dizer que ele não se compactua com a tradição jurídica brasileira, me parecem que não devem ser sopesados a ponto de eliminar o que a experiência estrangeira tem a nos dizer a esse respeito. A Lei Áurea, também não era da tradição jurídica brasileira como de resto tantas outras mudanças que o Direito tem que passar, a partir da necessidade que a economia demanda. Quer dizer, hoje se vive num mundo globalizado e a ação dos cartéis no Brasil em relação as quais as estatísticas são muito pequenas, mas em relação as quais o conhecimento intuitivo, empírico e constante é no sentido de uma ação extremamente nociva.

Existem condições que estão colocadas para a celebração do acordo de leniência; a identificação dos co-autores, o fornecimento de informações e documentos, não ter estado quem faz a denúncia a frente da conduta reputada como ilegal, ser o primeiro a se qualificar para o acordo, é o que gera a instabilidade no cartel; cessar imediatamente a sua participação na conduta, que a SDE ainda não disponha de provas suficientes para a condenação dos envolvidos sem o que o cartel não pode ser celebrado; o proponente confesse a sua participação e colabore com as investigações até o seu encerramento; a assinatura do acordo em até dois dias após a intimação, uma vez considerado habilitado. Evidentemente que, há necessidade de um esforço maior no sentido de que a extinção da punibilidade administrativa se possa também ter a extinção da punibilidade criminal, isso todavia não pode ser objeto de medida provisória e deverá ser tratado em projeto de lei.

Atualmente tramitam na SDE, quase 30 processos administrativos referentes a prática de cartel, dos quais 10 se referem a postos revendedores de combustível envolvendo mais de 500 postos e sindicatos; existem ainda 29 averiguações preliminares e mais de 130 procedimentos administrativos. Os setores com processo administrativo em andamento por formação de cartel são os setores de combustíveis, portos, setor farmacêutico, mineração, citricultura, serviços de táxi, serviços médicos, gases industriais, insumos para

rações, serviços fotográficos e administração de imóveis. Num certo sentido esses setores abarcam boa parte do espectro da atividade econômica.

Eu vou passar a atuação da SDE na defesa do consumidor, e vou chegar ao quadro do orçamento da Secretaria que me parece importante ser colocado. Os senhores vejam que antes da medida provisória 2055, o orçamento da Secretaria tinha a expectativa ao redor, variando em torno de um milhão no máximo ou dois milhões, mas isso envolve a parte do consumidor, na área de defesa econômica nunca mais do que quatrocentos mil reais, e hoje a possibilidade que se coloca de um orçamento de dez milhões. A informatização da Secretaria foi feita ao longo do ano que passou, havia aquela altura em 99, a média de um computador de 100 mhz para cada três técnicos, poucas impressoras, não havia quase pontos de rede, hoje quase todos os técnicos e estagiários dispõem de computador e de pontos de rede, impressoras e essa informatização tem sido extremamente benéfica, inclusive colocando na Internet a evolução dos processos. O número de atos de concentração no entanto aumentou exponencialmente em 569% como os senhores podem constatar no gráfico, variando do ano de 1997 e 98 para o ano de 2000, outubro 656%, e a performance da Secretaria também nesse período cresceu mais do que o aumento do número de atos protocolados que foi de 569% e a performance foi de 653%. Esse dado da tramitação é irrelevante, a evolução do tempo médio de análise de atos de concentração é que me parece importante colocar; ele já esteve em 167 dias, e hoje ele está em torno de 40 dias e a gente espera que ele possa reduzir ainda mais; e nesse período não houve nenhum aumento de recursos humanos da Secretaria. Os números de processos administrativos instaurados também teve uma evolução exponencial.

Eu queria portanto, ao fazer essa mais ou menos rápida exposição, tentar dizer que de alguma maneira o Poder Público procura se adaptar a essa mudança e a medida provisória 2055 vem na esteira dessa perspectiva, o novo projeto de criação da agência nacional de defesa da concorrência também. Penso no entanto que com relação as questões mais estritamente jurídicas que dizem respeito ao programa de leniência, valeria a pena o Df. Darwin fazer algumas considerações complementando a minha exposição. Muito obrigado.

COMBATE A CARTÉIS

Lições da Experiência Internacional

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

Secretaria de Direito Econômico - SDE
Departamento de Proteção e Defesa Econômica

IBRAC 2000 - Campos do Jordão - SP

Por que combater cartéis?

A longo prazo, cartéis reduzem a competitividade da indústria envolvida, vez que eliminam a pressão por inovações e pela obtenção de eficiência; também implicam aumento de preços, em prejuízo dos consumidores.

Os cartéis diferem de outras práticas anticoncorrenciais por não apresentarem qualquer contrapartida econômica positiva.

A globalização e as novas tecnologias de informação têm facilitado a formação de cartéis globais.

A OCDE estima que a operação dos cartéis tem provocado uma elevação de 10% nos preços e uma redução 20% nas quantidades ofertadas. Em alguns casos, a elevação dos preços atingiu até 50%.

Existem incentivos à colusão, notadamente os acréscimos de lucros derivados da eliminação das incertezas da competição.

A única forma de se deter essa tendência é o estabelecimento de condições que tornem o risco de descoberta e de punição dos cartéis mais altos do que a probabilidade de lucros excepcionais, obtidos com a conduta colusiva.

Setores com maior probabilidade de cartelização

Aqueles com significativas barreiras à entrada, grau de concentração relativamente elevado, tecnologia madura, estruturas de custos similares e produtos homogêneos.

Todavia, a experiência mostra que outros setores também podem formar cartéis, como bancos e profissionais liberais. Nos casos com mais de 10 participantes, quase sempre há uma associação de empresas ou entidade de classe operando o cartel.

Setores com maior probabilidade de cartelização
(cont.)

Setores que no passado atuaram sem competição têm incentivos extras para adotar uma conduta colusiva, em lugar da competitiva.

A liberalização dos mercados e a remoção de obstáculos regulatórios eleva a competição e, indiretamente, os benefícios da colusão.

Quanto maior a concorrência no mercado, maior o incentivo à formação do cartel e maior o dano à economia e aos consumidores.

Há uma preocupação na UE em criar mecanismos que permitam aos consumidores recuperar os danos decorrentes de práticas colusivas.

Instrumentos de Combate

Combater cartéis não é simples: as companhias sabem de sua prática ilegal e tentam operar a conduta de forma secreta ou simulando comportamentos normais de mercado.

Bons resultados no combate aos cartéis dependem de:

- 1) um programa de leniência efetivo;
- 2) reforço dos poderes de investigação; e
- 3) cooperação entre autoridades antitruste.

Programas de Leniência

Baseiam-se na idéia de que o interesse público na detecção e eliminação dos cartéis é maior do que o interesse em multar empresas deladoras.

Na UE, o programa estabelecido em 1996 levou a um considerável aumento do número de cartéis descobertos e punidos.

Nos EUA, o programa de leniência é considerado o principal instrumento para combate aos cartéis.

Programas de Leniência (cont.)

O programa dos EUA foi estabelecido em 1978, sem muito sucesso inicial, vez que não havia garantia de imunidade penal para os que a ele aderissem, permanecendo o DOJ com grande poder discricionário sobre a extinção da punibilidade criminal. Nos moldes iniciais, o programa não levou à descoberta de nenhum cartel internacional.

Programas de Leniência (cont.)

Em 1993, houve uma mudança radical no programa, que ampliou as possibilidades de anistia automática. Todavia, não se alterou a obrigação de as empresas indenizarem integralmente, sempre que possível, suas vítimas nos EUA. Foram reforçadas as punições às empresas e executivos que não colaborassem com as investigações.

Programas de Leniência (cont.)

Até então, a maior multa aplicada nos EUA não chegara a US\$ 3 milhões; hoje, multas de US\$ 10 milhões são comuns (mais de 30 casos). Nos últimos 5 anos, cresceu notavelmente o número de empresas que aderiram ao programa. Em 97, 98 e 99, o total de multas superou US\$ 1,5 bilhão, 95% dos quais de cartéis internacionais.

Programas de Leniência (cont.)

Nos EUA, as autoridades de concorrência entendem que não há circunstância mais forte para inibir os cartéis do que a ameaça de prisão para os executivos. Isso porque os executivos ganham com os cartéis e não importa a multa sobre a empresa, vez que esses indivíduos se beneficiam, pessoalmente, da conduta criminosa.

Programas de Leniência (cont.)

Como as multas são proporcionais às vendas nos EUA, o programa de leniência também ajudou a avaliar a extensão real dos danos provocados pelos cartéis à economia.

Também é importante a transparência na aplicação do programa: critérios de elegibilidade, cálculo de multas, anistia criminal etc.

Poderes de Investigação

A maior sofisticação por parte das empresas, atuando em escala global, exige que as autoridades tenham maiores poderes de investigação.

Tais poderes são necessários porque se as empresas não temerem ser descobertas, não têm incentivos a revelar suas práticas delituosas às autoridades.

Poderes de Investigação (cont.)

Na UE, esses poderes cobrem apenas as instalações das empresas. Todavia, existe a idéia de estender esses poderes à busca em domicílios (com mandado judicial).

Multas

Na UE, não há a possibilidade de prisão para os autores da prática colusiva. Assim, as multas devem ser altas o bastante para eliminar os ganhos do cartel e representar uma punição significativa para cada um dos seus participantes. Caso contrário, ainda que descobertos, para os membros do cartel a prática ilegal ainda terá sido compensadora.

Multas (cont.)

A adoção pela UE, no final de 97, de um guia para cálculo de punições, permitiu elevar substancialmente o valor das multas (até 273 milhões de euros em set/98 no caso da Trans-Atlantic Conference Agreement).

Há critérios para o estabelecimento dessas multas que permitem a sua individualização entre os participantes da prática.

Multas (cont.)

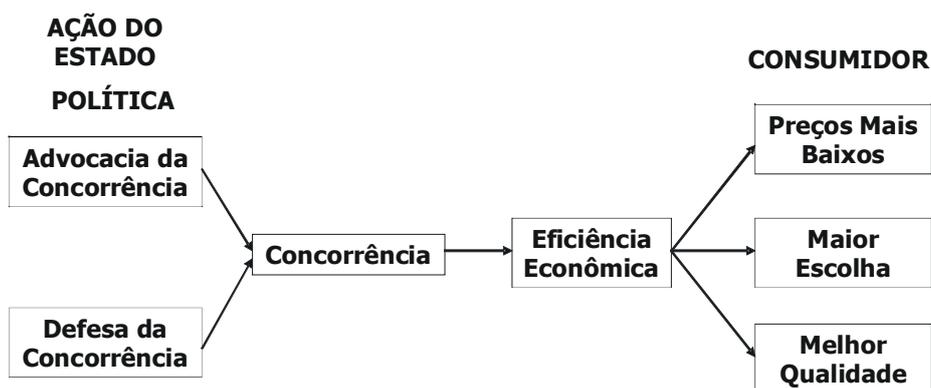
Existe também na UE a proposta de aumento substancial das multas por violações às regras processuais, atualmente de 5.000 euros.

Cooperação Internacional

Existe a preocupação de se facilitar e ampliar a cooperação entre autoridades, permitindo a umas usar evidências colhidas por outras e atuar conjuntamente na busca dessas evidências.

Ao mesmo tempo, essa cooperação reduz as possibilidades de os cartéis encontrarem locais seguros para a sua atuação.

Atuação da SDE na Defesa da Concorrência



Avanços Recentes no Modelo Institucional da Ação Antitruste

- 1) Ampliação dos Poderes de Instrução
 - Notificação de empresa estrangeira na pessoa do responsável por filial, etc. instalada no Brasil;
 - Regulamentação da Inspeção in loco;
 - Regulamentação dos poderes de busca e apreensão.
- 2) Instituição do Programa de Leniência
- 3) Extensão da Taxa Processual para análise de AC's aos órgãos de instrução.

Programa de Leniência da SDE

Estabelece a possibilidade de acordo da União, por meio da SDE, com empresa ou pessoa física envolvida em infração à ordem econômica que confessar o ilícito e apresentar provas necessárias para a condenação dos demais co-autores.

Benefício: isenção total ou parcial de penalidades, conforme o caso.

Programa de Leniência da SDE (cont.)

Isenção total: dá-se nas hipóteses em que o interessado comparece espontaneamente à SDE, sem que esta tenha iniciado qualquer investigação.

Isenção Parcial: após iniciadas as investigações, com a possibilidade de o CADE, após verificar o cumprimento do acordo, reduzir a pena cabível de 1 a 2/3.

Condições para celebração do Acordo de Leniência

- 1) Identificação dos co-autores da infração;
- 2) Fornecimento de informações e documentos que comprovem a infração;
- 3) Não ter estado à frente da conduta infrativa;
- 4) Ser o primeiro a se qualificar para o acordo;
- 5) Cessar imediatamente a sua participação na conduta infrativa;

Condições para celebração de Acordo de Leniência
(cont.)

- 6) A SDE ainda não disponha de provas suficientes para a condenação dos envolvidos;
- 7) O proponente confesse a sua participação e colabore com as investigações até o seu encerramento;
- 8) Assinatura do acordo em até dois dias após a intimação, uma vez considerado habilitado

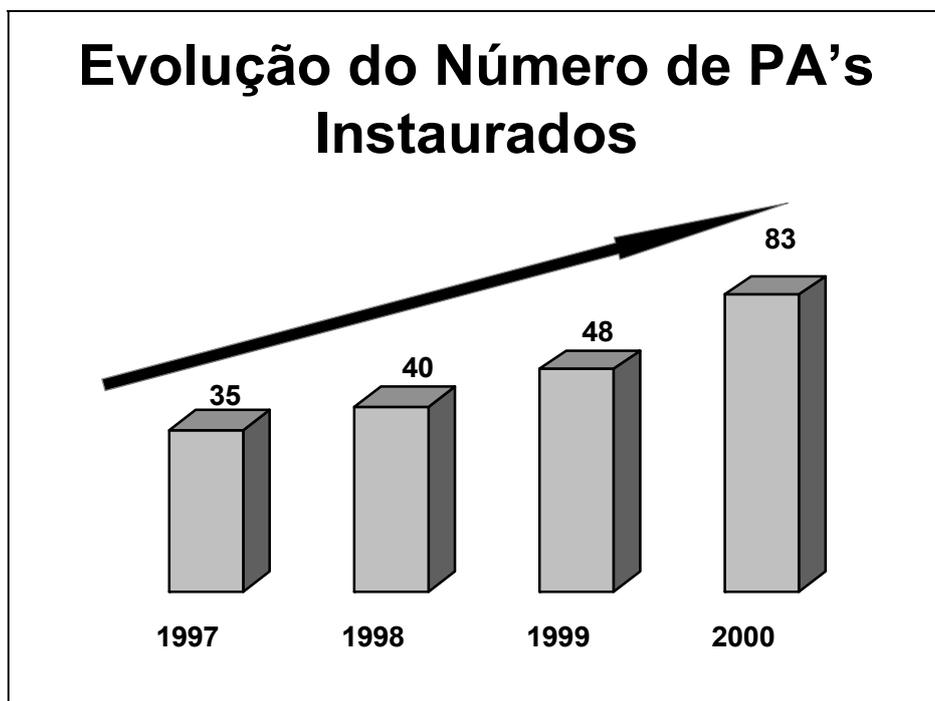
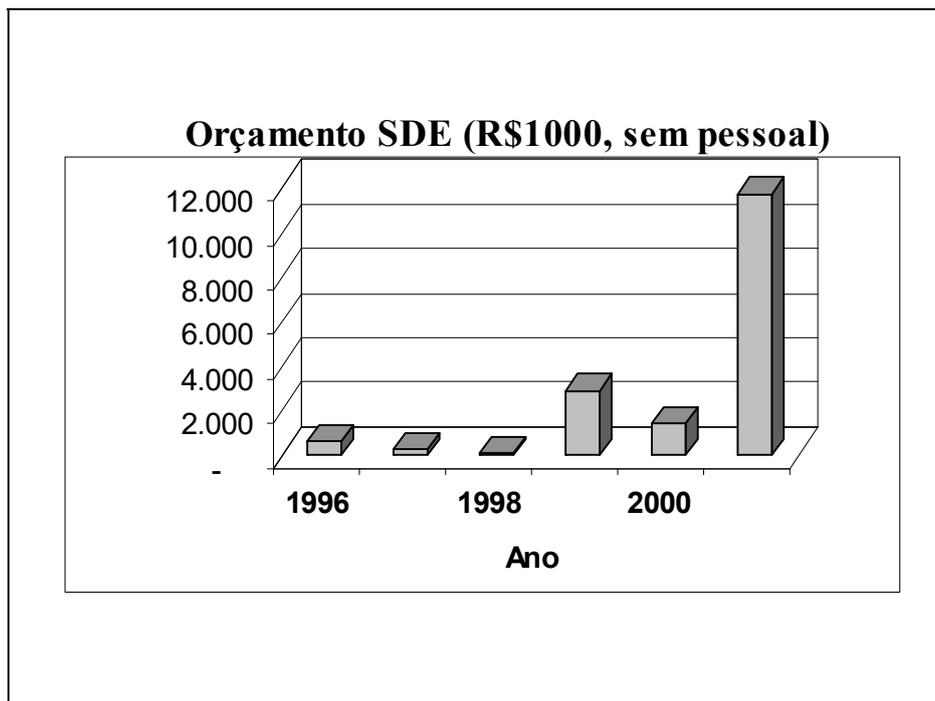
Investigações de Cartel na SDE

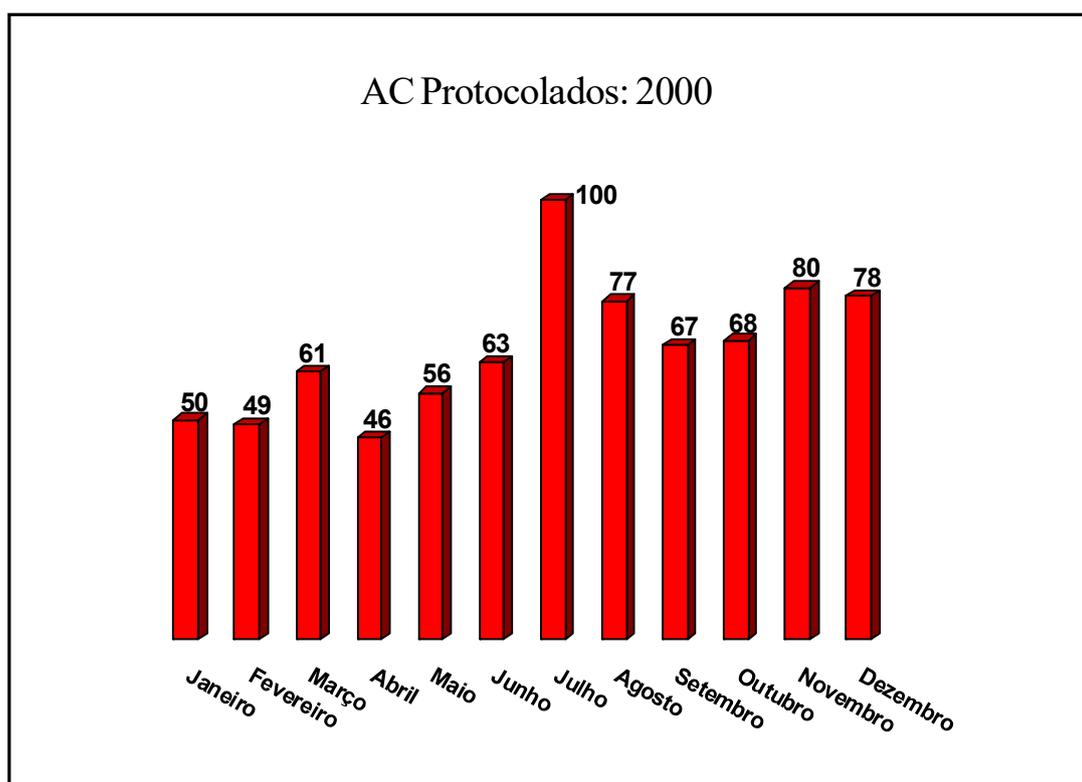
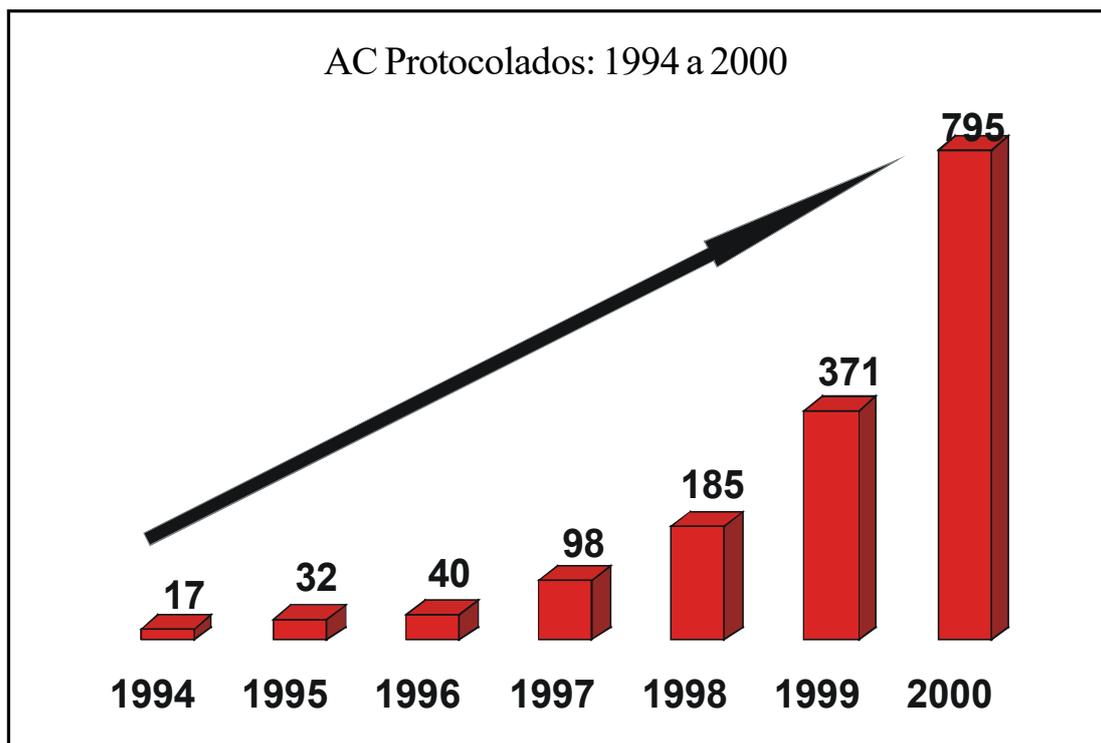
Atualmente, tramitam quase 30 processos administrativos referentes à prática de cartel na SDE, dos quais 10 se referem à atividade de revenda combustíveis, envolvendo mais de 500 postos e sindicatos.

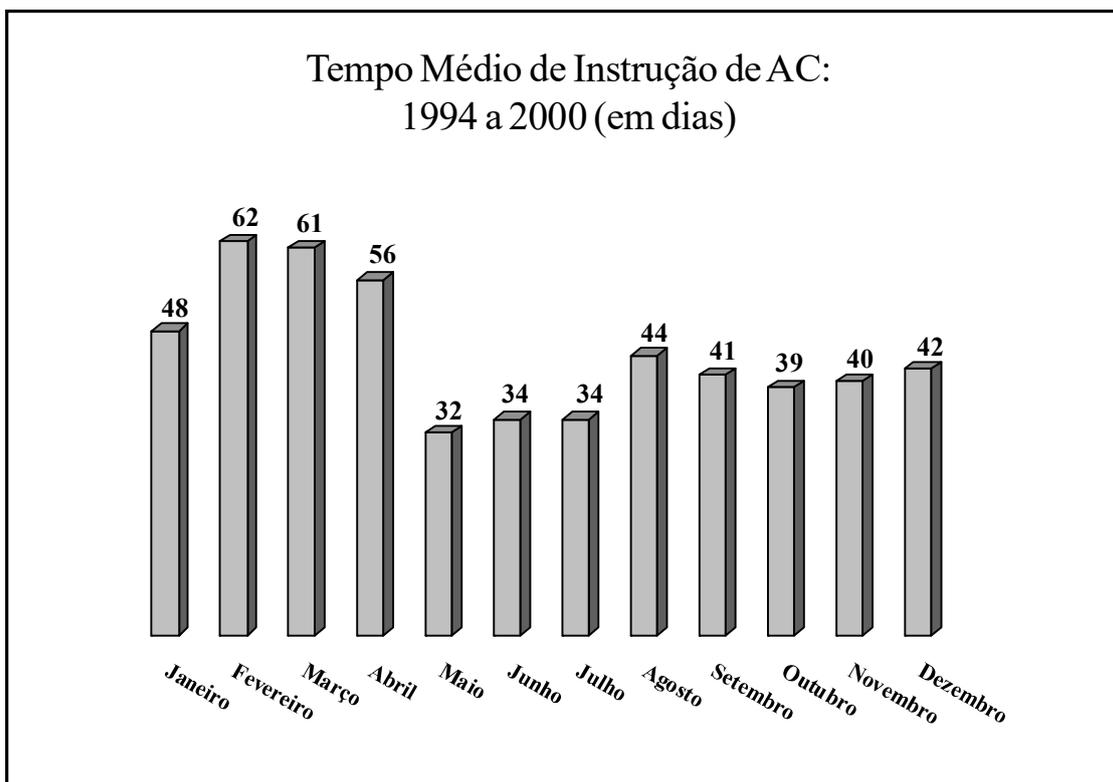
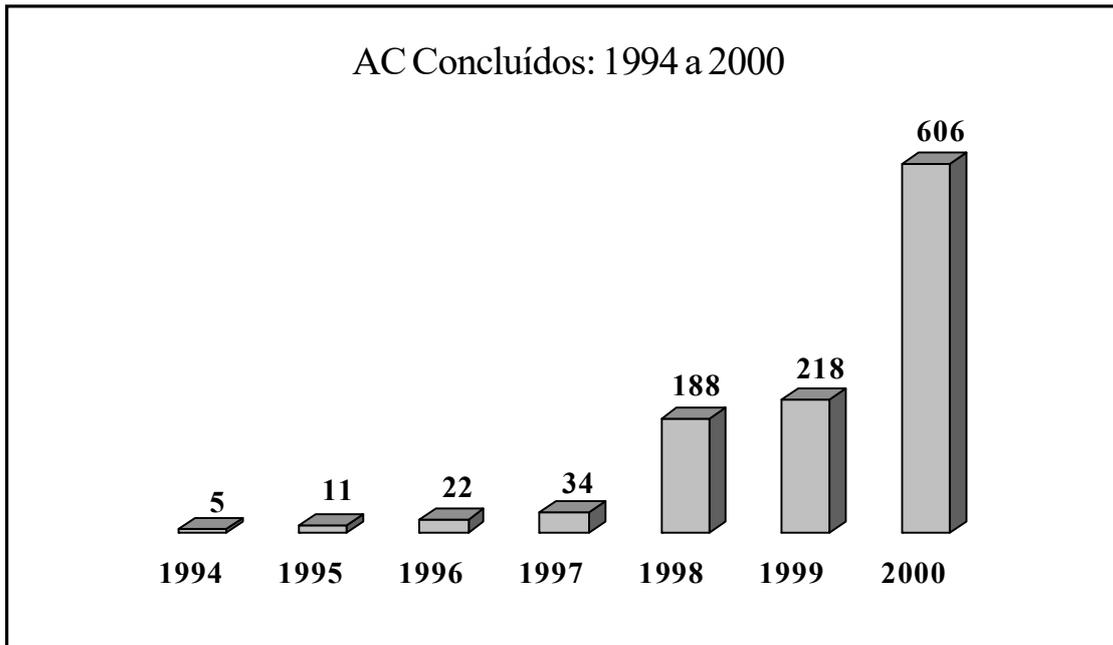
Existem, ainda, 29 Averiguações Preliminares e mais de 130 Procedimentos Administrativos.

Setores com PA's em andamento
(formação de cartel)

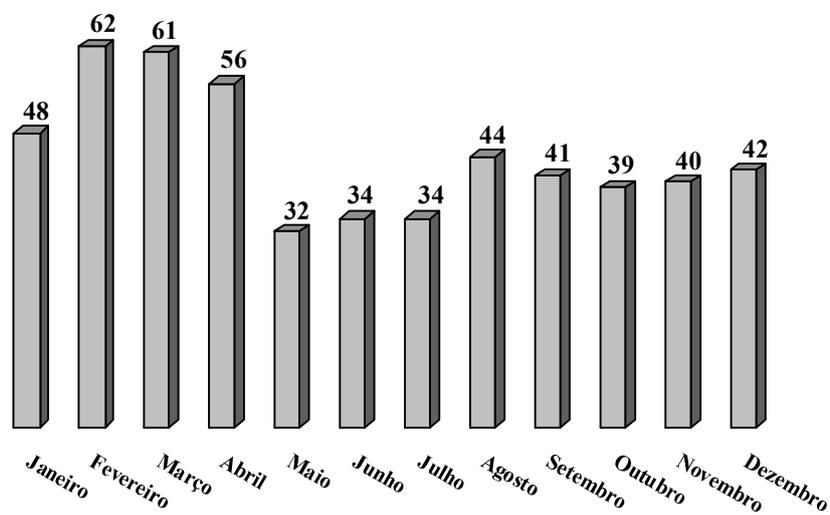
Combustíveis;	Serviços de Táxis;
Portos;	Serviços Médicos;
Farmacêutico;	Gases Industriais;
Mineração;	Insumos para Rações
Citricultura;	Serviços Fotográficos;
	Administração de Imóveis;







Tempo Médio de Instrução de AC:
2000 (em dias)



COMBATE A CARTÉIS
Lições da Experiência Internacional

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

Secretaria de Direito Econômico - SDE
Departamento de Proteção e Defesa Econômica

IBRAC 2000 - Campos do Jordão - SP

Dr. Darwin Corrêa:

Peço a palavra ao presidente da mesa, para em primeiro lugar agradecer a oportunidade de comparecer a esse evento. É a primeira vez que eu participo de um Seminário do IBRAC, e tenho a felicidade de fazê-lo como expositor colaborando aqui com o Dr. Paulo.

Eu queria dar um exemplo contrapondo um pouco, se me permite o presidente da mesa, os comentários do Dr. Pedro Dutra que eu achei muito interessante, cada vez que eu me deparo, é a segunda vez que eu tenho a oportunidade de debater alguma coisa do Dr. Pedro, eu gosto muito disso, estou me acostumando já da contundência do Dr. Pedro, mas eu vejo que é feito isso com base numa convicção doutrinária e não com outros objetivos menores.

Nas nove horas da manhã de segunda-feira, vai chegar na SDE uma representação aparentemente muito bem formulada, acusando quatro companhias abertas de formação de cartel. O secretário de Direito Econômico, não este um outro secretário, ou o futuro Diretor Geral da Agência, adepto da doutrina que é melhor instaurar desde logo o processo, acha que a representação não merece maiores exames em averiguação preliminar e portanto instaura o processo administrativo. Na terça-feira de manhã circula o Diário Oficial, imediatamente o sistema Invest News muito competente anuncia no broadcasting que outros sistemas de informação, que quatro companhias abertas Brasil eiras que negociam ações tanto na Bolsa de Valores de São Paulo quanto a ADR de Nova York, estão sendo acusadas pela empresa "A" de formação de cartel e que a Secretaria de Direito Econômico instaurou imediatamente o processo administrativo. Imediatamente as ações em São Paulo despencam, porque a essa altura ainda mais com a nova agência, todo mundo e o país vai estar muito mais consciente do que é a defesa da concorrência e de há quanto pode chegar uma multa, 30% do faturamento, então os analistas ... das corretoras e dos bancos de investimentos já começam a fazer a conta de quanto é a multa no faturamento do ano anterior daquelas empresas envolvidas para tentar uma prótese para ver qual deveria o preço da ação em bolsa, e elas despencam tanto no Brasil quanto em Nova York, os ADR's. recebida as defesas o Secretário vê que no fundo não havia tanta razão assim para instaurar logo de cara o processo, que ele deveria ter feito mais investigações e averiguações preliminares e não ter sido irresponsável a ponto de acusar a empresa sem nenhuma base legal para isso, apenas em nome de ter uma instrução totalmente em contraditório, esquecendo portanto de que uma acusação deve estar respaldada em indícios suficientes e que não se deve acusar irresponsavelmente empresas de uma

prática tão grave como a prática de cartel. Se, essas empresas forem globais realmente, elas não só as ações vão cair em Nova York e São Paulo, mas vão cair também em Londres e outros pregões relevantes do mundo capitalista.

Portanto, o ponto que eu estou querendo fazer aqui é que tudo o que o Dr. Pedro elencou como distorções de uma averiguação preliminar podem ser transplantadas totalmente para um inquérito, para um processo administrativo instaurado sem bases para tanto. O exemplo que ele deu também, poderia trocar a referência ao secretário de Direito Econômico ou do diretor geral da agência para o diretor geral do Office of Trading por exemplo, que também pode determinar inspeções com mandado ou sem mandado, e no caso da inspeção sem mandado ela obviamente, ela tem limitações que decorrem da ordem constitucional como no Brasil, quanto ao privilégio das comunicações entre advogado e cliente, quanto ao direito a não se auto-incriminar. Portanto, as inspeções lá como cá devem ser conduzidas tomando por conta esses princípios. Também é importante salientar que a busca e apreensão nunca via ser elidida pela inspeção naqueles casos em que realmente o elemento surpresa for decisivo porque o neguinho notifica uma empresa de uma inspeção com 24 horas de antecedência, se tem fundadas suspeitas de que ali há documentos que podem ser decisivos para a comprovação do caso, para isso existe o mandado. Inclusive, uma distinção muito fundamental entre o mandado e a inspeção; o mandado autoriza a busca e isso significa arrombamento se necessário, significa entrar em qualquer escritório de uma companhia, em qualquer veículo, em qualquer compartimento, seja o que for da companhia e ali abrir arquivos, violar fechaduras e etc., qualquer coisa associada ao uso da força, o que não está prevista obviamente no caso da inspeção em que isso não é cabível. Portanto, querer transformar a averiguação preliminar num procedimento meramente de envio de ofícios pedindo esclarecimentos, ou algo que não seja suficiente a ponto de dar a autoridade bases para formular uma acusação contra uma empresa, é uma distorção muito grave e que pode gerar prejuízos muito grandes a companhia. No caso que eu illustrei aqui, quem iria reparar o dano, não só dos controladores dessas companhias abertas quanto dos minoritários que virão a amargar prejuízo das suas ações preferenciais provavelmente, e aqueles mais apressados ainda que venderam logo a ação sem esperar chegar o final do processo que provavelmente resultaria num arquivamento. Quer dizer, portanto a irresponsabilidade pode existir nas duas hipóteses, seja de uma averiguação preliminar conduzida de uma maneira que privilegia uma publicidade indevida dos casos, e aliás a publicidade não decorre em absoluto da medida provisória 2055, não se confunda divulgação na imprensa ou qualquer coisa que o valha quanto ao sigilo do procedimento em si como por exemplo, um inquérito policial que também não é sigiloso ou uma sindicância, eventualmente uma sindicância administrativa perante aquele

grupo de pessoas que trabalham na administração também não é sigiloso, e que é um instrumento próprio para coleta de provas que possam trazer efetivos indícios que autorizem a formulação de uma acusação seja contra o indivíduo, seja contra uma empresa.

Portanto, distorções existem e está aí o Judiciário para rever os atos abusivos, o abuso de autoridade pode ocorrer em qualquer hipótese em que a administração está presente, e portanto não é razão para privar os órgão de defesa da concorrência de instrumentos que estão aí presentes sim em outras jurisdições avançadas, que levam em conta sim o direito de ampla defesa, o privilégio contra a auto-incriminação, o privilégio da relação advogado-cliente, o direito a privacidade, porque por exemplo os domicílios não podem ser objeto de inspeção e "N" outros exemplos. Portanto, a orientação do DPDE desde a gestão do Dr. Caio e na minha, é de que não se formula acusações sem bases suficientes, não se acusa empresa sem indício suficiente de infração. Então, acho que esse era um ponto que eu queria fazer, sem nenhuma questão pessoal com o Dr. Pedro, eu entendo o ponto dele, mas eu só quis tentar aqui mostrar que existe um ponto exatamente o contrário, que dá tantos prejuízos ou malefícios para os particulares envolvidos quanto no primeiro caso. (pausa) (final do lado B - fita 04).

Dr. Lâercio Farina: (...) a mesa está disposta a celebrar um acordo de leniência dependendo da crença da Secretaria na eficácia do novo instituto. Gostaria de passar a palavra agora ao Dr. Rui, para novamente nos brindar e nos dar a oportunidade de ouvir as suas judiciosas e simpáticas observações. Dr. Rui, por favor.

Dr. Rui de Moura Ramos:

Dr. Rui de Moura Ramos: Muito obrigado, senhor presidente. Eu já tive ocasião e de início do colóquio de agradecer ao IBRAC o convite que me fez para participar do colóquio, mas agora eu tenho a obrigação de o fazer em termos reforçados, porque eu fui colocado na situação de intervir, sobretudo temporalmente e até espacialmente, não em termos de arbitrar, mas em termos de dizer alguma coisa que depois de duas versões particularmente contestadas sobre o problema em análise. Não se esperará depois disso que eu fale de outra coisa, ainda que seja de identificação, investigação e punição dos cartéis da União Européia, porque um discurso a esse título seria talvez um pouco descontextualizado no debate que aqui se trata. Manifestamente porém eu não posso discutir a problemática nos termos em que acabei de escutar, por falta de elementos sobre a realidade brasileira. O que eu irei tentar fazer e irei tentar ser breve ainda que esteja disposto a pedir a benevolência para qualquer acordo de leniência que surja entretanto. Eu irei tentar talvez inspirado pela

circunstância de especialmente ter ficado no meio, tentar estabelecer uma ponte entre duas preocupações que de um lado e do outro da mesa se expressaram; as duas que me parecem fundamentais na problemática em análise, e tentarei para sublinhar o caráter fundamental dessa duas perspectivas, e eu adianto, fundamental a um tempo e compatível perfeitamente ao outro tempo, tentarei justificar um pouco esse juízo que eu formulei ao ouvi-los a partir da experiência que eu tenho do que se passa no Direito da União Europeia e o que se passa também na prática da União Europeia neste domínio. É difícil, eu vou tentar, vamos ver se consigo...

Primeiro ponto, o Brasil está num momento de reforma da sua legislação e da sua prática nessa matéria, a União Europeia também. A União Europeia, tem um Direito da Concorrência, que desde 1962, praticamente desde o princípio, se baseava numa idéia fundamental, a idéia de que o controle administrativo dos atos da concorrência era um controle central, efetuado no caso pela Comissão da Comunidade Europeia. Esta idéia parecia uma idéia evidente e sem qualquer contestação séria, porque tratava-se de criar um mercado comum, de criar uma jurisdição comum e portanto eram necessário instituir procedimentos comuns que portanto daí que o poder de investigação, análise e sanção passa-se para um órgão central, a Comissão, e não ficasse nos Estados. E, porque foi assim porque era necessário tornar esse controle um controle central foram dados a Comissão amplíssimos poderes da matéria da concorrência. Os acordos, e as práticas concertadas deviam ser notificadas a Comissão, a Comissão podia dar certificados negativos dizendo que essas práticas não estavam ofendendo a concorrência, e podiam inclusivamente dar seções, decisões de seção. Portanto, era uma prática central. Esse sistema funcionou até hoje, e hoje tem-se a consciência que o sistema atingiu o seu limite, e está assim nas vésperas de uma profunda reforma que se baseia em linhas aparentemente diversas. Quais são essas linhas, as linhas são essas, o sistema de controle central não funciona mais, por que, porque o executivo comunitário não tem capacidade para investigar e tratar completamente as infrações que lhe são comunicadas ou os projetos que lhe chegam e, portanto como não tem possibilidade acontece que muitas vezes toma decisões que vem a ser judicialmente contestadas e que não tem meios para investigar o essencial. Daí que, a política comunitária da concorrência esteja a sofrer, e fala-se num instrumento, de um projeto ainda, mas é um projeto que a Comissão claramente acarinha, esteja nas vésperas de sofrer uma revisão fundamental e essa revisão traduz-se em descentralizar os poderes do controle administrativo e decisão para as autoridades nacionais. Serão as autoridades de concorrência nacionais que parecerão a ter competência para as chamadas pequenas infrações, a Comissão que não tem capacidade de tratar o rumo de questões que aqui o cabe, passará a ficar com as mãos livres; com as mãos livres por aqui, com as mãos livres para tratar os

grandes problemas, os grandes cartéis e esta linha é uma linha que vai 100% dar razão as preocupações que o Secretario de Estado, Paulo de Tarso veio aqui exprimir. Além da necessidade e do carácter fundamental da última ...

Eu tive ocasião recentemente de participar na formação do julgamento que julgou aquele que foi considerado até agora o cartel mais, nas palavras da Comissão enfim, sanguinário que teria tido lugar na União Européia. E, realmente as práticas aí denunciadas eram práticas altamente repulsivas, quer dizer a única empresa que tinha ficado fora desse cartel foi feito tudo para que ela saísse do mercado, e foi conseguido; os seus fornecedores foram impedidos de lhe vender praticamente e os seus compradores também; os seus administradores foram contratados pelas empresas do cartel e a empresa apagou-se ao fim de pouco tempo. Apesar disso, o cartel veio a ser denunciado, a investigação foi feita, as empresas membros do cartel foram sancionadas depois com multas violentas e o tribunal vai proferir um julgamento mediante o recurso que foi interposto pelas empresas em causa.

E, aqui eu chego ao segundo ponto, é que o sistema funcionou mas funciona com este elemento fundamental, com um controle judicial efetivo das decisões que venham a ser proferidas e portanto, há um tribunal que se vai pronunciar sobre estas decisões que a Comissão aplicou, é um tribunal que vai poder verificar se primeiro, os factos são corretos, se os direitos de defesa das empresas foram respeitadas, a Comissão é obrigada a colocar a disposição a partir do momento em que publica a notificação da infração no jornal Oficial, é obrigada a colocar o dossiê administrativo na mão das empresas em causa, para que elas possam verificar se há factos que possam, com eles possam por em causa o raciocínio da Comissão e o tribunal pode ainda constatar ou que não houve cartel, ou que houve violação do direito a defesa, e anular a decisão ou que as sanções foram excessivas porque viola o princípio da proporcionalidade porque o órgão administrativo interpretou erradamente eventualmente as circunstâncias. Esta breve descrição leva-me a idéia de que as duas idéias fundamentais que aqui foram sublinhadas são compatíveis; é possível e necessário ter por um lado que funcione fortemente em termos de repressão anti-cartel e por isso o sistema da União européia vai alterar-se completamente para permitir que o órgão central se ocupe dos grandes problemas, da repressão anti -cartel, mas é possível e necessário ao mesmo tempo ter um mecanismo de controle judicial das decisões, de controle que vai ao aspecto processual a respeito da ampla defesa que é um controle do raciocínio da Comissão quanto a conclusão se houve ou não houve cartel e quanto a sua importância e que se estende também as multas aplicadas aos intervenientes. Portanto, talvez as duas perspectivas que nós ouvimos não sejam tão exclusivas entre si, isto é, talvez seja possível construir um sistema

que assegure a repressão como a minha direita foi sublinhado e que como também a minha esquerda foi referido, os princípios básicos do *due process* sejam respeitados. Talvez seja possível, não quer dizer que no meio esteja a virtude, mas há a possibilidade de tentar considerar as duas possibilidades.

Ora bem, para isso, para tentar essa possibilidade, a União Europeia vai abdicar do sistema de notificações tal qual existe hoje e vai correr um risco particularmente grave porque reparem isto diz bastante de qual é a importância que a União Europeia atribui hoje a política anti-cartel, porque o que se vai passar é que se a competência para apreciar a maior parte das pequenas situações, passar para as entidades nacionais, isso vai significar um risco para o problema da uniformidade da aplicação do direito comunitário, porque é evidente e que ninguém tem dúvidas, que o Bundeskartellamt funciona em termos bastantes diferentes do Conselho da Concorrência em Portugal, infelizmente para nós portugueses nesta matéria. É evidente, e quando falo de Portugal falo por exemplo da França, não é exclusivo de Portugal, há graus diferentes de eficácia e até de técnica na operatividade das autoridades reguladoras nesta matéria nos vários países. Há aqui um risco, esse risco de uma aplicação diferenciada é um risco importante e ter-se-á que velar para evitar que este risco se transforme em realidade e por outro há um outro risco, isto vai significar que agora em termos de efeito sobre o sistema jurisdicional da Comunidade, isto vai significar que até agora o controle judicial desta matéria era um controle judicial único situado no Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia, aquele que eu pertencço, e portanto esse tribunal era suposto a aplicar regras comuns e aplicá-las de uma única maneira ou de maneira tanto quanto possível comum. É claro que o tribunal tem secções diferentes, mas tem obrigação de ter uma jurisprudência coerente. Agora, a atuação das autoridades nacionais de concorrência vai ser sindicadas jurisdicionalmente perante tribunais nacionais; é claro que isto vai levar a uma evolução para o fortalecimento de tribunais especializados em matéria de concorrência nas ordens jurídicas nacionais, como existe por exemplo na Inglaterra onde foi criado recentemente um tribunal com a única missão de apreciar os recursos das autoridades inglesas em matéria de concorrência. Portanto, isto caminha no sentido de uma especialização da jurisdição nacional nesta matéria, para tentar de alguma forma que essa jurisdição especializada responda em termos mais corretos e se possível, tendencialmente uniformes em todos os Estados e é evidente que há ainda um outro mecanismo que funciona como ponto de recuo e de tentativa de uniformização que é horrível, prejudicial pelo qual o Estado, os tribunais dos Estados membros podem interrogar o tribunal da Comunidade sobre a interpretação das normas em causa. E, portanto há no sistema comunitário mecanismos de tentativa de chegar a uma uniformidade, mas isso não significa que não seja uma revolução importante porque o controle vai passar

a ser feito em termos imediatos e através do Tribunal de Justiça. De qualquer modo, isto significa a importância que a Comunidade dá a este fator e portanto os termos em que ela reage a questão.

Eu diria só duas palavras mais no que toca as sanções por outro lado e no que toca por outro lado, ao problema de leniência. No que toca as sanções, a Comissão tem... o sistema comunitário funciona deixando-se na margem do órgão decisório que é a Comissão, uma larga margem de apreciação, essa larga margem de apreciação pode no entanto se for ultrapassada pode conduzir a uma moção para o tribunal, mas a Comissão tem até hoje desenvolvido uma política de sanções que o tribunal tem de algum modo confirmada e que corresponde a preocupações semelhantes aquelas que foram expressas (...). Isto é, a idéia de que há uma necessidade de punição particularmente violenta nesta matéria para dissuadir a prática do cartel. A

Comissão no entanto decidiu recentemente e foi feita uma referência aqui também a este documento, consolidar a sua prática, e nós temos pela primeira vez neste caso concreto que eu falei, a necessidade de nos pronunciarmos sobre a validade jurídica dos critérios que a Comissão enunciou como forma de autolimitação da sua autoridade em matéria de aplicação de sanções. E, aqui há um problema, é que até agora a Comissão dispunha de uma margem liberdade muito grande, que ela entendeu autolimitar-se e entendeu autolimitar-se no fundo invocando a necessidade da transparência e tornar claro as empresas aquilo à que elas se submetem. Ora bem, mas ao fazê-lo a Comissão criou um mecanismo, talvez um pouco demasiado administrativo e demasiado burocrático que talvez no caso concreto impeça que a punição seja completamente fiel e correta em termos de aplicação dos princípios fundamentais como o princípio da proporcionalidade, como o princípio da punição mais forte em relação àqueles que lideram o cartel, que estiveram na sua origem, tiveram os componentes mais diretos. Portanto, há aqui um problema, por um lado da Comissão tenta restringir a sua margem de atuação ou ela não tenta restringir como é evidente, ela não é ingênua, mas ela tentou apresentar alguns critérios que permitiriam ou tornar mais clara qual era o seu (...) dessa matéria.

Em matéria de leniência passa-se algo que foi também sublinhado já, a Comissão adotou claramente esta linha. Há uma comunicação de 1996 que exprime o que é que a Comissão entende por isso, o que está disposta a dar e o que exige para que dê alguma coisa; essa comunicação no fundo enumera lá os princípios que o Sr. Secretário de Estado se referiu, os princípios de que é mais importante impedir que o cartel continue do que multar a empresa que nele participou e isto tem uma outra importância fundamental, que é dissociar o comportamento antecartelar de uma punição penal. Na punição penal nós temos a prevenção geral, especial, e retribuição,

aqui não há nenhum destes ingredientes, aqui o que interessa é por fim ao comportamento anteconcorrencial e daí que haja uma reação que possa aparecer ao nosso sistema, e eu falo também do meu, o meu é igual ao vosso, um pouco chocante e que é mais compreensiva no contexto de um pensamento jurídico como o anglo-saxônico, nomeadamente o de carácter penal em que nós sabemos que a autoridade, o promotor, os processos penais comuns, pode negociar com o argüido a pena e até em função da confissão ou de certos dados pode decidir um acusado. É uma aplicação extrema de um princípio de uma oportunidade penal aplicada a prática da produção penal que nós não conhecemos, nosso país latino Portugal não conhece. Mas que no direito comunitário da concorrência foi transformada em sistema e que, eu devo dizer que seria completamente... eu devo dizer que no campo da repressão penal, não vou dizer que me repugna mas, é difícil aceitá-la do meu ponto de vista, porque os valores da repressão penal são valores de certo tipo. Ora bem, aqui estão em causa valores mais pragmáticos e mais práticos e por isso eu admito que... ou este procedimento que é estranho ao nosso raciocínio jurídico, possa ser aplicado desde que por um lado isso não tenha qualquer efeito sobre o plano da punição penal, quando os comportamentos são penalmente sancionadas e mais, e não tenha também qualquer repercussão sobre o ressarcimento dos danos efetivos a matéria civil. Quer dizer, a circunstância de em termos concorrências, a autoridade reguladora, no nosso caso a Comissão não aplicar um multa ou aplicar uma multa mais reduzida em função da colaboração entre aspas, dada para os infratores, não deve limitar nem a punição penal se as condutas o merecerem e nem o ressarcimento integral dos danos civis causados a vítima do cartel, e agora um problema ainda mais grave em que termos aos interesses difusos da sociedade que foi por isso atingida. Portanto, há aqui e eu devo dizer, quanto ao primeiro aspecto o aspecto do ressarcimento dos danos sofrido pela vítima, por exemplo no caso concreto em que o julgamento eu intervim, a empresa que tinha liderado o cartel, no momento do julgamento já tinha indenizado a empresa vítima que não era hoje empresa nenhuma, estava destruída. Isso é um dado! Uma coisa não é incompatível com a outra, portanto a leniência não implica absolvição, nem matéria penal e nem matéria civil. Agora, o problema que se pode por e aqui é que deve ser discutido é a eficácia na luta anti-cartel deste elemento, se isto for completamente dissociado da punição penal e da punição civil eu acho que o debate pode e deve ter lugar.

Não queria utilizar mais tempo a palavra, no fundo era só para dizer que ainda em matéria de punição não sei se é muito positivo ir para uma estruturação muito completa do que devam ser as sanções. É claro que isso é por um lado conforme o princípio da previsibilidade por parte dos argüidos, mas por outro lado isso diminui a capacidade de adaptar em concreto a tonalidade, a gravidade do comportamento colusivo e no fundo o essencial

seria isto, seria que as sanções pudessem ser aplicadas em função da gravidade desse comportamento, eventualmente modeladas por princípio de leniência, mas que sobretudo não deixasse de existir um recurso jurisdicional aberto e completo a todos os interessados. Que seja como é no caso da Comunidade, um contencioso de plena jurisdição em que o tribunal não somente pode e deve pronunciar-se em função da legalidade do comportamento da Comissão, mas pode também apreciar a aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade e pode portanto reduzir as multas aplicadas em função da apreciação que se fizer de todos os elementos do caso. Eu creio ter ficado dentro do tempo, de certeza que não terei conseguido aquilo que a situação física na mesa para vir poderia convidar-me a fazer, mas pelo menos creio ter sublinhado alguns aspectos não de certeza, não totalmente contraditórios entre as duas intervenções como se deram. Muito obrigado.

Dr. Láercio Farina:

Agradecendo mais uma vez a intervenção do Dr. Rui de Moura Ramos, com suas valiosas e didáticas observações e aproveitando um pouco deste aprendizado, eu gostaria de convidar os senhores a interromper por vinte minutos esse nosso colóquio. (...) Voltando ao nosso painel de Cartéis, eu gostaria de passar a palavra ao Dr. Paulo Corrêa, Secretário Adjunto da SEAE.

Dr. Paulo Corrêa:

Boa tarde a todos! Eu queria agradecer o convite do IIRAC a estar presente nesse Seminário, queria dizer inicialmente que as intervenções que antecederam a mim tiveram aspectos que merecem ser destacados e é o que eu vou começar fazendo.

Em primeiro lugar, eu achava importante que nós numa relação entre o setor privado e o setor público tivéssemos duas preocupações subsequentes, a primeira de um pouco desarmar os espíritos quanto as pretensões de ambas as partes. Eu queria dizer claramente qual é a pretensão do setor público e me tomando um pouco até repetitivo com relação ao Dr. Paulo de Tarso, que me antecedeu. Não há de nossa parte, e creio que isso se expressa no projeto qualquer tentação Fujimoriana, ainda que tão pouco tenhamos interesse em manter qualquer tendência a produção de um Santo Ofício. Dito isso, eu queria em primeiro lugar louvar ao Dr. Pedro Dutra, como já fiz outras vezes e dizer que, dado a nossa pretensão inicial que é no âmbito dessa reforma não apenas tomar mais ágil e menos custoso para o

setor privado a administração da legislação antitrust no país como sobretudo do ponto de vista do interesse público, tomá-la eficaz no que ela tem de mais importante para a sociedade como um todo que é a repressão a condutas antecompetitivas, em particular os cartéis.

Abundam citações e estudos sobre os prejuízos do cartel ou dos cartéis, das práticas colusivas de uma maneira geral, eu já tive a oportunidade nesse Seminário há um ano atrás mencionar isso, uma mesa também sobre cartéis e eu queria só enfatizar isso nesse momento. Quer dizer, a prioridade do setor público tem a ver com a compreensão de que cada vez que o setor privado invista um níquel numa conduta cartelizante, numa conduta antecompetitiva é um real a menos que está sendo investido na redução dos custos na melhora da qualidade ou num produto novo. Isso significa menos emprego, isso significa menos crescimento econômico, isso significa que produtos de melhores qualidades não serão desenvolvidos, isso significa que o país não deterá um sistema de incentivos privados adequados para promover o investimento produtivo. Então, a legislação antitrust ela tem esse poder de definir preços implícitos para condutas privadas alternativas, nesse sentido enfatizar a repressão a cartéis e as condutas antecompetitivas de uma maneira geral, é uma maneira de alterar esses preços relativos, tomando a cartelização uma conduta cara e favorecendo portanto os investimentos produtivos. Essa é a pretensão do setor público, essa é a pretensão certamente da SEAE, do SDE e do CADE e tenho aqui a convicção de que seremos capazes de incorporar dentro dessa preocupação maior tudo que for relevante e importante para respeitar o devido processo legal e o amplo direito de defesa.

Dito isso, eu queria passar talvez enfadonhamente ao ponto dessa mesa, que são aspectos de identificação, investigação e sanções. Eu, de uma certa maneira ingenuamente imaginei que esse tema é tão importante que ele mereceria ser tratado em si mesmo, então eu preparei algumas colocações sobre cada um desses temas que eu vou passar a fazer de uma maneira resumida, me reservando alguns minutos para então entrar aí um pouco no anteprojeto, em particular como é que ele procura e como é que ele reflete essa prioridade do setor público.

Em primeiro lugar, sobre questões relativas a identificação. A minha formação é em economia e eu brinco sempre com a direção do IIRAC, que eu me sinto muito confortável numa mesa que fala sobre cartéis onde os economistas tem muito pouco o que dizer. De uma maneira geral o discurso econômico, ele é mais produtivo para a defesa da empresa que está sendo acusada de cartelização do que para quem tem a preocupação de acusá-la, isso porque de uma maneira mais geral o trabalho teórico e também empírico, a investigação teórica e empírica em economia, não conseguiu definir nem condições suficientes nem necessárias para a ocorrência de um cartel. Ou seja,

nós não conseguimos dizer como economistas: dada essas circunstâncias então existirá um cartel! Pelo contrário, o discurso econômico foi capaz de produzir várias explicações para o comportamento paralelo, para as condutas paralelas (u.) que reduziram muito o ceticismo dos economistas com relação a existência de cartéis, isso no mundo inteiro. Esses resultados são vários, a teoria dos jogos foi capaz de mostrar que um cartel pode ser estável a longo prazo quando as empresas interagem repetidamente e quando há uma ameaça crível de punição; alguns estudos empíricos mostram a existência de guerra de preço ao longo de períodos em que os cartéis entre aspas, estão em vigor, porque são instrumentos de punição de quem fere o acordo existente, de tal maneira que os economistas são capazes de discordar da tese, o que não eram há uns anos atrás, de que a existência de uma guerra de preços é um indício de que um cartel não existiu naquele período, isso não é mais aceito tão tranqüilamente. E os economistas são capazes de estabelecer algumas condições que tomam mais fáceis a vigência de cartéis. Além do que o Paulo foi capaz ou teve tempo de mencionar, eu mencionaria algumas outras como a capacidade de detectar e punir quem fere os acordos, a questão do horizonte temporal, da extensão da repetição das interações, a volatilidade da demanda e o número de jogadores.

No segundo ponto, no âmbito da identificação de cartéis, nos quais nós temos nos baseado bastante, são denúncias de clientes. Isso nós e no mundo inteiro como nós tivemos oportunidade de ver em alguns momentos; nós tivemos a oportunidade de participar num Workshop de autoridades de defesa da concorrência agora em Bringyton e as denúncias de clientes, no mundo inteiro ainda são a principal forma, a exceção talvez seja nos Estados Unidos, da descoberta de cartéis. O problema em geral é como filtrar essas denúncias, porque como nós sabemos elas são muitas vezes motivadas por interesses pontuais do denunciante obter melhores condições de barganha com o seu fornecedor. Então, trocando em miúdos, é a associação de classe que chega para a autoridade e diz: o meu fornecedor tem um cartel, está aqui a minha denúncia; saí para a imprensa e diz isso, uma semana depois quando você volta para conversar com ele sobre a investigação a resposta é que: não, não deixa para lá, porque nós conseguimos negociar uns preços melhores com esses supostos cartelizadores. Não acontece só no Brasil, isso é um fato comum e aí é que a teoria econômica pode um pouco ajudar para e talvez sirva como um bom filtro dessas denúncias.

Um outro instrumento importante é a cooperação internacional, e nós temos a felicidade de há cada um desses encontros, é o segundo do qual nós participamos, saímos daí com algumas cooperações mais aprofundadas. No primeiro encontro desse tipo que foi em Washington, mais ou menos há um ano atrás, nós tivemos a possibilidade de iniciar as investigações dos casos

de Elisina e Vitaminas, tenho a certeza que esse ano fomos brindados com alguns outros casos, isso hoje temos as notícias deles em breve. A cooperação internacional é muito importante na medida em que facilita a troca de informação e ajuda as autoridades a lidarem com os cartéis internacionais, e a última questão então ainda do ponto de vista da identificação que eu queria tratar, diz respeito a importância do instrumento de leniência, em particular o dispositivo Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça tem negociado mensalmente um caso novo de leniência por mês, que é uma taxa fenomenal se comparada há quatro anos atrás, e tem fundamentalmente a ver com casos novos que são trazidos ou seja, casos que não foram conhecidos pela autoridade norte-americana, e que tem a ver com benefício do programa de _____ the Place. De uma maneira geral eu acho que uma conclusão importante que nós temos que ter em mente e que fortalece um pouco, explica um pouco a preocupação que nós estamos tendo é o seguinte; os cartéis ao contrário do que vinham acontecendo, não só no Brasil mas no mundo inteiro, a exceção talvez dos Estados Unidos, mas eu acho que talvez na ~uropa também, até recentemente tinha uma característica ingênua muito grande, sobretudo eram cartéis explícitos aonde muitas vezes a prova era isponível, o que nós estamos chamando de naive Cartels; estão mudando de aracterística e estão se tomando cartéis muito mais sofisticados e tem técnicas importantes para se esconderem e estão indo, novamente um termo unhado ao longo dessas reuniões, estão indo underground e estão sendo cada vez mais em escopo internacional. Quer dizer, essas novas características tornam os instrumentos de investigação, inclusive a leniência, mas não apenas a cooperação internacional um instrumento essencial para identificar artéis.

Do ponto de vista da investigação eu teria a fazer alguns comentários ípidos. Assim, antes eu vou disponibilizar para os senhores, eu vou estar assando ao ffiRAC e em seguida, o texto que nós apresentamos sobre lentificação de cartéis nesse Seminário, ele chama Discovery ...Leads, The Brazilian Experience. Peço desde já a licença por estar apresentando em inglês por que não houve tempo de tradução, caso haja tempo a SEAE se compromete a apresentar uma versão obviamente em português.

Do ponto de vista da investigação então, eu quero novamente chamar atenção para o programa da leniência, para um aspecto que nem sempre ara o qual a gente presta a devida atenção, que é o fato que a leniência deve lvolver muitas vezes a cooperação e aí a cooperação daquele que está pedindo... aplicando para o programa de leniência, e aí o exemplo clássico que demonstra a importância disso é certamente a forma com que a investigação do cartel de Elisinas foi construído. Essa investigação contou com a cooperação de um dos executivos das empresas durante um ano e meio. Durante um ano e meio esse senhor fez escutas durante reuniões, filmou

reuniões, enfim participou do cartel já sob a coordenação apropriada do órgão de investigação americano, no caso o FBI, mas cooperou intensamente para contar o caso, portanto a leniência também como instrumento de investigação.

Eu queria chamar a atenção para um aspecto que tem a ver com o nível de profundidade que os cartéis tem assumido atualmente. Hoje, se scute na Europa e eu posso citar aqui a autoridade holandesa por exemplo, a importância de se estender os poderes de busca e os poderes de investigação mbém ao domicílio dos... eu sei que é um tema bastante controverso, eu não tou defendendo isso e nem teria capacidade jurídica para fazê-lo, mas apenas constatando que a medida em que os cartéis se tomam mais sofisticados, há a necessidade de estender os poderes de investigação por exemplo, como vem sendo defendido pela Holanda, a busca do domicílio dos principais executivos; domicílio assim: onde ele mora, a casa de campo, enfim aonde muitas vezes e documentos importantes da existência do acordo se encontram. Nós também apresentamos um documento nesse Seminário, que se chama: Circunstancial on Evidence and (...) in Cartel Cases, que ajuda um pouco a explicar as nossas reflexões sobre conduzir uma investigação nos casos em que a evidência preliminar não é tão grande.

Por último, no que diz respeito as sanções, eu acho que seria importante considerar no Brasil, a pertinência da manutenção do cartel como um crime. Como nós sabemos a sanção, ela é função não apenas do nível da pena como da probabilidade de que ela seja aplicada. Então, a criminalização do cartel no Brasil, talvez seja um caso em que nós estejamos sobresancionando e com isso reduzindo a probabilidade da ocorrência da sanção, nesse sentido a sanção efetiva estaria sendo diminuída. Essas seriam as minhas observações sobre os três itens digamos presentes previstos para esse painel.

Eu queria então fazer alguns comentários finais sobre o projeto em si, no que diz respeito a questão dos cartéis ou do combate aos cartéis. Há aí claramente uma preocupação como foi dita em aumentar os poderes de investigação, mas há outras coisas também que eu gostaria de aproveitar para explicitar. Bom, como os recursos da autoridade não serão infinitos, essa preocupação também se reflete uma racionalização no controle de concentrações, para que sobrem recursos para esses...que possam ser então identificados ao combate de infrações desse tipo. Então, economia de recursos que é uma característica pública, que é uma característica desse projeto também foi pensada para viabilizar ou facilitar essa prioridade. Uma diretoria anti-cartel foi criada um pouco na linha das três unidades que a SEAE criou ao longo do ano passado e certamente inspiradas na experiência da União Européia. A comissão européia, como nós sabemos, a antiga DG-4 da concorrência, criou se eu não me engano no início do ano passado uma

unidade específica para lidar com esse caso. A divisão de trabalhos e a especialização nesse aspecto tem vantagens que podem ser exploradas mais adiante.

Mas eu acho que existem algumas outras mudanças de fundo que são importante chamar a atenção ainda. A primeira é que, e eu acho que vale uma comparação com a comunidade européia, é que a instrução ocorrerá perante o tribunal, essa é uma mudança importante. Obviamente o diretor geral não tomará nenhuma decisão quanto a existência de infração ou não, mas procederá apenas como acusados perante o tribunal a quem caberá a decisão final, não só quanto a existência da infração mas também quanto a multa e aí há uma diferença com relação a comissão européia. Quer dizer, eu acho que e esse é um ponto que eu pretendo explorar amanhã ao longo da tarde, há uma mudança radical de concepção do funcionamento dessa agência, que se eflete na separação da acusação e do julgamento e que tem a ver com a eficácia da agência no que diz respeito ao interesse público. Comecei a minha exposição dizendo que, é do interesse público ser capaz de reprimir e condenar os cartéis, para alterar os preços relativos a essas duas condutas. A separação da acusação e do julgamento é novamente somado ao processo decisório de caráter essencialmente judicial. Ou seja, nós estamos tentando reproduzir o processo decisório através de um julgamento não é isso; esses dois fatores aonde o diretor geral da agência com a função de acusador representará o povo e o interesse público na acusação contra uma empresa que defenderá a sua situação perante um tribunal, é um instrumento que introduzirá maior eficácia, não tenho dúvida, sobre a capacidade não só de reprimir, não só de investigar mas certamente de obter uma condenação efetiva do cartel. As vantagens não dizem respeito só a uma divisão de trabalhos mais clara; quando uma pessoa está convidada a ser ao mesmo tempo juiz e ao mesmo tempo o acusador, é da natureza humana e eu acho essa palavra um pouco forte mas há uma tendência de escolher ou de priorizar um desses papéis. Mas isso não é tudo, há também um problema sério de economia política que é o seguinte; por mais que as agências estejam independentes as pressões políticas que existem em torno de cada decisão são muito fortes e, há um risco de que nesse contexto o interesse do povo por razões que tem a ver com custo de organização sejam sub-representados visa o aviso o interesse do setor privado. Imaginem quantas vezes os consumidores teriam que se organizar para pressionar politicamente uma decisão de um tribunal, e imaginem o custo que isso envolveria; já uma parte vai a julgamento uma vez. É uma parte que provavelmente terá bastante poder econômico, condições de contratar por pareceristas, condições de contratar todos os recursos necessários para legitimamente defender a sua posição. Vocês não confundam um problema de economia política com um problema banal de... falsa representação, isso é um problema comum às agências não só no Brasil, não só agência antitrust mas a

todas as agências no Brasil e no mundo. Quer dizer, no momento em que o diretor da agência representa apenas o interesse do povo e não mais o interesse de ambas as partes porque aí o papel de árbitro caberá ao tribunal, você libera ou pelo menos você minimiza esse problema de economia política que tenderia a ser resolvido de uma maneira muito desfavorável ao interesse público. Essa é uma grande inovação desse projeto, eu espero ter oportunidade de na próxima sessão ou melhor daqui há duas sessões voltar a esse ponto e aprofundá-lo um pouco mais com os senhores. Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina: Quero agradecer ao Dr. Paulo Corrêa, a precisa colocação de suas posições, quase todas merecedoras de reflexão e aptas ao debate, algumas das quais até ao meu ver que se confundem com parte do pensamento exposto pelo Dr. Pedro Dutra, e que se refere a eficiência da legislação e por consequência da agência.

Iniciando a fase de debates, dois debatedores da mesa iniciarão o debate, imagino que aquelas perguntas em bloco não sejam tão eficientes, portanto vamos fazer as perguntas uma-a-uma dirigidas a um debatedor que responderá imediatamente, dando margem assim a um debate mais aceso que é o que esperamos.

Em primeiro lugar, antes porém de passar a palavra ao Df. Carlos Francisco Magalhães, eu vejo no fundo do auditório o Dr. Celso Campilongo que ficou escondido e que certamente teria uma parcela importante do debate, a participar se estivesse mais perto da gente, nós temos aqui uma cadeira.

Dr. Celso Campilongo: Mas eu presto muita atenção daqui.

Dr. Láercio Farina: Eu também gostava de sentar no fundão quando eu estava na faculdade. Eu vou passar então a palavra, antes ao Dr. Carlos Francisco Magalhães que ao início deste painel teve uma reação meio negativa quando foi chamado de um decanos do Direito Anti-Trust. Está certo que um dos decanos já é um termo errado, é um decano e o resto, mas um dos decanos é uma liberdade poética. Porém agora no cafezinho, eu fiquei sabendo de uma história que eu não sabia; o Dr. Carlos Francisco de Magalhães, apesar daquela reação atuou no caso número um, do CADE.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães: eu?

Dr. Láercio Farina:

Os senhores se lembram...bom, o Dr. Mauro Grinberg está dizendo, então imaginem... Os senhores que a lei do CADE é de 62. O Dr. Carlos, é com grande respeito que eu lhe passo a palavra.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães:

Mas devo lembrar que naquela ocasião como muitos de vocês eram estagiários do 20 ano da faculdade e fui buscar uma fotocópia, não existia xerox desse processo número um lá no Rio de Janeiro, onde estava o CADE naquela ocasião e daí porque a demora do... descida do avião em São Paulo pelo congestionamento me fez ler a representação naquela fotocópia e desde daí eu fiquei sempre tomado por esse tema da concorrência, motivo pelo qual até hoje estou aqui com vocês.

Mas então, não me resta muito tempo e eu gostaria de fazer algumas colocações no que diz respeito aos temas tratados, especialmente aquele de cartel, o de processo e no entanto eu acho que esse tema será melhor tratado outro fórum, mas no que diz respeito a questão de cartel, tema de hoje e as minhas colocações são todas para a bancada que foi separatista aqui pela mesa, toda colocada do lado de lá. Quer dizer, os senhores oficiais que vieram todos engravatados aqui para dentro dessa nova mesa simples e casual aqui, mas enfim todas as minhas colocações eu não vou nem nomear, mas lá a bancada do lado direito da mesa, o Dr. Paulo de Tarso, o Dr. Paulo Corrêa, Dr. Darwin e o Dr. Rui, que está aqui também como juiz mas enfim aremos aqui fazendo as colocações e são...procurarei ser breve nelas.

Bom, o termo cartel/cartéis, não é tradicional da legislação Brasileira, foi aplicado parece que uma vez na legislação penal. Não sei se é um glicismo, eu acho que sim mas enfim, é uma expressão estranha a nossa lei e ela me vem com certo preconceito, um ranço daqueles idos dos anos 70, [quando surgia um livro aqui no Brasil que durante seis meses foi a obra Lerner um das não ficção, chamava-se Ditadura dos Cartéis, cujo autor foi o urt Rodolf ... que apresentou essas representações junto ao CADE e de uma motação totalmente política, um ranço realmente preconceituoso de :onomia de esquerda e eu realmente eu preferia que esse anteprojeto onde .tá sendo introduzido pela primeira vez o termo na legislação brasileira, ;asse a expressão: Acordos Horizontais, é muito mais própria, muito mais :cnica, muito mais exata e destituído de qualquer preconceito, embora seja a doutrina, jurisprudência internacional também utilizada, principalmente a uropéia, já que a palavra tem origem lá, mas Acordos Horizontais realmente muito mais moderno, mais correto.

Então, sobre a introdução, aliás ela não está introduzida no dispositivo penal, no dispositivo que define a infração, ela está introduzida ali .uma diretoria, diretoria de repressão a cartéis, uma diretoria específica de epressão a cartéis que está sendo criada. Eu acho até essa divisão totalmente lesejada e inadequada mesmo porque as infrações de matéria econômica tem uma área cinzenta muito grande separando aquelas que seriam absolutas, que ~ o termo exato criado na lei daquelas relativas. Quer dizer uma área cinzenta muito grande, quer dizer então vai se abrir uma diretoria para processar os

;artéis e outra para processar as infrações relativas, eu acho isso um absurdo porque as absolutas também são relativas. Muitas delas conduzem ao uniforme, tanto mais elas também configuram infrações relativas, então teríamos que ter dois processos, um bis-idem porque se configurasse as duas situações como muitas vezes vai se configurar.

Então, essa divisão, essa criação da diretoria dos cartéis e é a primeira vez, é a única vez que aparece cartel na nova, na futura legislação brasileira, talvez apareça se esse processo não passar na comissão de constituição e justiça como espero, mas enfim o que quer vem a ser infração absoluta cuja aplicabilidade vem da diretoria dos cartéis, será aplicada a repressão? Bom, tem-se dito que seria uma infração de per-se. Infração de per-se é uma coisa que já... natimorta, eu acho que na aplicação, na jurisprudência internacional. Eu acho que desde a regra da razão, desde aquele tempo já começou aos poucos morrer a tal ponto que hoje nós temos até pronunciamentos até de economistas, não são nem de juristas, dizendo que aplaudem _____, quer dizer o passamento, a morte da tradicional regra do per-se. Quer dizer, eu acho que não caberia trazer para cá, mesmo porque a inconstitucionalidade é evidente, porque o artigo 20 da nova redação do anteprojeto a não trazer, que visem a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros, ele já trás uma inconstitucionalidade evidente. Os senhores verão por exemplo que acordos, os mais simples possíveis entende, é claro aqui estão se falando de acordos de preço, acordos perversos, graves etc., mas pela redação que está na legislação nós poderemos até alcançar, configurar um simples acordo entre concorrentes, por exemplo uma categoria postos de gasolina por exemplo que resolvam fazer um horário uniforme de fechamento. Horário uniforme de fechamento e que...uma regra ótima face a violência, a assaltos, a economia inclusive de processos produtivos e tudo o mais, quer dizer eles estão por um acordo de concorrentes, fazendo uma negativa coletiva de prestação de serviço, está plenamente enquadrado neste artigo já que ele não exige o fim visado que seria o aumento arbitrário de lucros, a eliminação da concorrência e tudo isto. Então, já por si, eu acho que totalmente inconstitucional e inadmissível essa infração dita absoluta, aliás absoluta vem de absolutismo, é algo assim que tem um ranço também que de maneira alguma nos sensibiliza, realmente não há porque se separar as infrações como tradicionalmente se colocou, e de acordo com a sua gravidade aplicar-uma penalidade maior ou menor.

Outra colocação, eu gostaria de colocar é no que diz respeito a muitos outros acordos entre concorrentes horizontais que podem ser admitidos, são perfeitamente admissíveis como esse que eu falei, por exemplo dos postos de gasolina, mas existem outros assim tipo os cartéis de exportação, os famosos cartéis de exportação que sempre foram admitidos

dentro das legislações nacionais, agora existe realmente uma tentativa de um projeto uniforme mundial, não seria mais admissível, mas os cartéis de exportação são tradicionalmente admitidos já que eles pela regra da territorialidade eles não atingem o próprio país onde eles são realizados, cujos concorrentes ali se sediam, de modo que eu não vejo absolutamente porque ver essa gravidade entende, de tratamento que se pressupõe; aliás não está dito em nenhum dispositivos que teria uma qualidade de prova superior aquela das infrações relativas, mas presume pelo menos se presume pelo emprego da palavra absoluto que seria dentro de uma analogia relativa a presunções absolutas e relativas que seriam aquelas que não admitiriam prova em contrário. De modo que, essas colocações que eu gostaria de fazer no que diz respeito então aos acordos horizontais ou aos cartéis e realmente não vejo porque se fazer um anteprojeto modificando a legislação atual, inclusive a configuração das infrações mesmo porque são poucos anos decorridos, desde 94 e não há porque tão depressa se proceder a uma modificação tão importante na legislação que... tão estrutural até modificando as categorias de infrações, mesmo porque essa categoria de infrações não conheço nenhuma legislação a não ser a mexicana, se eu não me engano, que trás essa diferença de categorias absolutas ou relativas mais graves ou menos graves. Isso que eu queria fazer a colocação para os senhores que estão a minha direita e que muito nos honra com a sua presença a esse debate de hoje. Muito obrigado.

Dr. Láercio Farina:

Dr. Carlos, na eventualidade de alguma pergunta direta o senhor voltará a usar da palavra, muito bem. Então, Dr. Mário Possas por gentileza, os seus comentários.

Dr. Mário Possas:

Muito obrigado. Eu agradeço especialmente ao ffrRAC, o convite e a oportunidade de participar desse debate, participar desse seminário que é muito prestigioso e particularmente num contexto de mudanças tão importantes que se anunciam.

Evidentemente, como debatedor não me cabe aqui levantar temas a não ser aqueles que já tenham sido levantados na mesa e de qualquer forma essas mudanças serão objeto de um debate específico na sessão final de amanhã. Eu gostaria de fazer brevíssimos comentários de ordem geral que tangenciarão topicamente observações feitas pelos vários participantes do painel. (...) Gostaria de sugerir algo talvez surpreendente ou paradoxal que vem a ser o seguinte: a ação antitruste é essencialmente ao meu ver uma ação preventiva. Mesmo quando ela é repressiva ela é também essencialmente preventiva. Com isso não me refiro principalmente à questão do controle de

estruturas concentradas, eu me refliro também a condutas. Quer dizer, também no âmbito das condutas o caráter preventivo é do ponto de vista do interesse público muito freqüentemente mais importante, mais significativo do que o repressivo. A título apenas de uma ilustração bastante simples e a partir do que foi dito aqui nesta mesa, a repressão ao cartel, por exemplo, inibe não apenas a continuação da prática, o que por si já gera benefícios públicos, mas previne que práticas da mesma natureza sejam difundidas na economia, quer dizer, em outros mercados, em outras atividades; e para que esse objetivo seja alcançado é necessário que a punição seja economicamente eficaz, como já foi dito também nesta mesa, ou seja, é preciso que a eventual punição, por exemplo, uma multa aplicada, tenha magnitude suficiente para como ordem de grandeza eliminar os ganhos esperados resultantes da prática, de forma a poder com isso exercer a função preventiva de inibir a ocorrência da prática e não apenas atuar *ex-post*. Toda a atuação antitruste na sua essência é uma atuação *ex-ante*, e isso em benefício do interesse público, de economizar os recursos públicos e maximizar a eficácia dos resultados da ação pública. Mas eu gostaria de ir um pouco mais longe nesse raciocínio, eu gostaria de desafiar os senhores para a seguinte inferência lógica: desde os primórdios da lei antitruste, ou seja, desde a lei Sherman, a preocupação não é propriamente com a existência de monopólios ou de oligopólios. Considerou-se, talvez com bom senso, ainda que relutantemente, que tais formas de mercado são naturais na economia capitalista, elas resultam de um processo econômico natural, a própria concorrência leva paradoxalmente a monopólios ou, com maior probabilidade, a oligopólios; e se quiserem seguir o paradoxo, quanto mais eficaz for a concorrência mais ela levará, ou seja, a competitividade levada ao extremo conduz ao monopólio. Isso não é nenhuma novidade, Schumpeter já falava sobre isso.

Mas o que eu quero dizer aos senhores é o seguinte: a lei antitruste foi concebida de maneira institucional, de maneira não radical; ela foi concebida por juristas e por políticos e não por economistas, felizmente - para evitar qualquer tipo de preocupação com corporativismo. Eu sou muito crítico em relação aos economistas e acho que é muito importante o bom senso na aplicação da lei, e até na sua formulação e na sua redação. A preocupação central é de aumentar o bem estar, não há dúvida, isso todos repetem e é verdade: é de aumentar a capacidade do funcionamento livre dos mercados, de gerar efeitos benéficos para a sociedade. O pressuposto é o de que o livre funcionamento dos mercados leva a resultados ambíguos. Muitos desses resultados beneficiam o interesse público no sentido de aumentar a eficiência, o bem estar social, como quer que se defina eficiência - eu não vou entrar aqui nisso, acho a definição estrita de eficiência alocativa muito pobre, mas deixemos isso de lado. Como quer que se defina bem estar, não há dúvida que é isso o que se busca. No entanto essa busca do bem estar, vejam os senhores,

não é ilimitada; se ela fosse ilimitada a inferência lógica nos levaria a uma economia socialista, nos levaria à impossibilidade de uma economia de mercado, porque todos os comportamentos resultantes de empresas que detêm poder de mercado, de uma forma ou de outra acabam levando a um exercício de poder de mercado, inclusive na forma mais simples e aceitável de todas que é o preço, um exercício que implica redução do nível de eficiência. Então, quando levado ao extremo, um raciocínio puramente lógico desse tipo nos levaria ao absoluto disparate de condenarmos o próprio capitalismo por suas contradições internas como diriam os marxistas; o capitalismo estaria condenado e obviamente não se trata disso. Então, do que se trata afinal quando se faz uma política de defesa da concorrência? Trata-se de explorar o potencial positivo das ações empresariais, da sua iniciativa e das suas estratégias. Como assim? O empresário visa seu lucro; freqüentemente esse objetivo coincide com o interesse público, também freqüentemente ele colide com o interesse público, essa é a questão. Então, a lei e a ação antitruste têm por objetivo direcionar a atividade privada de forma a que os incentivos, como dizem os economistas, estejam adequadamente alinhados com o interesse público; essa é a sua finalidade. Ela é essencialmente preventiva, vale novamente destacar; queremos canalizar os esforços legítimos da iniciativa empresarial numa direção de interesse público.

Aonde eu quero chegar com isso; o que tem isso a ver com cartéis? O cartel é um caso particular de conduta antecompetitiva, é um caso freqüente e importante, mas ele não deve ao meu ver ser tratado como algo particularmente importante. Ele é uma forma de ação que tem por objetivo dotar artificialmente as empresas individuais de mais poder do que elas detêm naturalmente. Então, as condutas anticompetitivas em geral, sejam cartéis ou outras, só são consideradas ilegais na medida em que elas atinjam um objetivo de aumentar os lucros das empresas de uma forma que não é considerada natural. O que é considerado natural ou não, não é uma questão econômica, o economista jamais vai aceitar essa definição, é uma questão de interesse público, é institucional e jurídica; o economista não vai saber nunca distinguir, porque não tem o instrumento para isso na sua ciência, entre o que é aceitável e o que não é aceitável, esse é um critério que está fora da economia; é um critério ético, é um critério de interesse público e interesse político. Então, existe uma delimitação institucional normativa delicada entre aquilo que é aceitável no que a empresa faz no seu benefício e aquilo que não é. É aceitável por exemplo, que uma empresa que já detém poder de mercado, inclusive a monopolista, exerça pura e simplesmente o seu preço de monopólio, ela não vai ser punida por isso, ela já detém poder de mercado. Mais ainda, caso, por exemplo, uma monopolista ou oligopolista, quer dizer, que tem poder de mercado, seja beneficiada por uma alteração na taxa de câmbio que diminua a pressão competitiva que as importações exercem sobre

ela, como aconteceu no Brasil recentemente, essa empresa ninguém vai condená-la pelo fato de ter aumentado a sua margem de lucro, aumentando os preços inclusive, ela pode fazer isso senão diretamente por outros meios e que ela certamente sabe fazer. No entanto esse efeito pode ser tão ou mais prejudicial ao bem estar e ao nível de eficiência alocativo do que um cartel. Então nós temos aí claramente um problema que não é resolvido só pela análise econômica, é um problema que só pode ser resolvido no plano institucional, e em parte jurídico e político, com instrumentos que vão muito além da análise econômica.

Eu acho que a partir dessa percepção é preciso ter um pouco mais de modéstia, muita cautela e reconhecer que nós não sabemos o suficiente, por mais que saibamos. A melhoria ou o aperfeiçoamento da legislação e da sua prática requer aprendizado.

Do ponto de vista da implicação institucional e das mudanças que estão sendo propostas, um breve comentário. Foi dito aqui que maior competição leva a cartel. O Secretário Paulo de Tarso fez um comentário nessa linha. Pode até ser verdade, mas não é uma questão tranqüila, é no mínimo duvidosa, pode-se alegar o contrário também. A idéia pode ser inversa, de que o cartel é um sintoma da insuficiência da competição; quando submetidos a uma pressão competitiva mais intensa, muito freqüentemente os cartéis já constituídos tendem a perder estabilidade. Então, voltando ao ponto de que nós temos que trabalhar numa linha mais preventiva e menos repressiva, à concepção de que o que nós desejamos é aumentar o nível de concorrência da economia, eu acredito que nós devemos ver a política de defesa da concorrência como um instrumento entre outros de política da concorrência, talvez um dos mais importantes mas não o único; o que nós desejamos é um ambiente competitivo, é isso que é necessário. Ele é insuficiente, porque como vimos as empresas podem realizar vários tipos de práticas antecompetitivas mesmo num ambiente em que exista concorrência, porém um ambiente competitivo é aquilo que se deseja, e nesse sentido eu apontaria como principal conclusão dessa minha brevíssima incursão em termos abstratos, que é um risco muito grande de ineficácia e mais do que isso, um risco de desvio de rumo, nós acharmos que o objetivo central, ou um dos objetivos centrais, de uma política de defesa da concorrência é a de reprimir cartéis. A repressão a cartéis deve existir, é verdade, como foi dito aqui também pelo secretário Paulo de Tarso; a tradição concorrencial no Brasil é nova, ainda muito incipiente, existe uma tradição oposta que é de considerar que cartel e coordenação entre empresas é uma coisa desejável e normal. Portanto, em hipótese alguma eu estou aqui defendendo cartéis, devo deixar bem claro isso, eu acho que se tem que combater os cartéis. A divergência é com o problema de direcionamento da política, a política não

deve ser direcionada à repressão, por sua ineficácia e por ser um desvio de rumo de fato. O objetivo deve ser dotar a economia de mercados mais eficientes e mais capazes por si mesmos, e não pela repressão pública, de gerarem eficiência.

Nesse sentido, apenas mais dois comentários finais, sobre implicações disso para a proposta de nova agência e de mudança na lei. No que diz respeito à nova agência, acho desnecessária nesse contexto a criação de uma diretoria de cartéis, isso implica justamente essa visão a meu ver distorcida, de que é preciso um trabalho policesco mais intenso contra a atividade de cartéis. Eu acho que é desnecessário, até porque todas as outras condutas e atos de concentração estão amontoadas na outra diretoria, então me parece que há uma distorção, que não por acaso sinaliza claramente na direção de que se quer enfatizar de fato uma política contra cartéis. Eu não sei se é o efeito dos postos de gasolina recentemente ou o que seja, eu acho que é descabido para um órgão de defesa da concorrência, ele não é um órgão policial, não é da sua natureza e não cumpre os seus objetivos de interesse público. E, em segundo lugar e concluindo, acho também que a forma pela qual os cartéis foram tratados na proposta de mudança da lei é inadequada, para dizer o mínimo. A idéia de separar, entre as práticas ou condutas anticompetitivas, infrações de tipo "absoluto" e infrações de tipo "relativo" é, além de esdrúxulo, do ponto de vista de eficácia extremamente discutível. O que se quer na verdade aí, de uma maneira muito mal disfarçada, é introduzir na legislação brasileira o critério de avaliação *per se* que existe na jurisdição americana. Lembre-se que, no caso dos Estados Unidos, o *per se* tende a ser introduzido de uma forma muito qualificada e decrescente, ou seja, o critério da *rule of reason* está crescendo cada vez mais, não por acaso. A técnica correta do ponto de vista antitruste é o da *rule of reason*. Há quem interprete, e eu concordo com essa interpretação, que o *per se* nada mais é do que uma aplicação mitigada e uma forma processual simplificada de aplicar a regra da razão?, por razões de economia processual meramente. Mas do ponto de vista antitruste, de um modo geral, é sempre necessário ponderar os efeitos positivos e negativos. É bem verdade que cartéis não têm contrapartida positiva, como foi dito, mas isso não justifica mudar a lei brasileira e introduzir namarra um dispositivo que é incompatível com ela, como já foi dito aqui inclusive, do ponto de vista jurídico, não só do ponto de vista conceitual da lei antitruste. Você começa a engessar a lei de uma maneira que é indesejável.

Em suma e concluindo, eu acho que não só em relação a cartéis, mas em relação a vários outros temas que não cabe aprofundar aqui, é preciso tomar uma extrema cautela em mudar algo sobre o qual ainda se está aprendendo. O processo de construção institucional que se deseja nesse país,

não só na área de defesa da concorrência, é um processo que precisa ter um mínimo de estabilidade ao longo do seu percurso, de maneira que se tracem rumos bem definidos, se vá por ensaio e erro e aprendizado, e no caso de defesa da concorrência por jurisprudência também, construindo o conhecimento, a base, a reflexão necessária. Mudar por mudar é o que não precisamos nesse momento, precisamos consolidar para mudar e não mudar por mudar; mudar por mudar gera um caminho aleatório, sem rumo. É isso que eu gostaria de dizer, muito obrigado.

Dr. Láercio Farina:

Agradecendo a interessante intervenção do Dr. Mário Possas, interessante por trazer o debate a um novo ângulo. Eu vou abrir os debates, já temos aqueles que tem interesse em fazer perguntas, por gentileza levantem as mãos, um minutinho só por favor, eu vou procurar seguir aqui a ordem, procurar ser o mais democrático ou ordeiro possível. Quero apenas tentar provocar aos senhores ou desafiar os senhores na medida em que eu estou impedido de debater, a situação central tem essas questões, mas desafiar os senhores para tentar focar um pouco dentro do debate questões gerais tais como, o objetivo, isto é o que se espera da legislação antitrust, o que se espera da ação, do sistema ou da futura agência de proteção a concorrência, vis-à-vis a nossa cultura ao nosso sistema jurídico em comparação a sistemas jurídicos alienígenas do qual estarão bem ou mal, ainda é motivo de debates, sendo importados novos conceitos para inserção na nossa legislação. Quer dizer, ainda é necessária alguma reflexão e amanhã nós estaremos tratando bastante disso, a respeito se não do cabimento ou não desta importação, mas eventualmente da eficácia ou o que se esperar destes novos conceitos ou desta nova maneira de abordar conceitos antigos que está sendo proposta no projeto. Aparentemente e pelo que se tem ouvido há muito boas justificativas, mas certamente o debate é necessário, não há dúvida e isso é uma expressão partida daqueles mesmos que propiciaram a sociedade o projeto. Dr. Mauro Grinberg, está inscrito já como o primeiro... Mauro Grinberg e o senhor. Pode deixar, eu chamo a moça... pode ficar sossegado. Por favor, o microfone ao Dr. Mauro Grinberg.

DEBATES

Dr. Mauro Grinberg: Eu quero fazer a pergunta rapidamente, mas antes disso lembrar que esse processo do Kurt ... a que o Francisco Magalhães fez referência, foi relatado por mim, foi o primeiro contato profissional que eu tive com o meu amigo Magalhães, e foi arquivado. Você estava no último no 19...

Bom, a minha pergunta é ao Dr. Paulo de Tarso e ao Dr. Darwin Corrêa, eu pergunto se eles acreditam na existência ou na possibilidade da existência no Brasil de cartéis defensivos, talvez a hipótese que o Dr. Magalhães tenha mencionado seja uma delas, talvez a hipótese de pequenos comerciantes que se unem para enfrentar grandes redes, talvez a hipótese de profissionais da medicina que se reúnem para enfrentar grandes seguradoras. Ou seja, são agentes econômicos isolados sem força, que se unem para enfrentar agentes econômicos muito fortes e que não poderiam fazer essa união por meio de atos de concentração, porque eles simplesmente na regra atual não seriam conhecidos por não preencherem os requisitos seja de faturamento, seja de participação em mercado relevante, essa é a pergunta.

Dr. Láercio Farina:

Eu estou sendo corrigido aqui de um lapso. De fato eu deveria ter aberto a palavra à mesa para respostas aos debatedores antes de abrir a palavra ao Df. Mauro. É que o senhor ficou insistindo tanto que me distraiu, então... vamos passar para que as perguntas não sejam feitas em bloco. Vamos corrigir essa falha, abrindo que já poderão aproveitando responder a pergunta do Df. Mauro e a dos debatedores. Eu peço desculpas pela nossa falha.

Dr. Darwin Corrêa:

Eu agradeço ao Dr. Mauro a pergunta. Eu queria responder lembrando de um episódio recente. O Canadá colocou um projeto de lei em consulta pública em que estipulava um percentual de mercado relevante de 20% abaixo do qual a lei presumia que não havia poder de mercado e portanto não havia que se falar em cartel. A American Bar Association, na divisão antitrust fez um longo paper comentando esse projeto de lei e que em síntese dizia o seguinte; que o cartel, o pequeno cartel também é um cartel e também pode ser considerado nocivo e que não deveria o legislador ter um critério quantitativo para definir acima de qual percentual de mercado seria inferível indiretamente um poder de mercado e portanto seria um caso relevante ou não, que isso deveria ser deixado a interpretação e os Estados Unidos construíram isso com base na jurisprudência ao longo desses quase mais de 100 anos de lei antitrust. Portanto, no projeto esse tipo de questão eu acho que é uma questão que deve ser resolvida na interpretação e há a possibilidade senão contemplada expressamente no projeto, mas que é uma introdução que eu pelo menos pessoalmente quero propor, que a diretoria colegiada da agência possa editar regulamento de isenção de certas categorias de condutas que não se considera de antemão reprimíveis com base no artigo 20 ou mesmo 21. Bom, do jeito que está eu acho que ninguém fugiria a uma interpretação pela qual iria

excluir os pequenos casos, os casos relevantes. De qualquer maneira por segurança jurídica eu acho que é importante que a diretoria colegiada possa definir isenções de acordos. Mas veja, eu não estou propondo aqui aquilo que a União Européia está querendo abandonar lá, ou seja, não vai ser uma notificação prévia de conduta, não é para notificar nada; a própria autoridade vai definir no regulamento quais as categorias de acordos que não se enquadram em nenhum dos artigos como infração. Eu acho que isso contribui para diminuir essa preocupação e também, mas de qualquer maneira, mesmo que ela estivesse em vigor do que jeito que está hoje, eu acho que ela obviamente seria objeto de interpretação afinal o que é reprimível é o abuso do poder econômico, que tem que ter poder econômico para poder abusar. Então, eu acho que seria uma maneira de responder.

Rapidamente, com relação a questão da inconstitucionalidade, da infração absoluta, eu discordo desse entendimento na medida em que, primeiro que a Constituição não define o que é abuso do poder econômico, então e portanto é legítimo que o legislador ordinário diga quais as categorias de acordos em que é presumido esse abuso do poder econômico. Quer dizer, se essa regra de que está presumido o abuso do poder econômico naquelas infrações que estão definidas nos quatro incisos do artigo 20, na verdade é assim que ela deve ser interpretada e que vise eliminar a concorrência, aumentar arbitrariamente os lucros etc., é tudo o que um cartel visa, quer dizer isso é pressuposto. Não poderia ter um cartel reprimível que não visasse a esse tipo de resultado.

Com relação a prova do cartel, o que se tem que provar é o acordo e como em qualquer lugar do mundo. Quer dizer, não há um critério, o critério de prova do acordo do cartel a gente ainda está por ver. Tivemos um caso em que o CADE condenou com critério de prova que alguns acham que foi suficiente, outros acham que foi insuficiente como indício de acordo, também isso é matéria de interpretação. E, com relação a função preventiva da política de concorrência, tem toda a razão o professor Possas. Eu só queria lembrar um caso em que pode ilustrar, que as vezes ela não é tão efetiva assim quanto a gente imagina; no caso do cartel internacional do ácido cítrico, a companhia que foi admitida nos Estados Unidos no programa de leniência, que portanto trouxe provas para condenar as demais co-autoras da infração, era na época uma das principais participantes do cartel das vitaminas e o executivo, o principal executivo dessa empresa que negociou o acordo de leniência com o Departamento de Justiça, era inclusive o titular do Anti-Trust ...Program da companhia e era também o principal executivo que geria o cartel das vitaminas por essa companhia. Portanto, de um lado ele negociava a leniência no ácido cítrico e no outro ele dava gás no cartel das vitaminas, portanto a função preventiva ela não é tão eficaz assim quanto a gente imagina porque os

ganhos e incentivos para os executivos são muito grandes. Então era só um ponto que eu queria fazer.

Dr. Láercio Farina:

Muito obrigado ao Dr. Darwin. Eu vou passar a palavra ainda dentro do direito de resposta à mesa, da direita para a esquerda, o Dr. Paulo de Tarso.

Vou encarecer aos senhores expositores que por gentileza, não façam nova questão a fim de possibilitar a ampliação do debate, a maior quantidade de ntas. Dr. Paulo, por favor.

Dr. Paulo de Tarso:

Obrigado. Eu vou apenas fazer uma intervenção tópica para o que me parece uma reflexão importante em torno do modelo institucional. Essa seria uma discussão para a sessão de amanhã a tarde, mas de qualquer maneira como ela está sendo de alguma maneira precipitada, eu acho que vale a pena os esclarecimentos.

Me parece que a oposição colocada pelo professor Mário Possas, entre a concepção de uma política antitrust e o modelo institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência que se está propondo a ser revisto, ela tem algumas premissas que talvez não correspondam as conclusões e por isso, nesse sentido, me pareça deva ser ajustado. Quer dizer, quando ele diz por exemplo que a conduta do agente econômico ora coincide, tou usando aspas, ora colide com os objetivos da política antitrust ou enfim da atividade econômica em geral, eu me pergunto como fazer do ponto sta de uma política pública quando a conduta do agente econômico colide. Obviamente que uma política antitrust não se encerra em momento algum, pura e simplesmente do ponto de vista preventivo, nem também se ra do ponto de vista repressivo. Evidentemente que a antinomia seria antinomia equivocada, quer dizer existem as duas vertentes e o poder co precisa dar uma resposta para a sociedade quando o bem estar do lmidor é lesado por uma associação de cartel, esse é um consenso lial do ponto de vista de política pública, esse é um ponto. O segundo que me parece importante, é que o modelo institucional do sistema .eiro de defesa da concorrência, ele não faz política econômica no 10 estrito da expressão, ainda que possa haver como efeito correlato das decisões nos casos concretos uma determinada política, essa será tão cas quanto é por exemplo a decisão de um juiz das varas especializadas stiça agrária quando decide um conflito agrário ou quando decide uma situação para levar o argumento ao limite, mas nem por isso se pode

que um juiz de varas especializadas em direito agrário faz a política ia do país. Então, não me parece que o sistema brasileiro de defesa da)rrência deva ser orientado a fazer uma política econômica antitrust, essa a derivação

necessária da aplicação jurisdicional na decisão, portanto ição do direito. Cabe ao sistema e por isso o órgão, o CADE é um órgão ante fundamentalmente porque a ele no caso concreto cabe dizer o o aplicável. Eu costumo dizer que a decisão do CADE, enquanto agência ust é completamente diferente da decisão de uma agência reguladora, porque enquanto uma agência reguladora tem uma decisão normativa programante da conduta, a decisão do CADE é uma decisão programada da conduta porque é uma decisão balizada nos estritos limites da lei, que se pressupõe tenha sido formulada pelos poderes competentes. Me parece que você não ter um critério concreto de definição do modelo institucional e da política econômica, você pode levar o órgão antitrust a fazer política industrial por exemplo, e a subjetividade do juízo será tão grande que o país terá dificuldade de sentar na OMC, ou por exemplo terá dificuldade de convencer os investidores estrangeiros de que o país tem uma legislação antitrust séria, que previne, tem uma dimensão preventiva mas tem uma dimensão repressiva obviamente. Não estamos aqui a renunciar a dimensão repressiva, de maneira nenhuma, seria esta sim uma novidade no cenário internacional o país recusar a isso.

Segundo ponto, me parece importante colocar. Há de fato uma ênfase na proposta que está colocada no sentido da repressão aos cartéis, o que não significa que se esteja de alguma maneira desconhecendo a dimensão antitrust que existe nos atos de concentração. Agora, o fato é que a tradição brasileira de digamos assim, de não tratamento adequado do tema da concorrência, até por razões de Estado e etc., levam-nos por exemplo a olhar os 30 anos de jurisprudência do sistema e perceber que tem um caso de condenação de um cartel clássico, que é o caso do cartel do aço.

Então, eu queria fazer essas ponderações porque me parece que o país não deve renunciar enquanto Estado a essa política pública. Uma terceira colocação também que eu queria fazer como uma intervenção tópica é o seguinte; o tema do cartel per se talvez fosse interessante que nós refletíssemos aqui é que evidentemente que quando ele se opõe a análise do cartel pelos efeitos, ele pode também ser considerado de uma outra maneira. Quer dizer, a idéia de você pressupor a ilicitude do cartel tem um efeito dissuasório no sentido de digamos assim, de induzir a não ocorrência dos efeitos. Quer dizer, isso também é uma política pública, agora é preciso evidentemente que haja um ajuste legislativo e nesse sentido a proposta do governo me parece extremamente democrática ao colocar na Internet, para que se recebam as sugestões e se possa ajustar ao projeto.

Quarto, com relação a colocação feita pelo Dr. Magalhães, eu queria apenas fazer menção a uma decisão da Federal Trade Commission entre distribuidores de veículos já há um certo tempo, quando alguns distribuidores de veículos se reuniram e decidiram padronizar o horário de atendimento ao

público, e a Federal Trade Commission diz que aquele procedimento diminuía o bem estar do consumidor sim, e reduzia a competição, e nesse sentido não permitiu que os distribuidores tivessem essa conduta. Portanto, nesse entendimento e é um entendimento economicamente demonstrável houve de fato uma lesão ao bem estar do consumidor.

Dr. Láercio Parina: Dr. Paulo Corrêaencarecendo brevidade, por favor.

Dr. Paulo Corrêa:

Obrigado. Eu queria agradecer os comentários que foram feitos anteriormente. Três comentários bem breves realmente. O primeiro, não é a intenção da reformulação do artigo 20 transformar como uma infração per se acordos horizontais. Quer dizer, se isso está escrito e aí eu tomo o benefício de ser economista e deixar essa discussão para os advogados, está errado. Eu acho que como o meu colega Darwin e o próprio Paulo de Tarso já chamaram a atenção para isso, quer dizer é um subconjunto muito específico de condutas horizontais. A gente pode e com o perdão do anglicismo, é o que a chama de cartéis clássicos (...) e oito jurisdições no restante do mundo incluindo todos os países com maior experiência em *enforcement* da legislação *antitrust* a combater esse tipo de infração. Claro, o acordo é genérico, o acordo não requer obviamente e nem sugere que isso seja tratado per se, de uma maneira per se, mas ele faz menção específica a essas quatro condutas, e claro que o corolário disso é que uma série de outros acordos horizontais não estão enquadrados desta maneira, isso vai ser matéria para regulação da agência. Então, por exemplo acordos horizontais para desenvolver um novo produto, acordos horizontais para P & D, acordos horizontais para viabilizar algumas exportações que em nada tem a ver com cartéis de exportação. Nada disso é considerado um hardcore c arte I e em nenhum momento se defende que esse tipo de acordo horizontal seja definido ou seja caracterizado como uma infração per se. Esse cuidado eu acho que nós estamos tendo a todo momento.

E, o exemplo aqui eu acho que foi muito infeliz realmente, porque cartéis de exportação não são per se benéficos, eles são benéficos desde que eles não tenham efeitos sobre mercado local e muitos cartéis de exportação tem efeitos sobre fornecedores de insumos locais. Então, não é verdade que há uma isenção per se ou que se possa pelo menos teoricamente defender uma isenção per se para cartéis de exportação, essa é uma visão também muito antiga e que a legislação norte-americana quando consegue não sucumbir aos lobby porque mais uma vez a pressão política existe em todas as instituições, consegue rever... E, o exemplo quanto ao horário do fechamento bancário... desculpe, porque me ocorreu um outro caso que no Canadá os bancos competem pelo horário de fechamento em função sabe do que, pasmem, do

seu mercado relevante, as vezes um bairro próximo a universidade, o banco fica aberto até mais tarde ou um bairro mais próximo de um distrito industrial o banco fecha mais cedo, isso tem a ver... e, claro e se um banco tentar fazer um acordo para não pagar mais... para fechar todos no mesmo horário, pode muito bem fechar digamos no horário mais cedo reduzindo digamos os seus custos, aumentando o seu lucro e reduzindo o bem estar do consumidor. De modo que, acho que o exemplo foi infeliz e o ponto central é, o que se quer isentar da avaliação da regra da razão é cartéis clássicos que tem a ver com esses quatro fatores que eu expliquei, que eu mencionei e claramente isentando outros acordos horizontais. Não há nenhuma incompatibilidade entre essas duas coisas, diversas jurisdições fazem isso. Eu, realmente fiquei surpreso com a ênfase do Dr. Magalhães, agora eu acho e com a sua surpresa também, com perdão aí da má retórica. Eu também diria que cartéis defensivos não são necessariamente benéficos, pelo contrário, olha já tivemos experiências com supostos cartéis defensivos que a defesa do produtor é repassar o custo do ajuste para o consumidor através de aumento de preços. Muitas vezes o que o interesse público requer de fato é a quebra de algumas empresas, porque é assim que as empresas saem do mercado e a cisão dos resultados inevitáveis da concorrência. Foi usado aqui, já de uma maneira assim na nossa parca experiência com esses assuntos, foi usado já a idéia de cartel de crise que é um conceito já usado na União Européia e o Dr. Rui certamente poderá me corrigir se eu tiver errado. Mas, eu me lembro que no caso em que isso foi aplicado a isenção era muito pontual e eu vou ser breve para explicar isso. O cartel de crise foi usado por exemplo, para autorizar, eu chamo a atenção para isso, para autorizar indústrias navais de países diferentes a reduzirem a oferta de navios. Qual era o problema básico, o problema básico é: dada a queda da demanda por navios europeus, as empresas européias estavam tendo os seus preços caindo e não tinham condição de reestruturar ou seja, de individualmente reduzir a sua oferta de tal maneira então que o preço subisse naturalmente, por que não? Porque havia de novo, um problema derivado da estrutura oligopolística desse mercado qual seja, o fato de que todo mundo tinha incentivo a adiar a sua reestruturação, porque isso tem custo, e com isso deixar que o seu concorrente se reestruturasse, vendesse oferta exatamente para que, para se beneficiar do aumento dos preços sem ter que passar por uma redução da sua própria oferta. Esse é um dilema do prisioneiro clássico. O resultado disso é que as empresas de navegação começavam... as empresas do setor naval pressionavam os seus... a cada Estado nação por subsídios, para poder postergar ao máximo exatamente a sua reestruturação, então os Estados notaram que por um problema de coordenação os Estados e o consumidor, nesse caso o consumidor contribuinte pagava da mesma forma a conta da não reestruturação

da indústria naval. Então, chegaram a um acordo de dar uma isenção muito pontual; não era uma isenção para aumentar preço, não era uma isenção para fazer acordo disso, não! Era uma isenção pontual para que elas sentassem e combinassem quem ia cortar quanto, sem o que a reestruturação não era viável. Então, é uma questão, é um ponto, é um detalhe etc.

De novo, quanto ao fato de profissionais poderem fazer acordos, eu acho também que o fato de ser profissional liberal ou não, não é o corte que ao meu ver que deve ser seguido, é a natureza do acordo horizontal. Se profissionais liberais fazem acordos para fixar preço e tal, profissionais liberais também podem fazer parte de cartéis clássicos. Então, eu sou contra que eles tenham o direito de fazer isso, porque eu acho que causam os mesmos prejuízos para a sociedade como um todo.

Por fim, o meu último comentário realmente seria sobre a ênfase na questão dos cartéis. É claro que política antitrust é um dos instrumentos da política de concorrência no país e isso não há dúvida, o resto, quer dizer outros elementos eventualmente inclusive mais importantes, isso é uma abertura comercial, a estabilização macroeconômica que dá um horizonte de preços relativos conhecidos, a privatização e a manutenção de marcos regulatórios abertos. As vezes a própria intervenção governamental na economia cria obstáculos, por isso todos nós aqui certamente defendemos como uma das tarefas da agência é a de advogar a concorrência. Agora, os cartéis clássicos como são uma maneira inequívoca de gerar prejuízos para o consumidor eles se tomam naturalmente um candidato para uma agência que preocupada em alacar eficientemente recursos escassos, dá ênfase aqueles casos em que o prejuízo para o consumidor e para a economia como um todo é líquido e certo. Quer dizer, não há aqui nenhuma...isso não implica qualquer desconhecimento de que eventualmente outras variáveis sejam tão importantes como por exemplo manter um ambiente concorrencial aberto através de tarifas de importação reduzida, quer dizer não há nenhuma contradição nisso, mas no subconjunto da política de concorrência chamada política antitrust aonde enfatizar a alocação de recursos escassos, em condutas onde o efeito é nitidamente ambíguo e é preciso aplicar a regra da razão sem dúvida nenhuma e que a maioria das condutas, ou investir com alguma ênfase e realmente um (grande grau?) na repressão ou a condutas que tenham efeito conhecido negativo sobre a economia como um todo, inclusive do ponto de vista dinâmico. Acho que esse projeto aponta para uma resposta afirmativa a essa pergunta e segue realmente a tradição de pelo menos outras 36 jurisdições que são signatárias da recomendação das OCDE sobre repressão a cartéis clássicos.

Dr. Láercio Farina:

Muito obrigado ao Df. Paulo. Embora pareça uma deselegância, mas eu já conversei com o Dr. Rui de Moura Campos, e por não ter sido mencionado ou contestadas as suas intervenções segue a palavra para o segundo expositor,

Dr. Pedro Dutra; em seguida por haver sido citado o Dr. Carlos Francisco Magalhães e a seguir... a pergunta dele está antes... a pergunta dele estará em terceiro lugar. Por favor, Dr. Pedro.

Dr. Pedro Dutra:

Eu não conheço ninguém que possa ser contra a repressão às infrações à ordem econômica, e de entre elas a que se apresenta mais onerosa e mais freqüente, o cartel. Concordamos todos com isso.

A questão não é enfatizar o dever de reprimir, a necessidade de reprimir, mas sim enfatizar a efetividade da repressão: este é o ponto a ser ferido. E efetividade significa saber se órgão incumbido da repressão, para cumprir a sua finalidade legal que é reprimir, irá seguir as regras legais que lhe condicionam esta atuação, ou não. Isto é efetividade: repressão na forma da Lei. Então, a questão não é se o cartel é bom, se o cartel é mal à economia, ao consumidor. Nós advogados conhecemos muito bem os cartéis, inclusive para usar aqui uma expressão dos meus amigos economistas, em termos de racionalidade eu diria que os advogados e alguns economistas, crescentemente os economistas, vi vem não da existência não reprimida dos cartéis, mas da repressão efetiva que se faça aos cartéis.

Não cabe discutir se o cartel é mal ou bom: é óbvio que é nocivo, qualquer consumidor sabe disso, e por isso é claro que o cartel deve ser reprimido, assim como as demais formas de abuso do poder econômico.

Concordo com o Dr. Paulo Corrêa, que devemos desarmar os espíritos, eu sou inteiramente favorável ao desarmamento dos espíritos. Mas ao armamento das opiniões e sobretudo se possível com fatos, para não incorremos naquilo que o professor Reale, ao comemorar 90 anos, reiterou com a experiência de quem viveu todas as constituições brasileiras: um dos grandes problemas do pensamento jurídico-político brasileiro é o raciocínio feito a partir de abstrações e não a partir de fatos, e fatos da experiência brasileira. É enriquecedora, a experiência estrangeira; mas é preciso antes conhecer, dominar a experiência brasileira.

Agradeço as referências elogiosas as que Df. Darwin me fez e as retribuo. Quanto ao exemplo ao qual se referiu, contrapondo-o àquele dado por mim, sem espírito simplesmente contestatório, mas procurando somar ao debate, devo dizer que, *data venia*, o exemplo formulado pelo Dr. Darwin, é o de um mal funcionário, funcionário incompetente que não leu a Lei antes de instaurar processo administrativo. O exemplo que formulei é de um ato de um

funcionário que segue a Lei, que a leu. O problema não é do funcionário, o problema é da Lei, das regras ora propostas para disciplinar o processo administrativo. Lei arbitrária aplicada por um funcionário dedicado significará mais arbítrio. Agora, se o funcionário não leu a Lei, ele não está preparado para função, seja qual for a Lei.

Um outro ponto na hipótese do Dr. Darwin; quando o processo administrativo é instaurado na forma da Lei, (de Lei não arbitrária) o risco que dele decorre para o administrado é um risco por ele já conhecido e assumido quando entra no jogo do mercado; deverá ele ajustar sua conduta às regras que disciplinam esse jogo ou que corra o risco de repressão. O risco ao qual me refiro, e que todos administrados estarão submetidos, em razão das regras da medida provisória do projeto, é o risco do arbítrio, sempre alto quando o poder sancionador administrativo é monocrático; este é um ponto fundamental. As empresas que estão no mercado e num mercado aberto, e o Dr. Darwin conhece isso porque vem da CVM, é procurador da CVM, elas aceitam o risco de, uma vez infringindo a Lei, ver sobre elas imputada, fundamentadamente como manda a Lei, uma acusação de infração; as empresas devem suportar sim eventual prejuízo decorrente dessa ação administrativa (se ela *for* temerária e causar danos podem as empresas cobrar, ao menos em tese, reparação), mas antes a autoridade administrativa já terá suportado o eventual prejuízo da sua reputação pessoal se não agir como devido. Então, ambas as reputações estão em jogo: a do bom funcionário e da má empresa e vice-versa.

Na averiguação preliminar este é o meu ponto; o funcionário sequer está obrigado a colocar o peso da sua reputação em jogo, porque não se põe a hipótese de ele ser obrigado a formular, portanto fundamentar, acusação de violação da Lei. Este ponto é de extrema relevância, e o exemplo dele é pertinente, mas não creio que se aplique ao exemplo que eu dei, ainda que seja para traçar um paralelo, embora seja esse exercício sempre enriquecedor, porque me deu a oportunidade de voltar a esse tema.

Quanto à questão da leniência, o secretário Paulo de Tarso disse que ela precisa ser complementada; sem dúvida. Mas pergunto: o Ministério Público vai aceitar perder poder, o Ministério Público vai aceitar não oferecer denúncia? Aliás, não é uma questão de aceitar ou não, não é a questão de perder ou não o poder: ele está obrigado por Lei a oferecer denúncia, tomando conhecimento de indícios de infração à lei penal, no caso Lei 8137/90 - a menos que se altere a lei que discipline a ação do Ministério Público.

Outro ponto. O exemplo citado, dos Estados Unidos, não procede por duas razões: o Departamento de Justiça norte-americano tem poderes conferidos em Lei comparáveis ao do Ministério Público no Brasil; os órgãos

SDE, ou diretor-geral, os poderes a eles conferidos não são suscetíveis de analogia com aqueles conferidos ao órgão norte-americano. Pelo projeto de lei o poder de conceder leniência, salvo engano, está conferido ao diretor-geral; ele firmará o acordo de leniência. Não vejo como o ordenamento jurídico brasileiro possa recepcionar essa regra. Aliás, como está posto, esse instituto não será, a meu ver, aplicado. A transformação ao que o Df. Paulo de Tarso referiu deverá ser muito mais ampla, e feita com excelente técnica jurídica, para que acordo de leniência, como existe nos Estados Unidos, venha a ser adotado no direito brasileiro, superando inclusive implicações doutrinárias, herdadas de nossa herança romana, como o Dr. Rui Moura bem salientou.

Na verdade, o programa de leniência assim chamado na medida provisória e no novo projeto, a meu ver, nada mais é do que uma distorção do compromisso de cessação de prática, com uma redação não técnica. Teria sido melhor deixar o instituto de compromisso de cessação de prática, bem estruturado e redigido, e insistir na sua aplicação.

Para concluir, gostaria de dizer que fiquei muito satisfeito com a exposição do Dr. Paulo de Tarso, sobretudo na sua parte final. O secretário demonstrou que na vigência na lei 8884/94, sem recursos adicionais ele tornou mais eficiente a Secretaria de Direito Econômico; e o secretário Cláudio Considera, fez o mesmo na SEAE. Ora, essa experiência deve ser prezada, esses dois agentes administrativos conseguiram com a lei atual e com a mesma deficiência de recursos melhorar qualitativamente, quantitativamente a ação desses dois órgãos. Aí está: a Lei atual ajuda aos eficientes. Gostaria que isso fosse um motivo de reflexão e que nos ajudasse nesse debate. Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Obrigado Dr. Pedro. O Dr. Carlos Francisco Magalhães, vai fazer uso da palavra, o Dr. Paulo Corrêa já pediu para exercer o direito de resposta, mas eu gostaria de lembrar aos senhores debatedores também, que amanhã nós temos uma tarde inteira diretamente voltada para este tema, na qual eu também quero participar e fico envolvido aqui. Porque as vezes até por algumas colocações que são feitas, até eu diria de parte de economistas e advogados, realmente as vezes tenho a impressão que eu estou lendo algum outro projeto.

Eu acho que deve ter uns dois ou três em andamento aí, existem alguns pontos e eu até gostaria de discutir algumas coisas com o Dr. Pedro Outra. Realmente eu não vi aonde é que está a diminuição do poder do Ministério Público e muito menos a inconstitucionalidade do per se, mas é uma discussão para ficar para amanhã.

Dr. Pedro Outra: Não é discutível isso, porque eu não disse isso!

Dr. Láercio Farina: Lógico que disse. Mas, antes de passar...o Dr. Paulo, eu vou pedir para o senhor então esperar algumas perguntas e depois eu lhe devolvo a palavra para a resposta, para que nós possamos ter outras participações. Df. Carlos Francisco Magalhães.

Dr. Carlos Francisco Magalhães:

Bom, tendo sido citado diversas vezes aí pelos ilustres representantes, representantes das secretarias, eu gostaria de fazer então algumas observações. Diz respeito a observação do Dr. Darwin Correia, de que não existe uma definição de abuso de poder econômico na legislação Brasileira eira. Eu queria apenas ler a definição que está contida na Constituição Brasileira no parágrafo 40 do artigo 172, onde está: a lei reprimirá o abuso do poder econômico que visa a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros. Quer dizer, somente este é o abuso do poder econômico que visa, que tem elemento subjetivo de dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. Quer dizer, se no artigo 12 do novo projeto não existe este fim visado, como existe no artigo, aliás no artigo 20 como existe no artigo 21, então este artigo se aplicado dessa forma sem que tenha esse respaldo constitucional do fim colimado, do fim não precisa ser atingido mas o fim colimado pelo agente ou o elemento subjetivo, então será uma decisão... sem dúvida poderá ser anulada no Poder Judiciário, por isso então que eu digo que abuso do poder econômico é definido sim.

No que diz respeito a observação do Dr. Paulo de Tarso, aliás citando um exemplo de acordo horizontal referente ao horário de concessionários nos Estados Unidos, em que foi examinado de que haveria uma diminuição da concorrência, uma perda de bem estar; eu queria exatamente por este exemplo citado pelo Dr. Paulo de Tarso dizer que, realmente não foi considerado uma infração de per se, foi analisado que era bom, que era bom esse horário de funcionamento, foi analisado. Foram analisadas as vantagens, as eficiências que as vantagens poderiam advir do não funcionamento, de custo, de não funcionamento por um horário maior não eram suficientes para contrabalançar com os benefícios que vinham ao consumidor. Então, não foi considerada uma infração de per se, ela foi balanceada, realmente foi feito um balanço com as vantagens. Quer dizer que então, esse próprio exemplo demonstra como todos os outros hoje, as decisões norte-americanas estão ficando cada hora mais volumosas, maior número de páginas, isso vem a demonstrar que não existe realmente...está plenamente enterrada a infração de per se. Então, o próprio exemplo indica que existe uma análise, não é aplicado pura e

simplesmente uma penalidade porque foi feito um acordo entre concorrentes.

Ainda sobre esse ponto, quer dizer, nós queremos falar que a infração de per se... Ah! não, agora é a vez do Dr. Paulo Corrêa, que fez esta colocação, de que não foi adotado no projeto a repressão as condutas de per se, a certas condutas de acordo horizontal. Isso me surpreende realmente porque tenho ouvido falar, tenho visto declarações na imprensa que estava sendo introduzida e a prova disso é que fica um artigo 20 não existe o fim colimado pelo agente que é esse, vamos repetir mais uma vez, de eliminação da concorrência, aumento arbitrário de lucros, domínio de mercado etc. e tal. Quer dizer, então era uma infração de per se que estava... aliás, porque que seria de absoluto, esse absoluto vem de quê, é porque é grave? Não sei! É porque ele não tem o fim, quer dizer é de per se, aliás eu não sei o que... tenho tomado conhecimento em matéria jornalística que está sendo introduzido a infração de per se na legislação Brasileira.

Finalmente, esses exemplos foram citados, foi citado aqui um exemplo de cartel de crise, até um tema que já é ultrapassado já que foi até alvo de comentários o ano passado. Esses exemplos que foram citados de cartéis de crise, ou acordos horizontais melhor dizendo, eu sempre tenho um preconceito quanto a palavra cartel num certo sentido muito vulgar e as vezes preconceituoso, parte do pressuposto que existe nesse exemplo de cartel de crise que foi citado da empresa de navegação, parte do pressuposto não é excesso de capacidade de produção, parte do pressuposto de que existiria ineficiências do sistema, parte de certos pressupostos que nem sempre existem, podem ser pontuais, podem ser temporais um excesso de produção por motivos quaisquer, por até problemas de produção de produtos permanentes, agrícolas por exemplo. Quer dizer, nem sempre, pode ser temporais que podem deixar de existir independentemente de haver quebra de empresa, haver todas essas perdas de ativos que nós aqui no Brasil não podemos desperdiçar de maneira alguma. Acho que até nos Estados Unidos pode se falar em perdas de ativos, na teoria da failing company e tal, mas aqui no Brasil nós estamos...esses ativos são muito preciosos para nós para serem perdidos para ser feito uma... para não ser admitido um acordo horizontal de crise conjuntural.

E, finalmente a expressão "existe bons ou maus cartéis", isso daí é mais do que reconhecida na doutrina. Quer dizer, em todos os tratados de direito concorrencial existe a expressão bons ou maus cartéis. Quer dizer, se este bom cartel é porque existem cartéis que podem ser realmente úteis, por exemplo até as regras que estão no inciso 2 e 3 do artigo 20 da nova lei, tratam de especialização por exemplo que por exemplo pode trazer eficiências, economias que devam ser repassadas ao consumidor, e não há porque reprimi-las de per se, e tenham absolutamente ou não entrar na análise como se faz

quanto as outras infrações que estão no artigo seguinte do anteprojeto. Quer dizer, não há porque entrar na análise, aliás o parágrafo 4º do artigo 21 está sendo extremamente inteligente ao permitir esse viventes, eu acho uma grande inovação desse anteprojeto, não só o que se faça reviamente pelo caput do artigo 54, mas que se permita essas excludentes ue estão lá no parágrafo 4º, e não há porque se estabelecer, que não cabem essas excludentes nessas condutas que estão aqui, algumas delas até de especialização, de produção e tudo isso que podem ser perfeitamente ficientes e boas para a aplicação da legislação antitrust e para o consumidor. ;so que eu tinha nesses minutos mínimos aqui mas, qualquer coisa nós voltaremos a ... gostaríamos de ter nova palavra para uma resposta. Muito obrigado.

Dr. Láercio Farina:

Muito obrigado ao Dr. Carlos. Passando as perguntas dos senhores. Eu solicito que os senhores novamente digam seus nomes e a procedência, for le recordo Por favor, a sua pergunta.

(...) médio, quer dizer destoa aqui no nosso funcionário. Mas é que nós stamos trazendo um problema sério da área de saúde, porque na área de saúde hoje, quer dizer a maior parte dos hospitais do Brasil estão sem aumento há mais de quatro anos, e nós não temos hoje, até porque teve algumas ações a nível de CADE, nós hoje estamos com problemas em termos e mobilizar os hospitais a nível de entidade. Eu sou médico, sou presidente o SINDERJ, Sindicato dos Hospitais do Estado do Rio de Janeiro, então nós temos hoje essa dificuldade. Quer dizer ao mesmo tempo, quer dizer o Rio de ineiro por exemplo foi a primeira entidade a ter classificação de hospitais, a sempre fazer acordo com todas as entidades operadores de serviços, há mitos anos. Quer dizer, nós temos ao mesmo tempo uma colocação em termos de posicionamento sempre de abertura, então houve nesse momento, uer dizer hoje nós não podemos nos mobilizar. Quer dizer, praticamente uatro ou cinco empresas representam 60% do nosso movimento, da maior arte dos hospitais e nós não temos, quer dizer o hospital sozinho não tem como fazer uma negociação com uma seguradora de porte e com uma dessas quatro empresas, então realmente não tem aumento, estamos entrando numa fase de concordata, já tivemos até a nível de INSS, por incrível que pareça o SUS tem uma tabela própria que é uma tabela do SUS...

Dr. Láercio Farina: Dr., uma pequena observação; nós procuramos evitar debater sobre setores específicos, quer dizer as questões são genéricas, então se o senhor pudesse encaminhar a sua pergunta, por gentileza.

(...): Tudo bem! Tá certo. Então, a questão é só essa que inclusive por exemplo a tabela do ano passado que a Susep instituiu para ressarcimento do

SUS, foi uma tabela associada até em preço da associação.

Não! A colocação, eu só queria saber assim com os secretários, quer dizer qual a orientação que poderia dar aos associados em termos de posicionamento, porque a gente estava vendo o regime indo para o brejo, quer dizer nós estamos em regime concordatário e nós não temos hoje um sinal para poder acionar esse processo.

Dr. Láercio Farina: Dr., o senhor tem alguma pergunta a fazer?

(...): A pergunta é justamente para o Secretário se tem alguma indicação de qual seria a solução.

Dr. Pedro Dutra:

Eu tenho aqui uma informação que nos foi passada pelo Conselheiro do CADE, o Dr. professor João Leopoldino Bosco; na semana passada foi tomada uma decisão pelo CADE sobre esta matéria. Eu me permito sugerir ao senhor que o senhor peça cópia dos votos do voto relator e do voto que é do próprio conselheiro, e o senhor já vai ter aí sem prejuízo da resposta do Secretário, uma boa resposta a sua colocação.

Dr. Laércio Farina: Obrigado, Dr. Pedro. Dr. Paulo, por favor. A pergunta foi feita para o secretário, desculpe eu estava lendo o papel aqui e acabei perdendo.

Dr. Paulo Corrêa:

Não! Eu considero a pergunta esclarecida.

Dr. Láercio Farina:

Então, perfeito! A segunda pergunta, o Dr. Pietro Ariboni por favor.

Dr. Pietro Ariboni:

Apenas para esclarecer, por uma questão de foro íntimo. Está claro que não há nenhuma dúvida sobre a necessidade de reprimir qualquer ato ou qualquer infração de qualquer tipo, de qualquer natureza. Particularmente hoje está na berlinda a atitude normalmente dos cartéis. Nós vimos aqui que existem cartéis bonzinhos, cartéis maus e tudo o mais, a enorme dificuldade que tem para se identificar exatamente, não existe efetivamente uma definição exata que tire qualquer dúvida sobre como conceituar de cara, previamente aquilo que possa ser um cartel clássico ou mal. Portanto, nós temos que considerar que este fenômeno é momentoso, é algo que está se verificando, está preocupando todo o mundo, mas também há outras situações que poderão ser difíceis no futuro. Nós veremos amanhã de manhã como no âmbito do E-Commerce, onde simplesmente a aglutinação de empresas tanto para vender

como para comprar é uma mera consequência da utilização de um instrumento tecnológico novo que é a telecomunicação via Internet, onde poderemos ter outros tipos de situação séria. Então, a pergunta é esta, o que fica de grave na situação é que, quando o governo... (pausa) (final do lado B fita 06). (...) para a minha consciência jurídica, se este posicionamento de destacar hoje, esse que é um mero fenômeno atual e que amanhã poderá não existir mais, isso dos cartéis maus, e destacar num capítulo a parte, modificando uma legislação, modificação conceitos, se isso veio de um estudo aprofundado como o Paulo Corrêa fez, do mundo inteiro ou se foi uma ordem da presidência da república, ou do Serra, para que tivéssemos instrumentos para brigar com os laboratórios.

Dr. Láercio Farina: Ah! desculpe, Dr. Paulo Corrêa.

Dr. Paulo Corrêa:

Queria agradecer a pergunta do Df. Pietro, e tranquilizá-lo desde o início. Eu não estou autorizado a falar em nome da SEAE aqui, vou falar em nome próprio. O meu candidato à presidência da república não seria o presidente Serra, e seria profundamente desconfortável a mesma situação, que teria que fazer alguma coisa só porque é da sua vontade. Se fosse uma determinação do presidente da república, a coisa muda de figura. Na verdade, o presidente da república consultou os Ministros, sobre o que fazer para lidar com situações em que claramente o consumidor por falta de concorrência em determinados lugares, estava sendo prejudicado.

Eu queria convidar ao senhor, tem aqui um outro documento...antes eu queria fazer um parêntesis. Com todo o respeito aqui ao Dr. Pedro Dutra, que eu respeito profundamente porque tem sido muito paciente e pedagógico comigo dado ao meu desconhecimento da área jurídica, mas eu queria dizer uma coisa: eu não vim aqui bater boca com o senhor. E, quando eu digo que era necessário desarmar os espíritos, tampouco era uma fuga ao debate de idéia, foi por isso que eu me propus a vir aqui, aliás como eu não me furtei a nenhum momento a debater idéias. As idéias, fatos de preferência sem adjetivos e são fatos que eu quero trazer ao Df. Pietro.

Existe num documento que é um documento acadêmico pro< pela (...) University e também pela Universidade de Michigan, que, assim: The Empirates of Private Restrains in _____ International Trade What Can Police Makers Learn from the Economic Literature. Esse resumo e é um dos documentos que estão disponíveis, e eu tenho aqui, o único. Ele faz entre outras coisas, uma discussão por exemplo da dl dos cartéis, então aqui o senhor vai encontrar porque eu convido ao se] essa leitura, o senhor vai

encontrar aqui fatos como: os cartéis são recor nas mesmas indústrias por diversas razões; a duração média dos cartezes no início do século há seis/sete/oito anos, agora um pouco menos então aqui há um resumo de evidências bastante contundentes de que esse fenômeno não é um fenômeno transitório. Eu podia, e se o senhor interesse depois na literatura internacional, também já existe uma re bastante grande sobre outros exemplos desse tipo. Eu vou listar aqui, casos que foram apresentados há dois dias atrás nesse seminário, que eu estive a oportunidade de participar. É um seminário que aparentemente reuniu um conjunto de lunáticos que eram os cinco, porque um conjunto de pessoas de agências antitrust do mundo inteiro, dedicados exclusivamente a repressão a cartéis e eu vou repetir, eles não faziam análise de concorrência, não faziam análise de concentrações e nem qualquer outro tipo de conduta, eram lunáticos, aproximadamente de 37 jurisdições e exclusivamente dedicados a combater a cartéis, mas são lunáticos provavelmente. Esses lunáticos relataram os seguintes casos, eu vou rapidamente listá-los aqui, se eu mais um minuto e conseguir encontrar o documento naturalmente, aqui estão: vitaminas, isostatic (...) que eu não sei como traduzir, Elisinas, restaur perfumes, electric waring, máquinas e equipamentos, rotas de ônibus, comida, matéria prima, simulance tiltes,...

Eu vou terminar, por gentileza...transporte, insurance, diamont _____, farmacêutica, fotografia aérea, fire (...), bank ... and more. Todos investigados devidamente condenados nas suas jurisdições, há também sobre o crescimento das multas e das inovações em matéria de investi~ mas são todos lunáticos.

Dr. Láercio Parina: Dra. Maria Teresa, a sua pergunta por gentileza. Identificando-se novamente, por favor.

Dra. Maria Tereza Mello:

Maria Tereza Mello, do Instituto de Economia da UFRJ. A minha pergunta vai para o Dr. Paulo de Tarso, principalmente e é a seguinte. Bem, me parece bastante claro que cartéis têm muitos efeitos anticompetitivos e quase que praticamente nenhuma compensação; não se pode alegar ganhos de eficiências compensatórios a cartéis. Acho que não é preciso convencer mais ninguém a esse respeito. Para tomar mais efetivo o combate a cartéis na lei brasileira, com certeza é preciso atacar o problema da dificuldade de prova; prova em cartel é uma questão complicada e nesse sentido o acordo de leniência ajuda. Mas não consigo entender por que precisa mudar a definição de infração na lei brasileira para tomar mais efetivo o combate a cartéis; me explico: a definição atual de infração é suficientemente ampla e tem permitido uma boa interpretação, do ponto de vista substantivo, pelo CADE e pela própria SDE e SEAE na aplicação da lei. Essa tentativa de transformar cartel

num ilícito *per se*, (independentemente do nome, a idéia de infração absoluta tem óbvia semelhança com a abordagem *per se* do direito americano) . As diferenças entre as abordagens *per se* e *rule of reason* nos Estados Unidos, aliás, não são tão grandes assim; na verdade, o que se procura condenar nos Estados Unidos são aquelas restrições à concorrência que sejam não razoáveis, só que algumas restrições supõem-se que não sejam razoáveis e não é preciso discuti-las detalhadamente, provar etc. e tal; outras não se sabe *a priori* se são razoáveis ou não - estas têm que ser melhor analisadas, usando-se a abordagem da razoabilidade. Ora, só que isso implica, nos Estados Unidos, que certos argumentos de defesa quando um caso é abordado pela *per se rule* não serão aceitos; e essa definição é uma definição prévia feita caso-a-caso, as vezes até objeto de recurso que vai até a Suprema Corte para discutir se um caso deve ser analisado com base na *per se rule* ou no princípio da razoabilidade; inclusive os tipos de argumentos de defesa que não são aceitos numa abordagem *per se*, variam caso-a-caso, ou seja, eles tem lá um sistema flexível que é...

Dr. Láercio Farina: Dra. Maria Teresa.

Dr. Maria Teresa Meio: ...só para terminar. É a flexibilidade característica da *common law* que lhes permite fazer isso. O projeto de lei está propondo implantar aqui algo semelhante à abordagem *per se*, mas num sistema que não permite ter a mesma flexibilidade presente no direito dos EUA; em nosso sistema jurídico, baseado no Direito Romano, tudo que se põe na lei engessa a ação do poder público. Não entendo a razão disso: não é necessário alterar o arte 20 e criar a tal infração absoluta para poder condenar um cartel sem necessidade de considerar efeitos compensatórios já que se qualquer pessoa quiser alegar que existem efeitos compensatórios de cartéis, esse argumento tem que ser descartado porque ele não é crível substantivamente.

Dr. Paulo de Tarso:

Bom, eu gostaria de agradecer a pergunta tão bem formulada e dizer que, de fato ela já contém um pouco a sua própria resposta. E, para dizer algumas coisas, a primeira é que eu acho que a gente está confundindo um pouco a medida provisória 2055 com o projeto da nova agência. Eu faço questão de fazer essa distinção. Quer dizer, a medida provisória 2055 que trata do programa da leniência, ela o faz de uma maneira muito clara, e ela não o faz a partir da legislação pura e simplesmente do Common Law, ela o faz a partir inclusive da interpretação da legislação européia. Nós não temos dúvidas, que o poder de leniência ele é algo que deve ser, quer dizer, a investigação através do mecanismo da leniência ele é algo efetivo. Nós também não podemos

desconhecer que uma economia complexa como é a economia Brasileira, o cartel não é um problema circunstancial e nem momentâneo, acho que com isso também comento a colocação feita pelo Dr. Pietro. Nunca foi assim no mundo inteiro. Cartel tem uma tradição secular, se nós lembrarmos os burgueses do final da Idade Média, início da Idade Moderna, nós vamos lembrar que o cartel tem origens ainda mais remotas e que portanto não se trata de uma circunstância eventual, e nesse sentido eu me permito também justificar a colocação que fiz na minha exposição, no sentido de que o cartel visa exatamente evitar os menores lucros que a concorrência lhe impõe, os custos maiores que ele tem para manter a qualidade, a necessidade de investimentos para se manter no mercado, quer dizer, uma expansão mais penosa e é nesse sentido apenas que me pareceu adequado colocar, que a competição pode em algum momento por paradoxal que possa parecer, induzir sim a formação de cartéis. E, acho que poder público precisa ter uma ação muito forte porque a existência deles na economia brasileira é de fato algo preocupante e que impõe um custo para a sociedade.

Aproveito também, para já na mesma resposta me referir a colocação feita pelo Dr. Pedro Dutra, quando faz uma referência elogiosa à nossa atuação na SDE, agradeço a referência, mas quero dizer que essa atuação ainda é muito aquém do que ela poderia ser, essa é a atuação de um Exército Brancaleone, que tem que tratar da questão antitrust no país inteiro e que não dispõe de meios. Então, é preciso que a gente perceba, quer dizer tanto a SDE quanto a SEAE, o esforço nesse sentido mas se perceba do ponto de vista político a decisão do presidente da república quando diz: olha, a área antitrust, a área de defesa da concorrência e do consumidor vai ter no meu governo um tratamento específico do ponto de vista da estrutura institucional, do modelo institucional e é para isso que eu estou propondo e determinando por um decreto, a criação de uma agência. essa agência nunca foi colocada nem por mim, nem pelo Dr. Cláudio Considera, como alternativas, mas se trata de uma decisão política do presidente e que nós estamos dando cumprimento ao apresentar o modelo para discussão da sociedade. Eu não tenho dúvidas que o modelo atual poderia ter um bom desempenho, no entanto há uma carência de meios tão grande que ele exige uma criação mais efetiva e mais moderna. E, nesse sentido é que eu queria também, acho que a pergunta do Dr. Pietro vai ajudar a responder a da Dr.a Teresa, é a de que o país que pretende se inserir no mercado mundial não pode desconhecer essa movimentação intensa que vem acontecendo no mundo inteiro no sentido da cartelização da economia a nível global; os cartéis decididos no Havaí estão tendo influência na economia Brasileira, isso é uma perda de soberania, isso é um custo brutal para a sociedade. E, quero também dizer que quando citei o exemplo da decisão da Federal Trade Commission, a propósito dos distribuidores de veículos,

respondendo ao Dr. Magalhães, foi no sentido de me contrapor ao argumento anterior dele no sentido de que um cartel para fixar horário não seria de per se nocivo, exatamente o contrário. Me parece que, de maneira nenhuma não descarto a regra da razão na análise das conseqüências de um cartel, o que eu apenas estou dizendo é que a sinalização que está colocada, é que um cartel ao ser tratado como per se, se procura dissuadir os integrantes do cartel da possibilidade de celebrarem em prejuízo da economia. E, depois de qualquer maneira esse caso não estaria enquadrado no artigo 20; aí eu volto para a resposta à Dr.a Teresa. Eu acho, Dr.a Teresa, que há necessidade sim hoje no país de nós termos um tratamento legislativo mais forte contra os cartéis. É possível que os conceitos na lei precisem ser aperfeiçoados, mas eu não tenho dúvidas de que sem uma mudança, não apenas nos meios organizacionais, estruturais, recursos humanos, mas no paradigma regulatório, se não houver essa mudança nós teremos sim um fracasso das tentativas de controle do cartel.

Dr. Láercio Farina: Professora Elizabeth Farina. Por favor, não me obrigue a interrompê-la, sabe o custo que isso tem para mim, então por gentileza sej a breve.

Prof.^a. Elizabeth Farina: Mas é um custo ex -posto

Bom, eu queria fazer uma pergunta para o Dr. Rui de Moura Ramos, para aproveitar a sua experiência, trazer um pouco aqui para gente nesse debate todo. Foi comentado aqui, que para identificar um cartel, um critério de prova é a prova do acordo, de ter havido o acordo. Então, eu queria saber do Dr. Rui Ramos, como é que isso é tratado na União Européia, se é preciso provar que houve um encontro no qual eu defini preço ou dividi mercado, etc. Me parece, olhando como economista a questão que a gente tem a ação cartelizada, apesar da teoria econômica não oferecer condições necessárias e suficientes para configuração de um cartel, a teoria economia é sim capaz de saber quais os tipos de efeito que você pode esperar de um cartel. Portanto, se estão lá todos os efeitos e todas as condições, mesmo que não sejam suficientes mas as necessárias lá estão, será que além disso tudo ainda tem que provar que o cara encontrou e que registrou em ata. Quer dizer, eu queria saber como é que isso é tratado na União Européia. Obrigada.

Dr. Láercio Farina: Muito obrigado pela brevidade. Dr. Rui, por favor.

Dr. Rui de Moura Ramos:

Procurando ser igualmente breve, muito obrigado pela questão. Não é necessário que se prove efetivamente o acordo, pode haver uma prática

consertada e portanto se houver a prática consertada, é o suficiente. É necessário é claro que haja o objeto ou pelo se houver um acordo, tem que ou pelo objeto ou pelos seus efeitos cair na previsão da infração. É evidente que aquilo que referiu, a circunstância de saber se o senhor fulano de tal esteve no hotel "X" no dia tantos ele tal, pode ser necessário e chegou a ser discutido no nosso tribunal, mas é evidente que se a falta ou as circunstâncias não se ter provado decisivamente que lá esteve, pode ser indiferente para a resolução da questão, se o comportamento tem que... se dos mais elementos de provas resultar suficientemente que a Comissão não se enganou ao concluir que havia uma prática consertada. Portanto, a relevância dos diversos elementos de prova pode ser menor do que aquela que aparece a primeira vista, porque aquilo que o tribunal tem que apreciar é se houve ou não houve da parte da entidade reguladora um erro manifesto, ao concluir do conjunto dos elementos existentes que tenha havido uma violação ou por acordo ou por prática consertado.

Dr. Láercio Farina:

Muito obrigado. Por favor, a sua pergunta... com a identificação.

Rodrigo Carneiro:

Rodrigo Carneiro, Pinheiro Neto Advogados.

A pergunta é para o Dr. Paulo Corrêa. Dr. Paulo mencionou discorrer e até mesmo louvar as possibilidades investigatórias geradas pelo instituto da leniência... a experiência norte-americana no caso da Elisina. Aqui, só como contraponto eu menciono também um caso de duas décadas mais ou menos, uma outra investigação não na área antitrust nos Estados Unidos, de que resultou com o FBI também a frente, de que resultou um flagrante com a prisão de um empresário do setor automobilístico muito famoso, De Lorean, seguido logo depois da falência da empresa. Muito se questionou a época e renasce em dúvidas até hoje, até que ponto tipo penal flagrado ter-se-ia cristalizado sem a ação pró-ativa do agente investigador. A pergunta portanto que eu faço, para ser breve senhor presidente, é saber em que medida a influência positiva possivelmente gerada pela investigação procedida mediante essa ação pró-ativa da autoridade e do agente leniente, que colabora na investigação, ela será expurgada, filtrada na avaliação dos fatos para fins de determinação da ocorrência no ilícito e graduação da sua gravidade. Muito obrigado.

Dr. Láercio Parina: Dr. Paulo.

Dr. Paulo Corrêa:

eu queria agradecer a sua pergunta. Só algumas pequenas observações, acho que o Dr. Paulo de Tarso já mencionou, o programa de leniência norteamericano foi alterado recentemente e foi a partir dessa alteração senão me engano em 96, mas o efeito final quando - é de 96, ele é mais recente. Eu só tinha feito essa observação inicial, para dizer o seguinte, quer dizer esse instrumento é um instrumento necessário mas não é suficiente, de novo. Quer dizer, ele só é eficaz a medida em que hajam mecanismo de investigação complementares que tomem crível a ameaça de punição, sem o programa de leniência também. Quer dizer, embora ele introduza uma dimensão de incerteza e instabilidade no cartel, porque como o programa é: o primeiro que chegar leva, então ele incentiva a todo mundo a chegar...enfim, todos tem um incentivo a correr antes para obter, é um por caso, o primeiro que chegar leva, enfim... Ele só é válido porque em alguma medida há a ameaça de que a descoberta ainda é possível na ausência desse programa. Então, eu tenho um pouquinho de dúvida se eu entendi bem a sua pergunta, mas a resposta que eu teria para te dar é a seguinte; no projeto que a gente está apresentando nós estamos tentando conjugar esses dois elementos, o elemento investigativo com o elemento enfim, com o produto da leniência, então eu imagino que dessa maneira a gente teria a combinação correta. Agora, eu não tenho certeza, eu queria pedir para o Dr. Láercio para ele fazer uma réplica, só para ter certeza de que eu entendi a pergunta dele, não sei se seria possível.

Dr. Láercio Farina: Sem dúvida, é possível. Só que eu, antes da réplica porém, eu só queria fazer um anúncio, nós ainda temos mais uma pergunta escrita e originalmente este painel estava previsto para quatro horas. Em função do atraso havido na manhã de hoje, evidentemente por culpa da presidência do Dr. Mauro Grinberg, a culpa não é nosso, este painel só começou as três, e nós estamos completando quatro horas agora. Eu vou solicitar aos senhores que permaneçam, porque nós vamos ter agora a solenidade... logo em seguida a outra pergunta teremos a solenidade de entrega do prêmio ESSa, o primeiro prêmio entregue pelo ffiRAC sobre o patrocínio da ESSa, e realmente ele se reveste de uma importância muito grande em função da participação dos novos profissionais dessa área. Logo em seguida a réplica e a pergunta que eu realmente insisto que seja breve, em função do adiantado da hora, nós passaremos a solenidade de entrega do prêmio ESSO.

Rodrigo Carneiro:

Eu vou repetir a pergunta, na verdade é, verificado o cartel é muito possível que a consumação do cartel, a verificação, a cristalização do tipo tenha se dado até com a contribuição do a gente leniente no curso da

investigação, fazendo escutas, filmando, até talvez incentivando embora não liberando, mas incentivando todos: vamos lá, vamos fazer porque será bom para todos! Muito bem, ao se avaliar o ilícito e se graduar a sua gravidade, será ou não considerado o fato de que talvez sem este elemento, sem este plus o cartel não teria chegado aquele ponto. Essa é a pergunta.

Dr. Paulo Corrêa:

Olha, eu acho que eu entendi bem, agora sim eu entendi a pergunta. Eu vou inclusive abrir mão de responder, porque eu acho que... do ponto de vista...eu tenho uma opinião mas acho que talvez importe menos do que como ela é... não é uma opinião jurídica, talvez valesse ou o Df. Paulo ou o Dr. Darwin...mas assim, do ponto de vista da experiência americana o que a história tem mostrado é que não. No caso da Elisina, é um exemplo clássico onde o cartel continua, não liderado como você sabe, mas ele continua num certo sentido graças ao incentivo que o colaborador deu orientado pelo Departamento de Justiça e pelo FBI, então isso não comprometeu a conclusão que inclusive os efeitos do cartel, isso é uma coisa que eu acho que pesa um pouco na avaliação final. Quer dizer, então feita a constatação do cartel, o resto do tempo em que a atividade do cartel foi incentivada foi um momento só de coletas de evidências, então eu acho que a resposta é não, na experiência americana não pesa, agora vamos ouvir...

Dr. Darwin Corrêa:

Esse exemplo que foi dado, ele não se aplicaria ao nosso programa tal qual prevista na medida provisória 2055, como também não se aplica por exemplo no programa de leniência da Comunidade Européia, porque em ambos é requisito formal que o infrator cesse imediatamente o seu envolvimento na prática quando da propositura do acordo. Portanto, diferentemente dos Estados Unidos, aquele que é admitido no programa não pode continuar no cartel simulando a sua participação e aí colhendo provas, filmando etc., porque a gente entendeu que aí a gente estaria avançando numa coisa que a nossa lei não... nem a nossa lei penal chegou a tanto. Se há um regime de leniência penal, por exemplo no parágrafo único do artigo 16, da lei 8137 ou na nova lei de proteção de testemunhas, nenhum deles contempla a hipótese da infiltração ou qualquer coisa semelhante a isso que você falou aí. Portanto, interessado no acordo, o infrator tem que imediatamente cessar o seu envolvimento, portanto não se coloca o problema de avaliar na gradação da pena, como o cartel funcionou dali em diante.

Dr. Paulo de Tarso:

Eu só queria acrescentar, Dr. Laércio, para dar um dado. Quer dizer, o programa de leniência, ele importa e vocês viram pelos números a possibilidade de levantar o véu. Quer dizer, quando o departamento de justiça americano diz: olha, de 73 para 96 não conseguimos pegar ninguém e com um programa de leniência bem aplicado, um por mês vem sendo detectado. A Inglaterra no ano passado não conseguiu detectar nenhum cartel. Então, quer dizer, o que eu quero mostrar é que o instrumento se bem trabalho, se bem aplicado ele de fato é um instrumento extraordinário e não se confunde com o compromisso de cessação, ele tem de maneira nenhuma ele tem vários outros elementos, e sobretudo porque ele incita ao digamos assim, ao desacordo dentro do cartel. Então, na verdade ele é de fato um instrumento muito eficaz para levantar o véu, evidente que ele vai precisar de um mecanismo institucional de aplicação e de aperfeiçoamentos, mas eu não dúvida de que um programa de leniência bem feito no Brasil, e este pura e simplesmente anunciado por medidas provisórias, já tem feito muitas demandas para o sistema. Quer dizer, eu não tenho dúvidas que ele será benéfico no país.

Rodrigo estudante de Direito. Eu queria fazer uma pergunta à todos os membros da mesa; o último debate promovido pelo IBRAC na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde a maioria dos membros da mesa estavam presentes, tivemos a oportunidade de ouvir na explicação do senhor Cláudio Considera, sobre o cartel do trigo, e ele mencionou na época que o cartel do trigo foi analisado e que, apesar de ser identificado como um cartel ele não teria porque ser punível por diversos fatores, entre eles não se configurava abuso de poder econômico. Entretanto, sobre a luz do artigo 20 e do inciso I do projeto de lei, esse cartel seria punível pela simples existência. Eu queria saber se a conduta foi a mesma, se a conduta continua sendo a mesma e só com a mudança da lei, porque que um cartel que não seria punível agora estaria sendo.

Dr. Cláudio Considera:

Obrigado pela pergunta, eu me sinto com representatividade da _____, mas muito rapidamente. O que foi comentado foi que houve uma denúncia de cartelização no trigo numa determinada... acho que em Curitiba, que saiu nos jornais e o fato foi apresentado como uma cartelização. A apuração que foi feita não levantou nenhuma evidência de que a denúncia apresentada no jornal tivesse qualquer fundamento, e nesse sentido é que a investigação não foi adiante. Quer dizer, não havia qualquer indício que nos permitisse sequer dar seqüência a investigação, quer dizer foi uma matéria completamente leviana e nesse sentido, então acho que não se aplica essa eventual contradição que existiria segundo a sua pergunta.

Dr. Laércio Farina: Muito obrigado ao Dr. Paulo, apenas antes do

encerramento.. .

Dr. Paulo de Tarso: Dr. Láercio, eu queria dar um aviso antes do encerramento. A hora que o senhor me autorizar eu queria fazer um aviso para a platéia.

Dr. Láercio Parina: Pois não, um minuto só. Rodrigo você ia...

Rodrigo: É, só então se eu pudesse refazer a pergunta, se... não!

Dr. Láercio Farina: não, não! Eu pensei que era um pequeno adendo. O Dr. Mário Possas, tendo sido mencionado numa das observações prometeu-me que em dois minutos fará uma prévia locução e em seguida, Dr. Paulo por gentileza, o senhor poderá dar o seu aviso.

Dr. Mário Possas:

É muito menos no que isso, dois minutos. Simplesmente, na verdade eu não pedi a palavra, simplesmente o fato de que eu fui citado me leva a responder, a obrigação até de responder.

Mas, não tenho nada adicional, na verdade é simplesmente uma reiteração por que eu já disse, eu acho que eu fui mal interpretado pelo Secretário Paulo de Tarso, em algumas das coisas que eu disse. Em relação da maior competição levar a cartel, eu acho que isso é discutível, foi isso que eu disse, não é que ela aliás não tem sentido, é que o inverso dela pode ser verdadeiro, então a premissa é duvidosa. Na verdade, a história do capitalismo ao longo do século XX é uma história de novas formas de concorrência que não a concorrência de preço, simplesmente isso, o cartel é um dos instrumentos, é um instrumento.. (pausa) (final do lado A - fita 07). (...) no entanto a diferença aí é que alguns são ilegais e outros não são.

Também em relação a discussão de per se e eu não vou voltar, isso já foi bastante discutido, eu continuo achando que o problema fundamental da mudança que está sendo proposta no que diz respeito a esse tema nosso de hoje que é o cartel, é que não altera substancialmente e eu não me convenci com os argumentos apresentados pela mesa, pelo menos pelos propositores da parte da Secretaria de Governo, que haja alguma razão substancial para alterar a lei nessa direção. Inclusive, a repressão a cartéis que tem sido feita no Brasil está sendo feita com a lei e não apesar dela inclusive. E, finalmente um último comentário, que eu fui mal interpretado também pelo Secretário Paulo de Tarso, na referência que eu fiz ao fato e acho que o Paulo Guilherme entendeu mais corretamente o que eu disse, quanto ao fato de que eu estaria supostamente propondo que o CADE ou os órgãos de defesa da concorrência realizassem políticas industriais ou políticas mais... absolutamente, o que eu tentei enfatizar foi o fato de que o CADE não é, e nem pode ser, visto por órgão qualquer que o substitua como o órgão responsável por colocar a

concorrência nos trilhos no Brasil, isso é megalomania, um delírio, não é nada disso. O que acontece simplesmente é que o CADE é um instrumento entre outros, porque não dizer de uma política de governo, independente que ele é órgão judicante e ele tenha outras funções, mas ele tem outra forma institucional e jurídica, mas o fato é que ele é parte de um processo mais amplo que leva a esse resultado comum almejado, que é o de melhorar o nível de concorrência no âmbito, vamos assim chamar sistêmico, ou seja as condições gerais pelas quais a gente assegura que a economia brasileira caminha na direção de uma maior e não menor competitividade. Então, a ênfase que eu queria colocar é o fato de que nós precisamos de pressões competitivas e que isso não é dado pelo CADE e não é dado por repressão, o que é feito simplesmente é, a repressão é um instrumento necessário, em nenhum momento eu disse que não é, é uma questão de ênfase. E, como se trata agora de mudar a lei, trata-se de formular uma política, como não?! É uma política que vai permitir direcionar a lei numa direção ou outra, a agência numa direção ou outra, esse é o momento de formular e pensar, refletir sobre qual é a política que se deseja, é uma política com ênfase repressiva ou com ênfase preventiva, foi essa minha questão. Muito obrigado.

Dr. Láercio Farina: Muito obrigado ao Dr. Mário, Dr. Paulo de Tarso, por gentileza para o aviso.

Dr. Paulo de Tarso: Obrigado. Mencionado, posso fazer alguma colocação ou não?!

Dr. Láercio Farina: O senhor prometeu um aviso, prometeu só um aviso.

Dr. Paulo de Tarso: Eu queria dar o aviso, o seguinte: que a SDE juntamente com a OCDE e com a agência reguladora de São Paulo e do Rio Grande do Sul, estará promovendo nos dias 06/07 e 08 de dezembro em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, um seminário sobre óleo e gás natural, a inscrição é grátis, há um tema também de regulação de defesa da concorrência, e estão todos convidados e todas as informações estão disponíveis no site do Ministério da Justiça, todos conhecem mjgov.br e, eu queria aproveitar a oportunidade para convidar todos para comparecerem ao evento.

Dr. Láercio Farina: Muito obrigado ao Dr. Paulo. Dando encerramento a esse painel, quero agradecer em nome do IBRAC a participação dos Drs. Paulo de Tarso, Darwin Corrêa, Paulo Corrêa, principalmente a participação do nosso convidado especial, sua excelência o Dr. Rui de Moura Campos, Carlos Francisco Magalhães, Dr. Pedro Dutra e Dr. Mário Possas. Senhores, convido-os agora a permanecerem conosco e peço ao presidente do IBRAC, o Dr. Ubiratan Mattos que dê início a cerimônia de entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2000.

Apenas, uma observação, atraso de apenas 15 minutos, para um painel tão quente como foi esse.

ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO 2000.

Dr. Ubiratan Mattos: O presidente tem algumas regalias que pode eventualmente se dar ao luxo de ultrapassar um pouco o prazo, dada a importância desta cerimônia.

Hoje de manhã nós falávamos, eu falava contando a história do IBRAC a partir de uma idéia, e os projetos todos eles, se desenvolvem e se consolidam a partir de uma idéia. E, o que dá para notar neste evento é que nós temos aqui um verdadeiro celeiro de idéias, idéias que as vezes se chocam, mas idéias que se propagam e vão resultar certamente em algo muito positivo. Neste ano de 2000, várias idéias surgiram no seio do IBRAC e se desenvolveram, fizemos diversos workshops, fizemos Workshop sobre muitas aplicadas pelo CADE, sobre as medidas provisórias 2055 e 2056, debates sobre o projeto de lei na Faculdade, debate sobre o projeto de lei num segundo debate, fizemos um curso permanente de Direito da Concorrência, que foi organizado pelo nosso diretor Pietro Ariboni e outros, um curso de 14 aulas que teve uma receptividade extraordinária ao ponto de nós termos que recusar diversas inscrições, inúmeras inscrições dado o número de interessados. Mas, tivemos também a idéia, desenvolvemos e aconteceu este concurso de monografias, e quando a idéia foi lançada nós estávamos olhando um cenário diferente, de uma certa forma provocativo e o primeiro quesito para este concurso foi que ele se dirigiria a apenas estudantes de graduação. Estabelecemos um regulamento e soltamos correspondência para as universidades, e o resultado disso foi que nós recebemos em dois meses, 52 monografias, das Faculdades, não vou ler todas porque são muitas, de Direito e Economia: USP/SP; PUC; Mackenzie; Metropolitana; UNIP; PUC-Rio; Batista, de Vitória; Cândido Mendes, Rio; Federal do Rio; Universidade de Taubaté; Salvador; Federal de Minas Gerais; Milton Campos de Minas Gerais; Federal da Bahia, Federal do Ceará; Sudoeste da Bahia; Federal de Pernambuco; Federal de Santa Catarina; Juiz de Fora; PUC-Paraná; Filosofia da USP; Ciências Humanas de Aracruz, Espírito Santo. Isso nos deixou muito contentes, de constatar o interesse desses jovens pela matéria.

Foi eleita, escolhida uma comissão julgadora por mim presidida, composta de nomes ilustres, professores de economia: professora Elizabeth Farina; professor Gesner de Oliveira e o professor Arthur Barrionuevo e na área de Direito, os professores Walter Ceneviva; Fernando de Oliveira Marques e o Dr. Pedro Dutra. E, a avaliação foi feita e uma avaliação bastante rigorosa levando em conta quatro quesitos: apresentação, adequação do tema,

desenvolvimento e pesquisa e bibliografia. E, claro que nós não poderíamos deixar de proporcionar um prêmio em dinheiro e pedimos e recebemos de imediato o patrocínio da ESSO, e a ESSO, ela tem por política apoiar esse tipo de iniciativa, a exemplo do prêmio ESSO de Jornalismo, mas ela de maneira em momento nenhum interfere ou participa ou sugere, ela realmente faz questão de ficar fora e eu fui verdadeiramente intimado a registrar esse fato, dada a seriedade desse tipo de iniciativa que é conduzido pela ESSO.

Eu gostaria de chamar aqui ao meu lado, a Dra. Sirlene Noronha, diretora jurídica da ESSA, a quem caberá fazer a entrega dos prêmios. Nós selecionamos cinco trabalhos, dois dos quais receberão menção honrosa, e o primeiro lugar receberá R\$ 5.000,00. a segundo lugar R\$ 3.000,00 e o terceiro lugar R\$ 2.000,00.

Terceiro lugar, foi apresentando com o pseudônimo de Neli, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aluno do 4º ano. Sob o título "O comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o Direito Concorrencial", e o ganhador Neli, é Tomás Junqueira de Camargo.

Segundo lugar, é um jovem estudante, também do 4º ano, na PUC de São Paulo, estudante de Direito. Apresentou o trabalho sob o pseudônimo de Vita, e com o título "As agências reguladoras e a defesa da concorrência", e o seu nome é Pedro Aurélio de Queirós Pereira da Silva.

E, o grande vencedor e confesso que deu trabalho para escolher; é um jovem que veio da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, aluno da professora Maria Isabel Vaz, uma querida amiga do IBRAC, e conselheira do IBRAC, cursa o 4º ano de Direito. Apresentou o trabalho sob o pseudônimo de Sérgio Porto, com o título "Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional", e o nome dele é Paolo Zupo Mazukato.

Eu não sei se Paolo vai conseguir falar, porque ele está muito emocionado, mas ele quer dirigir umas palavras à platéia.

Paolo Zupo Mazukato: Bem, eu vou pedir licença ao presidente da mesa de dizer essas palavras, e eu prometo ser breve presidente.

Senhor diretor presidente do IBRAC, Dr. Ubiratan Mattos, senhor presidente da mesa, Df. Laércio Farina, Dra. da Sirlene Noronha ESSA, demais componentes da mesa e público aqui presente. Inicialmente parabenizo ao IBRAC e a ESSO, pela realização desse evento muito bem organizado e que conta com expositores de renome e larga experiência. Agradeço ao IBRAC e a ESSO, em nome do meio acadêmico a iniciativa da criação desse concurso de monografias que serviu de estímulo a pesquisa e a descoberta de jovens valores. a IBRAC demonstra com isso de forma inequívoca que cumpre com maestria o seu papel de difusão da cultura da concorrência. Parabenizo os demais premiados, como Pedro, segundo lugar,

com a sua monografia acerca das Agências Regulatórias e o Tomás que escreveu o artigo sobre o Comércio Eletrônico; parabênizo ainda o amigo Giovanni Loz que apresentou excelente trabalho sobre os Incentivos Fiscais Estaduais, sendo agraciado com o 4º lugar. Parabênizo mesmo aqueles que não foram premiados, mas que escreveram grandes monografias, a exemplo do amigo Lucas Lira, que tratou de tema polêmico, A Leniência. Ninguém perde ou vence nada sozinho, por isso eu gostaria não apenas de agradecer, mas de compartilhar com todos aqueles que me apoiaram nesse momento de sucesso. É imensa a minha felicidade, assim além de agradecer a minha família, meus amigos, minha namorada, estendo esses agradecimentos aos meus colegas do Escritório Advocacia de Empresa Moura Tavares Figueiredo, Moreira, Campos e Uchôa. Gostaria de prestar uma homenagem aos meus mestres, esse título é fruto de muito esforço, dedicação e sacrifício não apenas meu mas também da professora Isabel Vaz, do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca e da professora Sandra Carsaladi, que vem cumprindo com excelência o seu papel de guias, orientadores e educadores, com iniciativas de um sucesso como o GRIDE - Grupo Interdisciplinar de Atualização em Direito Econômico, que se reúne quinzenalmente e debate temas de grande relevo para o Direito Econômico.

Dedico esse prêmio a todos esses que mencionei nessas considerações, e por fim faço um pedido ao IBRAC e a ESSO, que continuem realizando esse concurso de monografias no próximo ano. Enviarei mais um trabalho e quem sabe... muito obrigado.

PAINEL III**ALIANÇA NO E-BUSINESS E-BUSINESS ALLIANCES
(COALITIONS)****Coordenador/Chairman: Dr. Antonio Fernando Bessa:**

Em nome do nosso presidente, Ubiratan Mattos, nós temos a satisfação de abrir o 3º painel deste VI Seminário de Defesa da Concorrência, e eu vou fazer então a apresentação rápida da nossa mesa de trabalhos. Queria lembrar a todos que hoje o nosso intervalo de café vai ser reduzido para dez minutos, porque nós temos que terminar impreterivelmente esse painel ao meio-dia, uma vez que o painel da tarde deve começar às 14:00 horas, e como hoje é sábado e muitos inclusive viajam no fim da tarde, nós deveremos terminá-lo por volta das 18:00 horas.

Queria apresentar aqui a minha direita, o Dr. Willian E. Cohen, que trabalha na diretoria de planejamento de políticas do FFC, Federal Trade Commission. Em seguida, temos o Dr. Marcelo Calliari, também a minha direita. Dr. Marcelo Calliari, advogado e economista, mestre em Direito pela Universidade de Harvard, ex-conselheiro do CADE e atualmente sócio da Tozzini e Freire, Teixeira e Silva Advogados. Depois, em seguida temos o nosso companheiro Cleveland Prates Teixeira, da Secretaria de Acompanhamento Econômico, e o nosso debatedor Pietro Ariboni, presidente da ABAP - Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial, vice-presidente da Associação Interamericana da Propriedade Industrial, membro de diretoria do ffiRAC, coordenador dos nossos cursos de Defesa da Concorrência, do ffiRAC e grande companheiro nosso aqui dos trabalhos.

A minha esquerda nós temos, o Dr. Franceschini, autor de várias obras a respeito de defesa da concorrência; em seguida o Dr. Arthur Barrionuevo, economista e professor da FGV, ex-conselheiro do CADE

Vamos passar imediatamente então a apresentação do Dr. Cohen. Dr. Cohen, por favor.

Dr. Willian E. Cohen:

Thank you, I appreciate the opportunity to speak to you about competition issues raised by B2B emarket places. Let me begin with a little background. Last spring finding that I was virtually impossible to open a news paper or read a magazine without seeing a prominent announcement of a new B2B the FFC thought that it would be appropriate to undertake a process

to enhance our understanding of the phenomenon. The term B2B market places referred as B2Bs for short refers to the mechanisms for conducting transactions on line through the support of the Internet relating to the buying and selling of goods or services between businesses. That B2B activities would capture our attention should be no surprise. After all, many of them involve collaborations among significant competitors. The FfC along with the Antitrust Division of US Department of Justice is charged with enforcing the US antitrust statutes. When large competitors undertake joint activities there is at least potential for significant competition issues to arise. To extend our knowledge the Commissions policy planing staff organized a B2B workshop in late J une. It had more than 65 panelists and was attended by more than six hundred people. We learned a great de ai from the workshop and I encourage those of you who are interested to take a look at the transcripts and at the written comments that were submitted. They are posted on the FfC's web site, www.ftc.gov. I think it's a wonderful raw material.

Based on what we heard in the workshop and on what we have learned since the FfC staff last month issued a report entitled "Entering in the 21st Century Competition Policy in the world of B2B electronic market place". It summarizes the workshop and set out a basic foundation for applying antitrust issues, analysis to the type of issues that aroused and we have distributed copies of the executive summary from that report on the table up front.

I would like to discuss some of the antitrust issues potentially raise by B2B e-market places. To start with though, I thought I' d like to talk a little bit about US antitrust law in general to provide an over all background for the rest of the discussion. And then what I have done is put together for you a list of the top ten things that you should think about from a competition perspective when form or join or are dealing with B2B.

Before I go any further I need to gi ve you the standard Federal Trade Commission disclaimer. The views I am expressing are my views, my own views. They are not necessarily the views of the Commission or of any individual Commissioner. That said I could turn to what I want to say about for background. The basic US antitrust laws a very easily stated but perhaps not so easily understood. For our present purposes the core statute is the Sherman Act. The Sherman Act has two key sections. Section One makes it unlawful to enter an agreement in restraint of trade; Section Two makes it unlawful to monopolize or to attempt to monopolize. Section One focuses on multiparty conduct acting through agreements; Section Two addresses single party conduct directed and willfully acquiring or maintaining a monopoly. At this early stage the most B2B activity involves some type of multi firm conduct so for our purposes, lets just focus on Section One.

I was serious when I said it is easily stated. The core prohibition comes down to just one single sentence and it says: every contract, combination in the form of trust or otherwise or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or foreign nations is declared to be illegal. So what our Congress has declared is that contracts in restraint of trade are illegal. Well, if that were clear we could all go out and join the beautiful mountain scenery but unfortunately the bare words about our statute don't answer many questions. What answers there had to emerge from over a hundred years of case law. To compress that century into say, perhaps three minutes a few key points stand out. Our Courts perfectly realized that every agreement limits trade in some aspect and declare that what Congress must have meant was to prohibit unreasonable restraints of trade. Over time they focused antitrust analysis on preventing harm to competition. Competitive rivalry was seen to keep the price low and quantity, quality and innovation up. Society as a whole and consumers in particular are beneficiaries of a hindered competitive process. Practices that interfere with the workings of that process foreseen to raise antitrust issues. Some practices were declared per se illegal. Illegal without any need to a particular showing of how. Pricefixing for example is per se illegal, so is dividing markets, reallocating customers. Other agreements though are less clear in their effects. They are less certain to be harmful and more likely to have some benefits attached to them. These practices are analyzed under what we call the rule of reason where all the relevant facts and circumstances are accessed to come to some overall judgment as to the likely effect on competition.

What are the kinds of issues that could trigger antitrust concerns? Well, speaking very generally, one issue is that of collusion. The antitrust laws contemplate that rival firms will compete with each other in setting price and determining their output levels. Once that is removed from this, when firms enter agreements that make collusion more feasible or more likely antitrust enforcers grow concerned.

Another issue is exclusion. Firms can enter agreements that make it harder for their rivals to compete by removing the competitive constraint otherwise offered by the excluded rivals just may make it possible to exercise market power. In a way it is the flip side of collusion. Collusion is additive. It builds up market power by joining together firms that should be rivals.

Exclusion is subtractive. It chisels down to market power by cutting away firms that otherwise constrain its exercise.

Well enough for my US law lecture. Lets turn out to specifically B2Bs.

As I said I have list of the top ten things about competition that I think you are to consider.

The first thing you need to know is that B2B very new from a business perspective, many of the key operation issues have yet to be resolved. From the antitrust agency's perspective, we are still very much in the learning mode. To illustrate, in preparing for the workshop we met with many of the pioneers of the B2B field. Those with the longest and most well established reputations. Over and over again they begin their presentations to us, you need some background. In the early days, when we first came into this business, way back in 1999, well in that type of setting you can see that many key issues still need to be determined. For many B2B it is not clear necessarily who will actually participate, it's not clear precisely what functionality they will offer, what their operating rules will look like, and how B2B competition will develop. All these things remain unclear.

For the enforcement agency the lesson was clear in this type of fluid setting. It is important that we remember that there is still a lot to be learned both by the antitrust enforcers and by the B2B's themselves.

The second thing I feel you need to know is that this is not an area of antitrust analysis where one size fits all. One very striking set of facts that emerge from our workshop was that B2B is different from one another. They vary in ownership and control. Some are consortium of the leading firms of a particular industry at one level of the industry. Others involve firms from more than one level of the industry. They combine both buyers and sellers. Still others have ownership structure built up out of non-participants in the industry. Some have independent management some are managed directly by their owners. B2B is very in function. Some are designed to be mechanisms for conducting business by searching a broad array of catalog offerings. Others provide auction and reverse auction functionality. And for those of you who are a little bit new to this area reverse auctions are, just what they say they're a situation where a buyer gets a multiple suppliers to bid against each other, whereas a normal auction price goes higher and higher in a reverse auction price goes lower and lower until finally the buyer has the best deal to be offered. This is very common in the B2B setting. Still others B2Bs facilitate joint purchasing. Some are directed largely at supply chain management or even product design functions. Some B2B focus on direct input purchases. These are actual components of the finished product. Others involve indirect inputs, so called MRO's, inputs that do not become part of the finished product such as paper clips. It is clear that there is considerable variety in B2Bs and the antitrust analyses will have to be fine-tuned with sensitivity to the various differences.

The third thing I feel you should know is that the Competitor Collaboration Guidelines issued jointly by the Federal Trade Commission and the US Department of Justice in April provide a useful framework of analyses

for B2B issues. The guidelines were not written with B2B's specifically in mind but they do provide a considerable, a very useful explanation as to how US antitrust enforcement agencies analyze agreements among competitors. They started from a premise that very far removed from the old days when collaborative activity was automatically suspect. At the beginning they say in order to compete in moderate markets competitors need sometimes to collaborate. Competitive forces, they continue, are driving firms from complex collaborations to achieve goals such as expanding in the foreign markets, funding expensive innovation efforts and lowering production and other costs. And for buying collaborations and particularly they say many such agreements do not raise antitrust concerns and indeed maybe pro-competitive. Well of course the Collaborations Guidelines don't stop with the recognition that collaborations may be beneficial. They go on to explain that in some circumstances collaboration might harm competition and consumers by raising prices above or reducing output quality, service or innovation below the level that they would otherwise achieve.

I am comfortable with starting you off with this reference to the Competitor collaboration Guidelines because the competition issues raised by the B2Bs are not new to antitrust analysis. The facts are new but the questions that arise are very familiar to antitrust practitioners. For example, as I mentioned, US antitrust laws treat some agreements among competitors as per se unlawful. Under the guidelines even agreement that might otherwise raise per se issues generally receives rule of reason treatment if it is reasonably necessary to achieve the pro-competitive benefits of an efficiency enhancing integration of the economic activity. The guidelines take an updated view of when collaboration is sufficiently integrated. They recognize that firms don't need to build a factory together to be integrated. Rather, they find integration when firms collaborate to perform a business function such as production, purchasing, marketing or R&D and recognize that this can be accomplished by contracts not just by joining together physical assets.

Legitimate B2B will typically satisfy the integration test and unless the organizers of B2B do something that particularly (egregious) they also satisfy the reasonable necessity test.

The guidelines thus tell us that as a general matter we are likely to be in the rule of reason here.

The fourth thing to know is that antitrust enforces at the *FIC* understand the great potential of B2B to lower costs, improve the efficiency of business processes and increase competition. Given that potential no one wants to see inappropriate antitrust concerns standing in the way of the benefits that B2Bs may offer. At the workshop we heard about a variety of efficiencies that B2Bs may facilitate. B2B's can replace fax and paper

communications with electronic communications saving costs and enhancing accuracy. B2Bs can expand the number of buyers and sellers who can find out about each other in the transacting business together. In some circumstances this can stimulate competition, as buyers become aware of small suppliers that they may otherwise not even have heard about.

Entirely new sales may become viable such as those for use the equipment or for put objects for expiration. B2Bs auctions and catalogues can improve a firm' s ability to compare prices and to get a better deal, even facilitating comparisons. Such as lease versus buy decisions, through fast calculations that let the alternatives be stated in comparable terms. B2B' s can help us, sure, that purchasing personnel in fact make use of already negotiated long term contracts to get there the discount that is available. For the future, B2B' s seem to hold real potential to improve supply chain management, reducing the need for inventory. It's even possible that B2B's will be very helpful in collaborative design efforts. WeU, this is a very impressive list, is there some exaggeration in it? I guess the answer is: undoubtedly, and it may turn out that in some settings, there are other mechanisms such as private networks making use of use of Internet infrastructure may be the ones that prevail. But even discounting for exaggeration for all the normal difficulties that there experienced in getting a new operation up and running efficiently, it appears that the potential of B2B' s to yield real efficiency is significant enough that I think you wiU find people at the *FIC* exercising due caution. At our June workshop, we heard the efficiency message, we heard it loud and clear and no one wants inappropriate antitrust activities to stand in the way of pro-consumer, pro-competitive B2B's. At the same time B2B's may raise competition issues and for today I am going to focus on four of these issues, the four issues issued by the staff report: information sharing, group buying, exclusion and exclusivity, and this will be the fifth, sixth, seventh and eighth of the issues that I think you should be aware of.

So tuning to the first of these, the fifth thing you should know - information sharing may raise anti-competitive concerns if it threatens to facilitate collusion in markets for goods traded on B2B' s, or their derivatives.

Sometimes information sharing among competitors is pro-competitive and in the right circumstances it can facilitate price transparency that will foster competition. In other circumstances though it may increase the likelihood of collusion, for example, by enhancing the ability to predict a competitor' s prices for knowledge of its costs or to project or monitor a competitor output level. Information exchanging can also be singling devices that make it possible to come to an agreement on price. In assessing whether an information exchange may raise competitive issues, a B2B should consider matters such as are the markets at issue otherwise acceptable to collusion? For

example, the more concentrated the market, the more that market is susceptible to collusion and the more likely the given information change might raise problems are the competitor collaboration guidelines for your information, take the view that when a collaboration and its participants together hold less than 20% share of the relevant market, the agencies will not challenge an agreement, except in extraordinary circumstances. Let me add that though that does not mean that arrangements involving more than 20% are necessarily suspect many, many, many will be beneficial!. It's just that for safety's own purposes we chose a 20% figure. A think a B2B would also have to ask could the specific information divulged facilitate collusion. Information related to price output costs or strategic planning may well be competitively sensitive, share information about direct inputs is generally more likely to raise concerns than shared information about indirect inputs. From that you are not likely to learn much about a firm's business strategy from analyzing if it purchases are pencils, but you might learn a lot from knowledgeable purchases of key components, if there may be information otherwise available, is it available as quickly as through the B2B. How old the information. Sharing contingent or future pricing information is generally more trouble than sharing information about past transactions. The US Department of Justice a few years ago had a case involving airline fares, involving the ATP Company. The Justice Department challenged the sharing of contingent information about planned future fares, allegedly by showing this contingent information airlines were able to propose fare increases, pull back if they weren't agreed to, and ultimately they worked out an agreement that was set up by a consent decree that prohibited dissemination of information relating only to planned or contemplated fares.

Other issues to consider with regard to information sharing of firewalls. Firewalls or other devices that could be employed to limit the exchange of information without sacrificing the efficiency of the market place, for example on-line catalogues might be segmented so that sellers can't see what other sellers are charging and that buyers can't see what this particular buyer is being charged. Reverse auctions can be dealt with, can be programmed in a way so that the competing sellers have no room in the rank position and inapt the prices offered by other bidders or perhaps even their names. One added dimension to this issue, there's need to consider the board of directors, whether they are member of the board might get competitively sensitive information about its rivals.

Sixth: joint purchasing of inputs can raise monopsony concerns when the collaborators hold a large share of the input market. I am sure you are all familiar with the concept of monopoly, the exercise of market power by large sellers. Monopsony is really the flip side stated in terms of the

exercise of market power by large buyers. Specifically, a buyer that is large enough to drive down the price of the inputs by reducing the amount of its purchases exercises monopsony power. The less of the input it is produced that results from this means that resources are being shifted away from an efficient supply pattern and under some circumstances it actually could result in higher prices to consumers. Of course, not all B2B's are going to aggregate their purchases and joint buying won't even be a potential issue if they don't, even when purchases are aggregated it is not likely to be an antitrust issue if all we are talking about are the indirect inputs, the MRO's such as the pencils, or paper clips. Competition issues are likely only when the joint purchasing group has a sufficiently large share of the buying market that the purchases could affect price. Conceivably there could be issues when a B2B makes joint purchase of the direct inputs used predominantly in a particular industry, which the B2B operates. Even then, the B2B may just be achieving efficiencies and we certainly want to encourage this, for example, by buying jointly a B2B may enable its suppliers to make use of truck load shipments or the consolidated production runs and when this happens, they could make available a quality discount to the buyers, which would be very desirable for everyone and, but what turns out to be difficult in the joint buying area is distinguishing situations giving rise to laudable efficiencies for those raising monopsony concerns and it's going to require a case-by-case examination of what is really going on.

Seventh: we'll talk about exclusionary conduct. Exclusionary conduct raises concerns to us when it harms competition. And by exclusionary conduct I am talking about restraints that are designed to keep outsiders out of a B2B, keeping them from participating. We heard little evidence of outright exclusion at our workshop, but we did hear quite a bit of concern that there is potential for exclusion and perhaps more significantly, potential for preferences and disadvantages, which are a modified form of exclusion. The historical precedent for that concern, when the airlines first were putting together their computer reservations systems, which were in many ways forerunners of today's B2B's, there was considerable concern that the computer reservations systems were being programmed to show the owning airlines flights first and the competing airlines flights only on subsequent screens. The civil airlines board in the United States then eventually promulgated regulations that required non-discriminatory displays. In our B2B workshop we heard of another example, in the currency exchange area, I think five banks had banded together to form a B2B first selling currency. We were told at the workshop that competition for such a B2B came down to fractions of a second. The B2B currently had a rule, which said it would only show the first four or five bids that came in and it so happened that the owners of that B2B had a slightly better electronic connection to their own

systems and were consistently able to be in the first four or five, this type of preference which would work to exclude a rival. (...)

From denying or limiting rivals access to the B2B, but then, to show harm to competition we need the second stage to focus in competition in the markets, in which the excluded firms participate, for example, if the disadvantage is such that one widget producer out of a hundred widget producers is excluded from the market, well that's not likely to raise competition concerns, but if the two giants of an industry manage to undermine the effectiveness of the one new aggressive entrant, that had promised to undermine that promised to reinvigorate competition in that market, operations against the entrant, well that may well raise competition concerns.

Eighth: the final substantial point. To this point we have been talking about potential competition effects in the markets for the goods sold under B2B, or from derivatives from those goods. The point I want to talk about now is exclusivity: that's the issue of whether B2B's have rules that keep insiders in, or ownership structures that keep insiders in. This can raise significant issues about another spear of competition, and now we're talking about competition in the market for market places themselves. For example, a rule might say I want you to participate only on this one B2B and not on any other B2B, or perhaps more likely I want you to commit to send the vast majority of your volume through this B2B and I will offer you some financial incentives to do so. Much the same effect can result from a very inclusive ownership structure involving the major industry participants. If incentives deal with your own B2B effectively result in *de facto* exclusivity. Exclusivity rules are over inclusive ownership structures can have major consequences for competition between or among B2B's. It's easy to see why a B2B would want to attract participants to itself and keep them there and draw beneath to cover their costs and moreover, buyers in a B2B setting want to be in a market place which has the most sellers available and vice-versa this gives rise to the so called network effects. And in many circumstances, because of these efficiencies, exclusivity may be perfectly fine; particularly you're looking at a B2B that's just starting up. But before deciding this there should be an antitrust assessment to be asked about the effects of the exclusivity practices or ownership structure and the ability of competing market places to continue operating or to enter into the relevant market for B2B market places. According to the staff report, substantial network efficiencies and consumer switching costs make it difficult for an entrant to start small, compete effectively and grow to become a significant factor in the market. Indeed, adding exclusivity to a setting already characterized by substantial network effects could tip the market in favor of the given B2B and impede

development of alternatives. In an extreme case to use that exclusivity tactics to tie up all available volume on your B2B rather than to compete on the merits to win that volume may raise significant antitrust concerns. Of course, there may also be benefits such as the greater network effects and these two would have to be weighed in, but even then we probably want to ask whether those benefits might alternatively be achieved by competing, but in two operable B2B's. The report offers no magic formulas here, but it does state some principles. All else held equal and tell us including the ability to achieve efficiencies and innovations. Competitive concerns are magnified: one, the greater the market share the B2B owners; two, the greater the restraints of participation outside the B2B, and three, the less the interoperability without B2B's. The report explains this does not mean that industry concern should be the B2B's, a presumption unlawful or the minimum volume commitments cannot be imposed. It does suggest that high levels of industry ownership for substantial minimum purchase requirements will likely draw a closer look.

OK, now the ninth thing you should know about competition issues is that the commissions have recently issued a decision, a first publicly announced decision of an investigation of a B2B resulted in a yellow light and here I'm talking about the Commission's investigation of Covisint. Covisint was a joint venture, is a joint venture involving General Motors, Ford, Daimler-Chrysler, Renault-Nissan and others to provide services for firms in the automotive industry, in the whole automotive industry supply chain. Manufacturers involved in this joint venture account for roughly half of the world's automobile production. Because of the way that the transaction was structured there was an HS filing and the Commission was called upon it to examine the transaction at a very early stage before it went forward. After investigating, the Federal Trade Commission in September issued a letter announcing that no further action is warranted by the Commission at this time. However, the letter went on. Because Covisint is in the early stages of its development and has not adopted bylaws, operating rules or terms for participant access, because it is not yet operational, and particularly because it represents such a large share of the automobile market we cannot say that implementation of the Covisint venture will not cause competitive concerns. In other words, antitrust issues may well be present and the devil will lie in the details. There was neither a green light here nor a red light at this early stage in the development of the joint venture the Commission gave Covisint a flashing yellow light.

Finally, let's assume that you are involved with a B2B that doesn't in fact raise antitrust issues. In that case, I think the tenth thing you should know about B2B's and antitrust is that most instances the competition issues