

## TRANSCRIÇÃO DO WORKSHOP SOBRE A MEDIDA PROVISÓRIA 2055 REALIZADO EM 22 AGOSTO 2000

**Dr. Ubiratan Mattos:** Muito obrigado pela presença das Senhoras e dos Senhores. Fazemos hoje mais um evento do IBRAC, um Workshop marcado um pouco em cima da hora em razão da surpresa das medidas que foram anunciadas. Contamos aqui com a presença de ilustres ex-conselheiros do CADE: Dr. Gesner Oliveira, ex-presidente do CADE e amigo do IBRAC de tanto tempo: Dr. Marcelo Calliari, Dr. Arthur Barrionuevo, Dra. Lúcia Helena, Dr. Mauro Grinberg.

Mas eu queria ressaltar uma política do IBRAC nas nossas reuniões que é a política da informalidade. E nós estamos reunidos para ouvir a opinião da comunidade a respeito da medida provisória 2055 que altera a lei 8884 e trás algumas modificações que podem causar uma certa preocupação; e mais o decreto assinado na mesma data e por coincidência a data em que essas duas medidas foram editadas é justamente a data da fundação dos cursos jurídicos no Brasil. Por esse decreto foi nomeada uma comissão não para estudar a criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, mas para concluir os estudos que já estão feitos e dos quais nós ainda não tivemos conhecimento. De qualquer maneira o decreto nomeou essa comissão, cujos nomes aparecem na última folha desse documento que os senhores e as senhoras tem em mãos e é composta pelo Dr. José Bonifácio Borges de Andrade, Dr. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, da SDE, o Dr. João Grandino Rodas, Presidente do CADE, Dr. Cláudio Considera, Secretário de Acompanhamento Econômico e Ceres Alves Prates.

O primeiro comentário que eu faço é que, mantendo o apego à tradição da política brasileira, as coisas são feitas meio de sopetão e depois busca-se o apoio da comunidade. Então, para nós foi uma surpresa porque nós não fomos consultados;

nós eu digo a comunidade, não o IBRAC mas a comunidade. A comunidade não teve nenhum tipo de consulta a respeito daquilo que se pretende alterar, daquilo que se pretende criar, e certamente nós do IBRAC temos no nosso quadro pessoas de talento que estão, como sempre estiveram, à disposição para contribuir com idéias. De qualquer maneira, o nosso propósito hoje é especialmente ouvir o comentário dos senhores e das senhores a respeito das alterações introduzidas pela medida provisória e também sobre essa proposta de criação da agência.

Devo ressaltar que dos diversos entendimentos mantidos não só com os associados do IBRAC, mas com o segmento da sociedade em geral, empresas, acadêmicos, professores, existe aparentemente um consenso de que a lei requer algumas alterações. Isto é mais ou menos consensual. O que se questiona, ou o que se indaga é por que não ter a comunidade participando, a comunidade especializada, a comunidade que conhece o sistema, que conhece como a Defesa da Concorrência funciona em outras jurisdições, especialmente na Europa e nos Estados Unidos; por que não dividir as expectativas na busca de idéias que possam levar ao aperfeiçoamento da legislação.

Com esses breves comentários eu passo a palavra ao Dr. Pedro Dutra, para que ele apresente o temário dessa reunião, pedindo um especial favor dos senhores e das senhoras: as intervenções são livres, mas eu apenas peço que a pessoa que fizer um comentário ou uma interferência se apresente declinando o seu nome e onde trabalha. Após os debates, que calculamos levem por volta de duas horas, nós cuidaremos de fazer um sumário das discussões para enviá-lo às autoridades competentes, nos colocando à disposição para dividir as expectativas, para participar do processo e para colaborar com o aperfeiçoamento da legislação.

**Dr. Pedro Dutra**<sup>1</sup>: Boa tarde a todos.

Todos os meios de investigação que se confirmam, na forma da Lei, aos órgãos administrativos incumbidos da repressão ao abuso do poder econômico, à infração à ordem concorrencial, são bem vindos. Sabemos da carência desses órgãos, e ninguém pode se opor que recebam eles mais recursos e que, nesse contexto, algumas regras legais sejam aperfeiçoadas.

À vista das regras da medida provisória n.º 2055/2000, que alteram parcialmente a Lei 8.884/94, a primeira questão que se põe é de ordem geral: identificar o destinatário delas, e o seu conteúdo. O que se constata na primeira leitura da medida provisória é que maior poder de investigação, e poder com uma amplitude que não se conhece em outros órgãos de investigação, são conferidos a órgãos políticos, não independentes, como são a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico. E, desde já, deve-se ter em mente, e todos que temos conhecimento elementar dos sistemas jurídicos nessa área sabemos, que a comparação, e menos ainda a identificação, entre a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, e a Divisão Antitrust, do Departamento de Justiça norte-americano, é de uma impropriedade absoluta. O chefe da Divisão Antitrust, é indicado para o cargo pelo presidente da república, sabatinado e aprovado pelo Senado, e o seu cargo tem atribuições e prerrogativas que guardam semelhança, no sistema jurídico brasileiro, àquelas em Lei outorgadas aos membros do Ministério Público. Então, o cargo de Secretário de Direito Econômico não guarda relação alguma com o de chefe da Divisão Antitrust, do Departamento de Justiça norte-americano. Desde que foi criada a Secretaria de Direito Econômico, inúmeros secretários, com os mais diferentes perfis, já se alternaram na direção desse órgão, todos de livre nomeação e demissão, sem serem sancionados e aprovados pelo Senado.

---

<sup>1</sup> O texto da palestra, degravado, foi revisto pelo autor, que lhe retificou trechos, acresceu explicações, e indicou referências nele feitas.

Portanto, é uma impropriedade gritante invocar analogia entre essas duas funções, entre esses regimes jurídicos. O mesmo pode-se dizer do titular da SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, que, nos termos da medida provisória, recebe amplos poderes, inclusive de investigação.

O conteúdo das novas regras deve ser examinado - e é o que procurarei fazer brevemente para encaminhar essa discussão - tendo-se sempre presente o quadro do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o âmbito dos princípios constitucionais aos quais lei ordinária, como a que a medida provisória poderá converter-se, e para efeitos práticos já se converteu, deve obediência estrita. A tarefa que primeiro se põe a qualquer operador do direito é saber se esses princípios constitucionais são respeitados, se a Lei nova a eles se subordina, notadamente, o devido o processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência, que assistem a todo investigado.

Ao meu ver, parece-me que não, algumas dessas novas regras ferem frontalmente tais princípios constitucionais.

A seguir cabe examinar a criação da nova agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência, cujo projeto está sendo elaborado exclusivamente no âmbito do Executivo, e traz em si uma expectativa positiva, se resistir a tentações autoritárias e ao reducionismo conceitual, que o nome proposto já sugere.

Das alterações à Lei 8.884/94 promovidas pela Medida provisória 2055/2000, destaco quatro, as mais significativas.

A primeira, é a revogação do dever de sigilo, que a Lei 8.884/94 obriga à SDE obedecer, nas averiguações preliminares.

A segunda, a figura da inspeção, que é intrometida na Lei 8.884/94 contrariando o seu espírito, e que a meu juízo é

uma forma de a autoridade administrativa elidir a busca e apreensão, pois esta requer mandado judicial.

A terceira, a dispensa de instrução, que dá à SDE a faculdade de promover, ou não, a fase instrutória do processo administrativo; é um ponto discreto, mas importante para compor o quadro geral de entendimento dessas medidas, o quadro político e jurídico em que essas alterações à Lei 8.884/94 foram promovidas.

A quarta alteração é o acordo de leniência, instituto de inquestionável necessidade e oportunidade, mas de má constituição jurídica, que irá possivelmente frustrar sua aplicação.

Pela ordem.

A quebra do sigilo está prevista no artigo 1º da Medida provisória, que o torna facultativo. Nesse artigo está disposto que a SDE promoverá averiguações preliminares, excluído o dever de sobre elas manter sigilo, até então existente. O § 3º, relativo ao artigo 30, da Lei, da medida provisória do artigo 1º entre aspas diz: “as averiguações preliminares poderão correr sob sigilo no interesse das investigações a critério da Secretaria de Direito Econômico”, sendo que o artigo 30, citado em sua nova redação, da qual foi suprimida a oração “dos quais se fará qualquer divulgação”, relativa às averiguações preliminares.

Por que existe sigilo em averiguação preliminar? Porque em sede de averiguação preliminar a autoridade investigadora, a SDE, ainda não recolheu indícios suficientes que permitam ao seu titular instaurar processo administrativo, isto é, formalizar denúncia, imputar ao administrado o cometimento de uma infração à Lei 8.884/94. A averiguação preliminar é uma fase vestibular, anterior à instauração do processo administrativo e por essa razão nela é indispensável que o sigilo da investigação seja mantido, em atenção à uma regra, a um princípio constitu-

cional, que é a presunção de inocência e da ampla defesa que assiste a todo administrado. E, também, de eventual proteção à reputação funcional do titular da SDE, para que esse não se veja futuramente constrangido por haver feito investigações, tornadas públicas, mas que ao final não revelaram infração à Lei, que ele terá eventualmente divulgado como tal. Se a autoridade, o titular da SDE, não dispõe de indícios suficientes que o habilite sequer apontar a violação da Lei 8.884/94, e o seu autor, como poderá ele sentir-se habilitado a divulgar o nome do administrado, em relação ao qual ainda não tem elementos para indiciar e o qual ainda não foi sequer dado oportunidade de se defender? Então, o sigilo na averiguação preliminar é uma questão de coerência elementar na ordem democrática. Isso não se pode negar. E, note-se, o titular da SDE não está obrigado a promover averiguação preliminar; aliás, é a averiguação preliminar medida extraordinária prevista na Lei, que prescreve a sua instauração quando os indícios não forem suficientes para instauração do processo administrativo, este não protegido pelo sigilo. O que ocorre, na prática, e desde a criação da SDE, é que os Secretários hesitam, por sentirem não dispor dos indícios suficientes de que fala a Lei, em instaurar processo administrativo, e então promovem averiguação preliminar. Ora, se eles próprios hesitam em assumir o ônus de formalizar uma denúncia, ato administrativo que a Lei lhes exige fundamentar expondo as razões de fato e de direito sob pena de vício insanável desse ato, qual seria a razão que os desinibiria em dar publicidade à averiguação preliminar, fato que resultaria, como a experiência recente mostra ocorrer, inclusive com integrantes do Executivo, em levantar-se suspeita de infração, sem qualquer indício consistente, sobre o administrado, possibilitando o seu pré-julgamento público?

Suprimida a garantia do sigilo, o titular da SDE sentir-se-á inteiramente à vontade para, por exemplo, declarar publicamente estar investigando a empresa “A” porque tem contra ela apenas suspeita de ela estar concertando preços com con-

correntes seus, com eles formando um cartel; mas o titular da SDE dirá isso sem ter indícios mínimos que o habilitem a formalizar essa denúncia; e, por outro lado, não há nada que impeça o titular da SDE em tornar pública essa sua simples suspeita, por isso pode levá-la à imprensa, certo de que nenhuma responsabilidade legal lhe pesa, inclusive se, posteriormente, vier, ele mesmo, concluir que a empresa “A” e suas concorrentes não estavam promovendo um cartel, e por essa razão decidir não instaurar processo administrativo. Curiosamente, é conduta como essa da qual vem o Executivo queixando-se de serem vítimas alguns de seus funcionários. Em uma palavra, de pré-julgamento público, a partir de inquéritos que se acham ainda em fase preliminar, mas cujas autoridades por eles responsáveis se sentem desinibidas em tornar públicas meras suspeitas.

A esse propósito, o Ministro Pedro Malan declarou à “Folha de São Paulo” no último dia 19 de agosto, condenando duramente o pré-julgamento; disse o ministro:

“É preciso investigar com seriedade todas as denúncias que nos chegam sem pressupor que, porque foram feitas com denúncias, um pouco tautológico aí, elas se configuram um fato comprovado. Peço aqui em relação a esse caso, que é o caso do SERPO, como em qualquer outro que nós procuremos evitar essa certa propensão que infelizmente está ocorrendo em algumas parcelas da opinião pública”.

A SEAE é subordinada ao ministro da fazenda, e a nova medida provisória permite a essa Secretaria não manter sigilo nas investigações que promover, porque confere-lhe poderes de investigação idênticos aos poderes acrescidos à SDE. Claro está, não estou dizendo que o titular da SEAE, ou da SDE, irá exercer esses poderes, e, divulgando as investigações preliminares a cargo do órgão que dirige, vá expor qualquer administrado a pré-julgamento, por parte de parcelas da opinião pública. Mas havemos de convir existir, nos termos da medida provi-

sória, esta possibilidade, em razão da exclusão do dever do sigilo em fase preliminar de investigação. Consulta à experiência recente mostra que tal possibilidade, se vier ocorrer, encontrará sólidos precedentes - e com conseqüências mais graves, para os administrados, porque hoje maiores os poderes e nenhuma a responsabilidade legal dessas autoridades. Então, não deixa de ser surpreendente que o próprio Executivo tenha editado uma medida provisória, uma regra legal, que permita, e até mesmo promova, já que a possibilidade aí está, o pré-julgamento.

O ministro da fazenda não está só, em sua preocupação, com a violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. O próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Velloso, declarou:

“o que se pretende é que não se abra mão das garantias do estado democrático de direito, das garantias constitucionais da presunção de inocência. É preciso compreender que se divulgue algo a respeito de uma pessoa, uma acusação ainda não provada, a reputação dessa pessoa estará arrasada amanhã.”.

Portanto, havendo na medida provisória a possibilidade, a faculdade de as autoridades incumbidas de investigações preliminares – especificamente, averiguação e esse estranho procedimento de representação ora criado - no caso a SDE e SEAE, levarem ao conhecimento público, isentos seus titulares de qualquer responsabilidade legal, por qualquer meio de mídia, uma investigação em fase de investigação preliminar - averiguação ou procedimento - têm-se que admitir que está aberta a possibilidade de se ser violada a presunção constitucional de inocência e o direito à ampla defesa que assistem ao administrado.

A inspeção é o ponto seguinte nesta exposição. Resumidamente, diz a medida provisória que, respeitado o objetivo da averiguação preliminar, e do procedimento de representação, ou



do processo administrativo, poderá o Secretário da SDE autorizar mediante despacho fundamentado a realização de inspeção na sede social ou estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a empresa com pelo menos 24 horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes da seis ou após às dezoito horas. Esses poderes, como os demais outorgados à SDE, são estendidos à SEAE.

A inspeção encontra-se disciplinada em duas ordens jurídicas especiais: a tributária, e a que se supõe hoje extinta, o controle de preços por meio do tabelamento oficial, feito por ato do Executivo. A inspeção no regime tributário é feita para o fim de verificação do cumprimento de obrigação tributária definida em Lei, como se tem no Decreto 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, em consonância com o Código Tributário Nacional e legislação correlata. A inspeção destina-se, pois, à verificação se determinado tributo, definido em Lei específica, e cujo valor e data de recolhimento são certos, foi recolhido pelo contribuinte, ou seja, é verificação do cumprimento de uma obrigação tributária líquida, ou aparentemente líquida. A Lei Delegada n.º 4/62, que criou a SUNAB, seguindo a linha do Comissariado da Alimentação Pública, criado em 1918, que já previa o controle de preços no Brasil, dispunha sobre a inspeção para verificação do cumprimento da tabela oficial de preços editada pelo Executivo<sup>2</sup>. Se nós olharmos a jurisprudência seguinte ao Decreto 869, de 1938 editado na ditadura Vargas, que, na linha daquela regra de 1918, referia “crimes contra a economia popular”, nesses inserindo a transgressão a “tabelas oficiais de preços de mercadorias”, verificaremos que essa linha intervencionista autoritária mostra um dado interessante, sempre a ocorrer em seqüência à edição de normas radicais: o rigor da fiscalização se abate sobre pequenas empresas, padarias, etc. Verificava a inspeção se a venda era feita pelo preço tabelado do produto. A fiscalização da SU-

---

<sup>2</sup> Ver “Preços e Polícia”, Pedro Dutra. Revista IBRAC, vol. 4, nº 4, abril 1997, p.15.

NAB, com suas inspeções, está ainda viva na memória dos menos jovens, e um estudo sobre a efetividade de seus amplos poderes de investigação sem dúvida enriqueceria nossa cultura no domínio da administração pública.

Onde cabe no ordenamento jurídico de defesa da livre-concorrência, a inspeção? Inspeccionar o quê? Como se pode admitir que a apuração de um fato infrativo, de uma conduta anticoncorrencial seja objeto de uma inspeção? A instrução de um processo administrativo dessa natureza devidamente instaurado é a fase em que são produzidas as provas, por meio dos quais autoridade administrativa busca apurar o fato infrativo, se a conduta anticoncorrencial imputada ocorreu ou não ocorreu, como ocorreu e quem por ela é responsável. Essa instrução não é feita, não poderia ser tecnicamente feita, por meio de inspeção; simplesmente não é este o meio próprio para o fim de se apurar conduta anticoncorrencial e sua autoria, e por uma simples razão: condutas de agentes econômicos em mercados concorrenciais são complexas, por sua própria natureza; não se resumem a uma ação determinada, exata, que a Lei incumbe ao administrado cumprir, como é o caso de uma obrigação tributária, ou ao dever de observar preço tabelado. Isto é, não se resume ao cumprimento de uma obrigação de fazer, líquida e definida previamente em norma legal. Onde definida na Lei 8.884/94 conduta, ou condutas, a serem seguidas ou evitadas pelos agentes econômicos atuantes nos diversos mercados concorrenciais? Portanto, a inspeção é um instituto não estranho à ordem jurídica brasileira, mas impróprio na ordem jurídica concorrenciais, para o fim de se apurar condutas abusivas do poder econômico de mercado, por parte de agentes econômicos.

Há, ainda, uma outra questão: como definida na medida provisória, essa inspeção acabará por dispensar, na prática, a busca e apreensão de documentos, esse sim meio válido e indispensável à instrução de processo administrativo de repressão ao abuso do poder econômico, à apuração de ato infrativo; não sei se foi essa a intenção do legislador, mas a inspeção, se vier

a ser feita, dispensará a busca e apreensão. Porque a busca e apreensão requer mandado judicial, ao contrário da inspeção: nesta, a autoridade poderá entrar na empresa, copiar todos os documentos, de todo o tipo que lhe interessar à investigação, e, se quiser, poderá posteriormente exigir que a empresa traga aos autos os originais para mera conferência, sem que o Judiciário tome conhecimento prévio dessa ação da administração pública. Na verdade, abre-se a oportunidade de a administração pública, da SDE e da SEAE, por ordem de seus titulares, elidirem a intervenção do poder judiciário no processo administrativo, em sua fase instrutória. Note-se que a busca e apreensão guarda direta analogia com a norma que disciplina a interceptação telefônica, que só pode ocorrer com autorização judicial. Ou seja, o sigilo de correspondência só pode ser quebrado com ordem judicial. A inspeção, como prevista na medida provisória, dá aos titulares da SDE e da SEAE, a faculdade de, por ato seu, dispensá-la.

Por que se quis, na medida provisória, abrir-se possibilidade de se elidir a ordem judicial; qual o problema em se promover a busca e apreensão? Será o Judiciário o entrave à eficácia das investigações? Na Lei 8.884/94 há regra autorizando a SDE, a SEAE e o próprio CADE requisitarem todos os documentos que necessitam ao cumprimento de sua função. Então, se há a possibilidade de esses órgãos requisitar, eles mesmos, todos os documentos que necessitarem, sob pena de sanção ao agente recalcitrante ou omissor, se prevista adicionalmente, como deve ser, a disciplina da busca e apreensão de tais documentos, recurso extremo, mas legítimo, por que intrometer na Lei essa figura esdrúxula da inspeção? Dizer-se que a requisição de documentos não é bastante, os agentes econômicos investigados não atenderiam a essas requisições, é uma questão apenas de a autoridade fazer valer a sua força de coerção. Que pode ser acrescida ao máximo, quando necessário, com a busca e apreensão, sendo que esta pode ser usada quando o sigilo, ou o fator surpresa, for essencial às investigações, por haver a

real possibilidade de ocultação ou destruição de provas por parte do investigado.

Por fim, deve-se ter em conta que a SDE e a SEAE são órgãos políticos, os ministérios da justiça e da fazenda são órgãos políticos, e agem como tal. Nesse contexto, a visibilidade de determinadas ações desses órgãos pode ser, e já foi, defendida como devendo incluir a divulgação de investigações que se iniciam e a identificação desde logo de supostos investigados; essa linha de entendimento poderá levar a se avançar a justificativa de se divulgar também o teor de documentos inspecionados e que tenham sido assim copiados, ou referência a eles ser feita expressamente, já que, como visto, as averiguações preliminares não estão mais protegidas pelo sigilo, e a inspeção também não está.

Vê-se que a medida provisória confere a órgãos políticos, não independentes, da administração pública direta, um poder investigatório cuja latitude administrativa desconheço em qualquer regime jurídico de defesa da livre-concorrência, da repressão ao abuso do poder econômico. Antes que se levantem mãos dizendo que tal poder existe nos Estados Unidos, é bom que se lembre que nesse país, além da tradição das garantias individuais estendidas ao processo administrativo – e respeitados ordinariamente pelos agentes administrativos – o poder não é de inspeção e sim de requisição e de busca e apreensão de documentos. O poder outorgado em Lei à Divisão Antitrust, do Departamento de Justiça – este e aquele órgãos, como vimos, bem diversos dos ministérios da justiça e fazenda brasileiros, e da SDE e SEAE – para promover busca e apreensão em empresas, sem ordem judicial, é a ele dado pois esse órgão, naquele regime jurídico, tem poderes equiparados aos do ministério público brasileiro - e não só: o chefe da divisão antitrust é, como disse, nomeado pelo presidente da república, mas sabatinado e aprovado pelo Senado. Já o órgão administrativo de repressão ao abuso do poder econômico, a Federal Trade Commission, está obrigado a munir-se de ordem judicial para promover bus-

ca e apreensão. Ou seja, no regime norte-americano a regra é clara: órgão administrativo regulador não pode promover busca e apreensão senão autorizado pelo judiciário. Então, é um regime jurídico completamente distinto do nosso, o que se deve ter com conta ao se fazer comparações.<sup>3</sup>

Outra alteração na Lei 8.884/94 pela medida provisória, e dela tratarei brevemente embora possa ter grande significado, é a dispensa de instrução que ora facultada à SDE, ao seu titular. O artigo 35, com nova redação, diz: decorrido o prazo de apresentação de defesa, a SDE determinará a realização de diligência e a produção de provas de interesse da secretaria a serem apresentados no prazo de 15 dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nessa lei. Não vejo como se possa outorgar, em processo administrativo, poder à autoridade pública para dispensar a fase de instrução em processo administrativo sancionador, como é o da Lei 8.884/94. No quadro criado pela medida provisória, parece que a produção de provas por parte do investigado não foi cogitada: à altura em que a SDE se der por satisfeita, o seu titular encerra o processo. Algum processualista me corrigirá, mas imagino como pode ser dispensada a fase instrutória no processo administrativo se nela a própria Lei 8.884/94 fala e assina prazo de 45 dias para serem apresentadas, pelo representado, provas que em sua defesa queira produzir. Poucas normas poderiam tão claramente, ao meu ver, afrontar o princípio constitucional da ampla defesa.

O último ponto, e antes de chegar a ele gostaria de fazer uma indagação a todos: se o que fica desse conjunto de medidas de revogação do sigilo em averiguação preliminar, de inspeção sem ordem judicial e de dispensa de instrução em processo administrativo sancionador, não seria a outorga, a órgãos políticos, não independentes, de um poder excessivo, cujo uso indevido possibilitará o pré-julgamento público de administrados,

---

<sup>3</sup> Ver a esse propósito, "Antitrust Law Developments (Fourth)". Vol. I, 4th ed. 1997, p. 665 e seguintes.

empresas e pessoas físicas, eventualmente suspeitos de cometimento de infração à Lei 8.884/94? Pode-se, a propósito, figurar a seguinte hipótese: um secretário da SDE, não o atual, mas secretário que porventura exiba pendor mediático, com amparo na medida provisória, poderá esse hipotético secretário, divulgar que deu início a uma averiguação preliminar, tendo a empresa “A” e seus diretores como averiguados, logo a seguir divulgar que, em vinte e quatro horas, inspecionará os arquivos dessa empresa, logo a seguir divulgar o conteúdo, ou o que dele lhe interessar, dos arquivos inspecionados e copiados, declarando que há claro indício de infração, a seguir, que instaurará processo administrativo e que a empresa poderá ser multada em até trinta por cento de seu faturamento. Todas essas ações podem ser tomadas por esse hipotético titular da SDE, sem que, também na forma da medida provisória, a empresa “A” tenha tido oportunidade de se manifestar!

E mais: instaurado o processo administrativo, tão logo apresente a empresa “A” sua defesa, poderá esse hipotético secretário fazer publicar sua opinião: tão certa é a sua convicção da culpabilidade da empresa “A”, que dispensará a instrução do processo, e o remeterá ao CADE, para julgamento. E que o CADE deverá aplicar tal sanção. E por fim: todas essas ações poderão ser praticadas sem que sobre esse hipotético secretário possa pesar qualquer responsabilidade legal, mesmo se ele não vier instaurar processo administrativo, ou no fim deste concluir que não houve infração à Lei 8.884/94, por parte do administrado.

A propósito, uma das acusações que sempre se fez ao CADE é que ele não sanciona nenhuma empresa por infração à ordem concorrencial; porém, jamais se disse, ao se mencionar esse fato, que os processos administrativos chegam a esse órgão vindos da SDE tão pobremente instruídos, sem a devida prova do fato infrativo imputado, que aquele órgão se vê impedido, sem amparo factual e legal, de sancionar os eventuais autores de infração. Embora nós advogados sabemos que o CADE ficou bem relaxado em matéria de provas de infração quando se trata

de suposto descumprimento de prazo de notificação de ato de concentração, tal descontração, sem dúvida surpreendente à luz do Direito, ao ponto de impor sanção por conduta infrativa sem prova, o CADE felizmente ainda não chegou.

O último ponto. O acordo de leniência disciplinado na medida provisória exibe pelo menos uma característica, a meu juízo surpreendente: não estende a leniência ao campo penal, ou seja, à eventual imposição da sanção penal prevista na Lei 8.137/90, que segue intocada, e pois pronta a ser aplicada, mesmo depois de firmado o acordo de leniência com a SDE. Nos Estados Unidos, cujo exemplo é sempre tão invocado, o acordo de leniência têm por objeto precisamente evitar a imposição de eventual sanção penal<sup>4</sup>, porque sanção administrativa é matéria de compromisso de cessação de prática, que a medida provisória absurdamente vem revogar, nos casos alcançados pelo acordo de leniência. Ainda que se argúa que o propósito do acordo de leniência seja a delação dos demais por um dos integrantes do cartel, ao meu juízo, tal acordo poderá ser ineficaz, não suscitar interesse. Vejamos.

A empresa “A” faz acordo de leniência com a SDE, e confessa a sua participação em cartel, e denuncia seus demais integrantes; com essa confissão, atendida as condições do acordo, ela não seria sancionada administrativamente; abstraia-se, por um momento, a legalidade da regra que nega ao CADE o direito de examinar o acordo de leniência firmado com a SDE - nessa regra há todos os indícios de ilegalidade. Em seguida, contudo, o Ministério Público instaura processo, para denunciar o acordo no plano administrativo, se entender que tal acordo não aproveita ao interesse público, que melhor seria a imposição da sanção; essa hipótese, contudo, é eventual: pode ou não ocorrer, e é até pouco provável que ocorra, embora possível. Mas, certa-

---

<sup>4</sup> Uma breve síntese está em Antitrust Law Development (Fourth), (vol. I), p. 681 e seguintes.

mente ocorrerá a seguinte hipótese: firmado o acordo de leniência, o Ministério Público oferece denúncia com base na Lei 8.137/90, artigo 4<sup>o</sup><sup>5</sup>, que é de ordem pública, indisponível, como é indisponível, a regra legal que determina ao Ministério Público agir, tomando ciência de ato contrário à Lei.

Esse é o primeiro ponto a se cogitar no acordo de leniência, e o mais importante ao meu ver, pois diz respeito à eficácia desse acordo, abstraindo-se, aqui, maior análise de sua estrutura, que, como as demais regras da medida provisória, revela a pouca familiaridade técnica de seus autores com a matéria. Outro ponto, prático: pode a SDE, órgão político não independen-

---

<sup>5</sup> Art. 4<sup>o</sup> - Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens da produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar total ou parcialmente a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento,

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.

**Pena** - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.



te, não colegiado, não fiscalizado pelo Senado Federal, ao contrário do CADE e outras agências reguladoras, firmar acordo de leniência? E, ainda, sem a audiência da Advocacia Geral da União.

Por fim, gostaria de insistir no contexto em que a medida provisória foi expedida, e as alterações na Lei 8.884/94 foram feitas, inclusive porque é neste contexto em que o Executivo, isolado e inacessível, está estudando a criação da Agência do Consumidor e da Concorrência. É indiscutível que o órgão, ou órgãos, incumbido da repressão às infrações concorrenciais necessitam dispor de amplos poderes de investigação, para exercer efetivamente a sua função legal. Mas esse exercício deve-se dar na forma da Lei, da Lei em sentido amplo – em respeito ao ordenamento jurídico vigente - evitando-se a edição casuística de normas (e sabemos que medidas provisórias podem prestar-se a tanto), prática que ordinariamente resulta em ofensa a regras legais vigentes, em especial às garantidoras de direitos individuais.

O respeito à Lei, à ordem jurídica, é a garantia que essa ação repressiva, absolutamente indispensável em uma economia de livre mercado, regulado na forma da Lei, não se preste ao partidarismo, à ação publicitária, nem, por alguma forma, permita ou contribua para se velar, mesmo parcialmente, a transparência que a ação da administração pública deve sempre cuidar em exhibir, e a sociedade exige, de forma aberta e crescente.

Inegavelmente, está-se desenhando, em algumas áreas da reflexão jurídica, uma perigosa equação: o ordenamento jurídico que aí está, com suas regras de processo civil, penal e administrativo não serviria, seria imprestável à investigação e pois à repressão a infrações à ordem econômica – nesta assimiladas indistintamente relações de concorrência, relações de consumo e demais relações travadas em setores especialmente regulados da economia, quais sejam, determinados serviços públicos e serviços que afetam o interesse público também, como os pres-

tados no setor de saúde. Ou seja, as leis atuais não bastariam, seriam débeis, à proteção do consumidor, o qual, nessa mesma reflexão, é visto indistintamente, como sujeito invariável em sua condição, nas diferentes relações que trava, nos diferentes setores da economia, regulados por diferentes normas legais.<sup>6</sup> Neste contexto anunciado de falência da ordem jurídica, esse consumidor, juridicamente reconfigurado a partir dessa análise, só poderá ser defendido se poderes excepcionais de investigação forem concedidos a órgãos da administração públicas incumbidos da defesa do consumidor, sendo certo que a estrutura dos atuais órgãos também não é suficiente.

Ao meu ver, haveria nessa reflexão, um certo fundamentalismo na defesa do consumidor. Já ouvimos autoridades, com mais e menos experiência nesse área, dizer que a defesa da ordem econômica, que a repressão ao abuso do poder econômico, resume-se à defesa das relações de consumo e, por essa razão, tais ações devem ser pautadas pela Lei de Defesa do Consumidor; o quadro legal, o direito regulatório que vem sendo criado em resposta à ordem econômica que a atual ordem constitucional definiu, estaria integralmente absorvido por aquelas regras. A defesa dessa estranha prevalência normativa seria animada pela promoção da inversão do ônus da prova – distorcida essa figura prevista, excepcionalmente, na Lei de Defesa do Consumidor –, que deveria passar a ser argüida na apuração de infrações à ordem concorrencial.

A assimilação da defesa da concorrência à defesa do consumidor é totalmente improcedente, embora o CADE deva ser reestruturado, ao meu juízo, para atender ao modelo entrevisto na Lei 4.137/62, e que Fernando Color de Mello perverteu ao editar a Lei 8.158/91, que outorgou poderes de instrução processual à SDE, retirando-os ao CADE, para combater a inflação, por meio de um velado controle de preços, no qual a ins-

---

<sup>6</sup> Sobre essa reflexão, ver Revista do IBRAC, Vol. 7, nº 4, 2000. p. 35 e segs.

tauração de averiguações preliminares e processos administrativos, seriam meios para forçar a adoção de preços ou trazê-los a níveis que o Executivo, em dado momento, pudesse entender devidos. Várias teses desenvolveram-se a seguir, como, por exemplo, o órgão que instrui processo não deve julgá-lo, e que a SDE seria a voz política na defesa da livre-concorrência, isto é, do Executivo, na aplicação da Lei. Na defesa dessas teses de corte autoritário, não faltou ainda a sugestão de o CADE converter-se em instância homologatória de decisões da SDE. Nenhum fundamento baseado na experiência, na atuação desses órgãos são expostos nesses argumentos, devendo-se ter em conta que a SDE, como a SEAE, não publicam dados precisos sobre a sua atuação, e que esse órgão, e a SEAE também, sempre disputaram exercer parte do poder que a Lei confere ao CADE.

Ao que parece, não seria essa a finalidade da nova agência, que englobaria as funções da SDE, esse um ponto positivo. Porém, grave seria a intenção, já manifestada, de converter o CADE, em órgão de defesa do consumidor e da livre concorrência, em clara degradação conceitual da defesa da concorrência, pela sua subordinação à defesa do consumidor, funções estatais que não se alinham por essa forma. Veja-se apenas por um exemplo: a análise econômica voltada para as relações de concorrência e de consumo são inteiramente distintas entre si, em conteúdo e complexidade.

O risco que vejo na criação de uma Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência é ser ela criada sob esse espírito, ser concebida a partir desse reducionismo, do sistema normativo de defesa do consumidor ser posto como núcleo do sistema jurídico de repressão ao abuso do poder econômico, onde quer que ele ocorra, em qualquer mercado onde tal abuso se verifique, inclusive nos mercados regulados por leis especiais. Todas as relações travadas nesses mercados seriam equiparadas às relações de consumo, o que será uma excrescência no ordenamento jurídico brasileiro, e mal visto em outros ordenamentos também.

Essas observações sobre a nova Agência são antecipações. O que há de certo e atual é que, excluída a sociedade das discussões sobre a sua criação, como até agora vêm ocorrendo, não há dúvida que ela nascerá, se nascer, pouco representativa e portanto ineficaz.

Muito obrigado a todos.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Apresentado o temário das nossas discussões declaro aberto o debate entre os participantes para que ao final, somando as idéias, possamos tirar algumas conclusões. Com a palavra o Dr. Mauro Grinberg.

**Dr. Mauro Grinberg:** Um ponto importante a salientar, que por alguma razão o Pedro não quis mencionar, é o acréscimo do parágrafo 1º do art. 26 da Lei n.º 8.884, que prevê que a autoridade que requisitar uma informação - e isso vale para a SDE e a SEAE - já fixa o valor da multa. Isto quer dizer que aquelas notificações que nós estamos recebendo da SEAE, sob pena de várias coisas, agora vêm sob pena de multa diária de tanto. E mais, um dos outros parágrafos que se seguem ainda prevê que a autoridade requisitante ainda cobrará esta multa. Ou seja, nós vamos ser multados pelo CADE, pela SDE e pela SEAE e em geral pelo mesmo fato. Não foram alterados aí os poderes da SEAE e da SDE, sendo que os da SDE estão na Lei n.º 8.884/94".

**Dr. Pedro Dutra:** Essas Secretarias não órgãos sancionadores.

**Dr. Mauro Grinberg:** A competência está no art. 7º, que estabelece as atribuições e a competência do CADE. Então, a medida provisória está dando à SDE e à SEAE o poder de fixar a multa e arrecadar essa multa. Mais um ponto, que não tem nada

a ver com cartel, que é aquele aumento brutal da taxa para atos de concentração, estabelecendo que um terço vai para o CADE, um terço vai para a SDE e um terço vai para a SEAE. Ora a SDE e a SEAE são órgãos e não pessoas, não tem personalidade jurídica própria, e não se lhes pode destinar verbas diretamente. Isso é o que eu tinha para acrescentar

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Arthur Barrionuevo.

**Dr. Arthur Barrionuevo:** Bem, na verdade a apresentação do Dr. Pedro Dutra, complementada pelo Dr. Mauro Grinberg, já enfatizou a questão do direito de defesa, e como seria danosa a tendência da defesa da concorrência acompanhar uma visão que está presente na defesa do consumidor. Eu, como economista, gostaria de fazer apenas algumas rápidas considerações, salientando que se essa medida provisória efetivamente mostrar uma tendência do direito concorrencial seguir o direito do consumidor, nós vamos ter dois problemas. O primeiro deles é uma redução na segurança jurídica e o segundo, decorrente do primeiro, é a redução dos incentivos ao investimento, nacional ou estrangeiro, em especial em setores regulados.

O primeiro problema será a redução da segurança jurídica, no sentido de que a defesa da concorrência e a regulação de utilidades públicas tem um embasamento na teoria econômica muito mais forte do que o utilizado na defesa do consumidor. Este embasamento permite - numa situação onde se tem conceitos mais abertos, como no direito econômico - uma garantia mínima de que os julgamentos de infrações à ordem concorrencial ou de atos de concentração, devem seguir uma determinada direção, do que garantiria, por exemplo, uma abordagem próxima à do direito do consumidor (onde, basicamente, se trata de assimetria de informações entre empresa e comprador e do menor poder de barganha do consumidor frente à empresa).

No caso da defesa da concorrência, para a análise da matéria econômica, concentrações ou infrações como por exemplo cartéis, são utilizados conceitos mais precisos, como os de barreiras a entrada, o tipo de oligopólio presente no caso, a análise da existência de sinalização, de comportamento paralelo ou de troca de informação entre os participantes de um determinado mercado, para buscar indícios da existência de um cartel (que, posteriormente precisam ser complementado com provas de troca de informações ou de acordo entre as empresas) etc.

Portanto, se a análise econômica da organização industrial for substituída pela visão presente na defesa do consumidor, nós teremos problemas. A teoria econômica é forte para garantir, nos casos regulatórios e na defesa da concorrência, pelo menos o conhecimento de um horizonte de tomada de decisão. Se utilizássemos a visão presente no direito do consumidor, teríamos em termos econômicos, um embasamento muito menor, portanto, mais arbitrariedade.

A segunda questão, desincentivo ao investimento, decorre da primeira e, relaciona-se ao risco regulatório. Pois, o investidor, em particular o estrangeiro, no Brasil, está muito interessado em ter regras claras, principalmente nos setores regulados, como energia, telecomunicações e águas e saneamento.

É interessante observar que em teoria econômica, o estudo da regulação de utilidades públicas e a análise da defesa da concorrência são campos convergentes. A regulação é hoje cada vez mais a defesa da concorrência em setores onde existe algum segmento de monopólio natural, portanto, nesses segmentos tem que haver um controle mais estrito do Estado.

Ora, os segmentos como os de telecomunicações e de energia elétrica, são os segmentos onde no 3o mundo, e no Brasil em particular, existe um grande espaço para novos investimentos - ainda mais com a expansão da Internet e do e-commerce etc. Certamente esses investimentos serão prejudica-

dos se não existir um “framework”, uma estrutura regulatória muito clara.

Assim embora reconheçamos a necessidade de que haja ampliação de capacidade de investigação, por parte do Estado, preocupa a edição de medidas que possam desrespeitar o direito de defesa.

Possivelmente, para aumentar a eficácia da ação estatal, seja mais importante dotar os órgãos de defesa da concorrência de instrumentos materiais efetivos, do que mudar a Lei dessa forma, e aumentar a insegurança dos participantes do mercado. Pois, no Brasil, se oscila, de uma situação que é de uma leniência absurda com o desrespeito às normas (no caso, concorrenciais), para o extremo oposto – quando, como no momento atual, temos aumentos dos preços dos remédios ou problemas com os postos de gasolina ou não sei o que mais. Se assiste então à emergência de uma tendência autoritária, que é recorrente do país, como se ela pudesse resolver a situação no curto prazo. Na verdade, ela não o faz (é bom lembrar o fracasso trazidos por controles ou congelamento de preços, mesmo em períodos curtos) e, ainda, cria problemas de credibilidade sobre o respeito do governo às regras e ao o direito das empresas, que são muito maiores do que os possíveis efeitos de curto prazo. Obrigada, e aqui concluo.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Muito bom! Dr. Rodrigo Carneiro.

**Dr. Rodrigo Carneiro:** Rodrigo Carneiro de Oliveira, Pinheiro Neto.

Eu queria cumprimentar todas as intervenções e a exposição brilhante do Dr. Pedro Dutra. Na verdade o professor Barrionuevo, de certa forma concluiu aquilo que eu gostaria de mencionar e eu acho que a discussão aqui hoje transcende muito os dois textos legais que o IBRAC se dispôs a ensejar a discussão, e diz respeito a segurança das relações jurídicas. A Lei 8.884

quando ela foi editada, um pouco antes do plano real, não se sabia exatamente se ela vinha definitivamente inculir o direito da concorrência, ou se vinha disfarçadamente assegurar um certo controle de preços numa época em que o governo acenava com abertura econômica, mas precisa ter o controle da inflação. Agora, nós vemos neste momento que mais uma vez a Lei da concorrência está sendo utilizada num segundo plano, colocada num segundo plano com mais ênfase ao direito do consumidor. O Dr. Pedro Dutra mencionou muito bem, o código de defesa do consumidor que é uma Lei importantíssima, infelizmente foi além da medida e hoje se suplanta os princípios gerais de direito, as vezes a Constituição, código civil e outros tantos diplomas.

Eu acho que nós deveríamos e o IBRAC deveria no ensejo de discutir estas Leis, fazer ver às autoridades, à sociedade, à comunidade jurídica que mais importante para que nós não fiquemos de um extremo ao outro, inculir o direito da concorrência e determinar quais são exatamente os fins que a Lei deve proteger.

**Dr. Ubiratan Mattos:** então, o que me dá a impressão, só fazendo um parêntesis e eu passo a palavra ao Dr. Carlos Toro, é que o governo se sente um pouco frustrado pela sua incapacidade de alguma forma não interferir, mas ter controle desse processo. Ao mesmo tempo o judiciário se mostra também um pouco complicado para levar a solução de controvérsia dada a morosidade, o custo, etc. Então, o recurso, quer dizer o xerife que surge, parece que é o xerife da opinião pública. Isso que nós estamos acompanhando no Brasil, faz-se a investigação, o julgamento, o linchamento pela mídia, quer dizer jogando a opinião pública, a pressão pública para resolver determinadas mazelas que o governo se mostra incapaz de resolver. Em se tratando e isso se faz muito com o consumidor, mas em se tratando de empresas que tem responsabilidade com os seus empregados, especialmente com os seus acionistas, com a comuni-



dade em geral isso se torna muito sério. Eu estou me referindo aqui a um dos pontos abordados que é a questão da falta de confidencialidade na averiguação preliminar, e o extraordinário poder discricionário que se confere ao secretário, ou aos secretários que amanhã serão outros e depois de amanhã serão mais outros. Então, realmente eu acho que temos que estar bastante atentos para isso porque as conseqüências, quer dizer não é pela incapacidade de resolver determinados temas tão importantes com os mecanismos legais, processuais e jurídicos que nós temos é que se vai partir para uma solução, eu diria violenta e com base na pressão da opinião pública. Dr. Carlos Toro, por favor.

Com relação ao acordo de leniência, ele prevê o acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração. Quer dizer, significa que a pessoa física ou jurídica, ela tem que confessar que ela foi autora de uma infração. Se isso se remeter a Lei 8.137/90, e os crimes ali previstos são crimes de ação pública incondicionada, o Ministério Público ele tem o dever de instaurar a ação penal, quer dizer fica muito difícil.

**Dr. Carlos Toro:** Não! Mas, o processo penal para nós, os penalistas que me corrigem, investiga o alcance e a atitude do declarante. Então, é muito possível que se atuação dele for uma atuação minúscula e não expletiva: Ah! eu era diretor da empresa e me obrigaram, eu soube... que a testemunha...

**Dr. Ubiratan Mattos:** Ele é o autor da infração.

**Dr. Carlos Toro:** Sim! Mas ele é um autor menor. Ele vai ser processado... vai ter uma questão só de interesse: eu não serei sancionado pelas multas, porque eu fiz o acordo de leniência, eu sou criminoso porque eu denunciei, mas o meu papel sendo menor, na avaliação penal é muito possível que a pena dele seja mínima.

**Dr. Pedro Dutra:** É, pode ser! Eu só queira fazer uma outra observação, que já mostra a fragilidade da proposta da Lei. Agora, quanto à inspeção eu discordo do meu caro amigo, Dr. Carlos Toro, ela se presta a ser fartamente utilizada. Porque se a intenção fosse valer-se do mandado de busca e apreensão, expedido por ordem judicial, não teria o Executivo criado, com a medida provisória, a inspeção. A inspeção poderá ser o atrativo de eventual intimidação. Imaginem um hipotético Secretário de Direito Econômico que se disponha a anunciar publicamente que irá fazer inspeções; veja-se o que foi feito no DPDC, tempos atrás: onde andam as investigações do DPDC anunciadas pelo ex-secretário Aurélio Wander Bastos, sempre com estrondo na mídia; qual o fim delas? Alguém conhece? Com base em um decreto do Executivo, que criou um procedimento administrativo contra o espírito da Lei de defesa do consumidor, e atribuiu ao DPDC poder de fiscalizar e de investigar infrações à ordem de consumo, e, claro, no melhor estilo de normas infra-legais restritivas, outorgou mais poder e menos transparência, esse Decreto, 861/93, permite que os processos instauradas com base nele possam ser arquivados na própria SDE, por decisão monocrática de seu titular. Então, instaurava-se o procedimento, o dr. Aurélio Wander divulgava-o na imprensa, e o processo morria! Quantos processos estarão mortos no DPDC? Imagine-se, se nesta ordem de ação, nesse estilo de administração pública, houvesse à disposição da autoridade a inspeção; penso que a inspeção seria preferida à busca e apreensão, que demanda tempo e fundamentação clara do pedido. Note-se que antes dessas providências, há o pedido de remessa de documentos a empresas, que pode ser, e é, feita. Quando o CADE não foi atendido

com remessa de documentos? Estão aí, na platéia, quatro ex-conselheiros que podem testemunhar isso.

**Dr. Mauro Grinberg:** Agora com microfone. Como eu não me identifiquei da última vez, eu sou Mauro Grinberg de Araujo e Policastro Advogados hoje, outrora membro do velho CADE.

Essa inspeção, também tem uma origem distante, na inspeção prevista no código de processo civil, que é um meio de prova que permite ao juiz ir a qualquer local onde se deva colher uma prova e fazê-lo pessoalmente. Bom, mas é a única origem legal hoje que existe. A única inspeção que existe hoje prevista legalmente que eu conheço é essa.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Mas a partir do momento que a inspeção fica a critério da autoridade administrativa, ela não guarda nenhuma relação com o Código de Processo Civil, pois lá a inspeção está cercada por salvaguardas, incluindo o contraditório e a ampla defesa. Com a palavra o Dr. Lauro Celidônio.

**Dr. Lauro Celidônio:** Eu acho que várias críticas aqui já foram feitas às Medidas Provisórias, eu acho que está todo mundo de acordo, não vi ninguém falar a favor ainda. Quer dizer, não sei se há alguém favorável a edição e ao texto dessa Medida Provisória aqui. Mas o fato é que a gente até já se acostumou a que, o Presidente legisle por Medida Provisória. Acho que a nossa primeira contestação, e não sei como é que nós vamos encaminhar o problema aqui, qual a atitude que o IBRAC vai tomar, mas deve ser em relação a isso. Primeiro, essa não é matéria para constar de uma Medida Provisória, não cumpre os requisitos de relevância de urgência. Nós temos uma legislação que trata do assunto, tanto assim que o próprio governo criou uma comissão para analisar a reforma dessa própria legislação. Portanto, a minha proposta seria que o IBRAC já encaminhasse para o Congresso a proposta de rejeição pura e simples da Medida Provisória, porque não cumpre os requisitos de relevância

e urgência. Mas, mais do que isso, eu acho, e já tive a oportunidade de conversar com alguns colegas aqui, o governo está soltando estas medidas porque na verdade visa um controle de preço, a necessidade de controle de inflação e ponto. Não vamos nos iludir, quer dizer a inflação começa a subir e eles vão criar algum meio de tentar controlar essa inflação e nós vamos correr o risco de isso ser travestido de defesa da concorrência e defesa do consumidor, mas o ponto é esse: estão querendo voltar a um controle de preços e eu pessoalmente não tenho dúvidas disso. Pode o David Gilberstein dizer o que quiser, mas na realidade o que está por trás é isso. Acho que isso tem que ficar claro e acho que a gente tem que trabalhar na mídia com clareza esse assunto, porque senão vai ficar parecendo que nós somos absolutamente contra a qualquer punição aos nossos clientes. Então, nós temos primeiro tentar convencer a mídia de que na realidade essas críticas que nós estamos fazendo são reais, são efetivas, o risco é real. Dois: convencer os nossos clientes que eles tem que entender o problema, porque hoje as empresas não entendem esse tipo de problema e, três: tentar convencer o Congresso e o governo de que a Sociedade Civil, especialmente os especialistas na matéria tem que ser ouvidos. Então, eu não se aí já não é caso da gente começar a encaminhar alguma proposta em relação ao que fazer com relação as Medidas Provisórias, porque elas estão para ser votadas, na realidade já estão em andamento vão ser convertidas em Lei. Quer dizer, a gente deve começar a trabalhar nisso e num segundo momento junto ao Ministério da Justiça para conseguirmos pelo menos ser ouvidos nessa Comissão. Eu acho que é isso que eu queria dizer para a gente começar a encaminhar assunto.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Laércio.

**Dr. Laércio Farina:** Gostaria de voltar um pouquinho a discussão anterior, e como faz tempo que eu venho concordando muito com o Dr. Pedro Dutra, eu quero discordar dele um pouqui-

inho e concordar com o Dr. Toro. Na minha opinião a medida judicial deveria ser mais usada aí como projeção futura para um critério de lógica. Primeiro, não só em função da questão do devido processo legal, segundo que se nós paramos um pouco para pensar, qual seria o objetivo prático e eu não estou discutindo aqui a questão constitucional evidentemente, eventualmente envolvido na área, qual seria o objetivo prático além de fazer farol para a imprensa por parte do governo de se realizar a inspeção, seria realmente colacionar um conteúdo probatório suficiente para incriminar esta ou aquela empresa. Ora, isto para funcionar, para ser prático tem que ser feito de surpresa como o DOJ faz nos Estados Unidos, eles entram na empresa e levam até papelzinho de piada, mas debaixo do devido processo legal. Ora, é muito mais eficiente. Para se obter esse resultado, fazê-lo por meio da busca e apreensão requerendo ao juiz que a conceda na audita outra parte. Não só é legal, como também muito mais inteligente do ponto de vista da surpresa e de eficácia da eventual atividade investigativa do Estado, daí eu concordar e aí como na base da bola de cristal que é o setor que nós estamos, que me parece que deverá até por um critério de inteligência ser mais utilizada a medida da busca e apreensão, se é que vai ser utilizado.

**Marta Enriques Prado:** Marta Enriques Prado, professora da Universidade de Londrina.

Eu acredito que estamos talvez pecando de um excessivo rigor processual. É sabido que na União Européia, tanto o regulamento 4064 como o regulamento 17 já ficaram ultrapassados justamente por essas medidas que muitas vezes as empresas sabedoras dos meios de investigação que a comissão tem para levantar esses atos e pela comunicação entre advogados e enfim, os meios que são bastante ágeis para poder furtar essas informações, a preocupação das instituições européias cada vez é maior, tanto que o livro branco de 15 de maio de 1999, justamente se preocupa e acha que o regulamento 17 e 4064 em relação a

concentração de empresas, já estaria obsoleto para a forma de agir da Comissão. Talvez aqui no Brasil estejamos muito preocupados com esse rigor processualístico, com a infração a princípio como o devido processo legal, a ampla defesa e enfim, não estamos pensando nessa agilidade que tem que ter um órgão. Estamos misturando princípios constitucionais, princípios do Direito Civil, direitos do consumidor. É sabido que a nossa Lei, e tive a satisfação muito grande de ouvir que o Brasil estava a frente de muitos países, talvez de todos os países do mundo, com a sua legislação sobre direitos do consumidor, da boca do professor Thierry Borgonhe na Bélgica. O IBRAC que é o instituto mais autorizado para este tipo de condução dos trabalhos ou estudos para que se corrija os defeitos desta Medida Provisória. O professor Gesner, pelas informações que eu tive na Europa, estava desempenhando um papel muito interessante junto com a Conselheira Lúcia Helena e outros que eu não lembro. Bem, mas a minha surpresa foi muito grande quando fiquei sabendo que eles não estavam mais fazendo essa tarefa que pela primeira vez acho levou o CADE a ser visto lá fora com outros olhos. Eu parabenizo o IBRAC por fazer este tipo de Workshop, para fazer notar que aqui tem grandes especialistas que poderão contribuir e que as medidas provisórias não continuem sendo assim de cima para baixo, e deixando que todo mundo engula pela goela como, se fala, uma Lei que muitas vezes não vem a atender a população em geral, obrigada.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dra. Marta, muito obrigado pela intervenção. Realmente é o seguinte: a nossa preocupação, não é uma preocupação só do IBRAC, eu acredito que a preocupação de todos em geral, da sociedade é com relação a arbitrariedade. Porque hoje nós vivemos no CADE situações de arbitrariedade com questões menores, mas nós vivemos situações de arbitrariedade no CADE, a tal ponto que fica muito difícil explicar para o investidor estrangeiro determinados procedimentos e comportamentos adotados pelo CADE. Quer dizer, essa tradição de arbitrariedade no Brasil é secular e nós conviemos com ela há

muito tempo, e existe essa preocupação, está é uma preocupação. A segunda preocupação é exatamente nesse ponto que a senhora mencionou, quer dizer ter que engolir goela abaixo, e pior do que isso depois receber pedido de apoio. Quer dizer, primeiro enfia goela abaixo e depois sai correndo atrás do apoio. Nós queremos inverter esse processo, nós queremos ser participantes desse processo, nós queremos colaborar e não temos a menor dúvida de que todos que estão aqui poderão sempre contribuir de alguma forma com idéia que possam evitar esse tipo de situação. Mas como a senhora mencionou o Dr. Gesner e eu estava aguardando para dar-lhe a palavra, porque o Dr. Gesner até muito recentemente conheceu essa problemática digamos no seu interior e eu gostaria se possível ter alguns comentários do Dr. Gesner a respeito dessa Medida Provisória.

**Dr. Gesner Oliveira:** Eu agradeço enormemente a referência generosa. É com grande satisfação que participo como associado. Eu tive o privilégio de compartilhar com alguns profissionais as impressões sobre a medida provisória e, escrevi um pequeno artigo na Folha de São Paulo sobre os pontos que eu julguei mais relevantes, acreditando que convergem integralmente com as preocupações que foram expostas aqui. De fato, há um excesso de poder burocrático, há um abuso e na verdade uma violação de certos cuidados básicos que realmente geram preocupação. Do ponto de vista econômico, são pertinentes as observações do Dr. Barrionuevo, porque de fato o que se demanda hoje é segurança jurídica, estabilidade de regras e respeito à imagem da empresa. Por outro lado, é necessário dotar as entidades de mais recursos, a nossa experiência aqui com vários colegas que participaram do trabalho em Brasília, a nossa experiência é realmente uma grande escassez de material, mas isso não justifica as medidas que foram tomadas. Isso nos coloca numa situação um tanto quanto difícil e delicada, porque de um lado eu percebo que há um apoio da comunidade, há a iniciativa do governo de dotar os órgãos de mais recursos (...) refletir e futuramente com mais vigor ser introduzido. Ou seja, é uma

situação em que se quer apoiar, no entanto as medidas da maneira pela qual elas foram elaboradas, elas realmente geram muita preocupação. A esperança é que, e nesse sentido o doutor Lauro tem razão de que o IBRAC, e eu não sei em que direção pode contribuir no debate da medida provisória no Congresso no sentido de fazer sugestões ou junto a comissão talvez, no sentido de fazer sugestões de ordem técnica da mais diversa. Do ponto de vista econômico de curto prazo, não há ganho nenhum. O doutor Toro tem razão no sentido de que se é alguma preocupação anti-inflacionária, do ponto de vista macroeconômico ela não faz sentido, porque ela não funcionou no passado, não funcionará atualmente e não há evidências de que seria necessário tomar esse tipo de medida. Então, do ponto de vista econômico é completamente descabido; agora a intenção de fortalecer os órgãos, fortalecer a capacidade de investigação, simplificar o procedimento constituem intenções positivas. Há, portanto, um trabalho difícil, o qual certamente o doutor Ubiratan saberá conduzir no sentido de apoiar aquilo que é positivo, oferecer o apoio intelectual e a experiência da comunidade profissional, e ao mesmo tempo alertar com ênfase, veemência para aqueles pontos que realmente as novas medidas infringem o ordenamento jurídico e do ponto de vista econômico carecem de sentido.

**Dra. Paula Forgioni:** Primeiramente, entendo ser relevante – e concordando com o Prof. Gesner -- destacar que nenhuma autoridade antitruste conseguirá comprovar o cartel simplesmente enviando pedido de documentos para os agentes econômicos. Dessa maneira, não se conseguirá a prova. Assim, todo o esforço para dotar os órgãos públicos de um sistema mais eficiente para se conseguir as provas é bem vindo, mas dentro dos limites constitucionais, isso me parece óbvio. Agora, o que eu me pergunto é: se o Dr. Lauro tem razão, estamos, novamente, diante do mesmo cenário? Mais uma vez, procurarão utilizar a lei antitruste para controle de preços (procedimento que nunca deu certo)?



Vocês devem se lembrar o primeiro encontro que o IBRAC promoveu no Guarujá, quando os profissionais do CADE insistiam: o CADE não é a SUNAB! Novamente, estamos diante da mesma situação? Todo o esforço feito nesses últimos cinco anos para se tentar consolidar uma cultura da concorrência, todo o trabalho do CADE, da SDE, do IBRAC, da Fundação Getúlio Vargas, de inúmeras organizações e profissionais, deverá ir por água abaixo? Novamente essa demagogia, essa bulha desesperada nos jornais?

Parece-me que, realmente, o IBRAC não pode se calar, porque nós temos, no mínimo, seis anos de trabalho sério para divulgar uma cultura da concorrência.

Bem, ou estamos diante de uma tentativa de controle de preços ou trata-se de Getúlio Vargas II – A missão, como o Pedro sempre ressalta. Decreto-Lei 7666, era isso Pedro?

**Dr. Pedro Dutra:** Decreto 869, de 1938.

**Dra. Paula Forgioni:** É! Não, o outro, anterior ao 869.

**Dr. Pedro Dutra:** Não há!

**Dra. Paula Forgioni:** Não! Espera aí, você está falando do 869 de 1938, o outro. É, o do Vargas.

**Dr. Pedro Dutra:** Depois?

**Dra. Paula Forgioni:** Acho que é 7.666 ou alguma coisa parecida com isso. Não! Não é esse, é posterior a isso. É a Lei do Vargas...

**Dr. Pedro Dutra:** O decreto 869 foi redigido pelo Nelson Hungria, em 1938. E a sua aplicação se dava na forma da Lei de segurança nacional: crimes contra a economia popular, copiado do código argentino. Correto, ao final do Estado Novo, foi editado o Decreto-Lei 7.666/45, que não chegou a entrar em vigor efetivamente, foi revogado, logo após a derrubada de Vargas,

pelo Decreto-Lei 8.167, de novembro de 1945. A norma seguinte é a Lei 1.521/51.

**Dra. Paula Forgioni:** Valho-me, aqui, dos conhecimentos do Dr. Pedro, que fez uma pesquisa profunda nessa área. Quer dizer, Pedro, que estamos tendo uma reedição de tudo isso? Ou uma coisa ou outra: ou estamos diante do controle de preços ou então, trata-se de “Getúlio Vargas II, a Missão”. Qual a sua opinião?

**Dr. Pedro Dutra:** Penso que estamos num estágio posterior. É bom não esquecer o fundamentalismo na defesa do consumidor, que aí se desenha. Há toda uma linha de argumentação em formação, e nós já ouvimos depoimentos nesse sentido, sustentando que o ordenamento jurídico atual não serve para reprimir infrações à ordem econômica; então seria necessário, entre outras medidas, inverter o ônus da prova, a saber ao acusado caberia fazer a prova que ele não cometeu a infração! Isto está dito, como apontamos, na revista do IBRAC, por uma autoridade dessa área. Esta corrente é crescente em São Paulo, nascida em parte no Ministério Público, e alguns trabalhos do IDEC sugerem existir essa falência da ordem jurídica, seria ela incapaz de proteger o consumidor. Quer dizer, na defesa do consumidor não se aplicariam as Leis de regulação de mercados excepcionados, tais os de energia elétrica, petróleo e gás, telecomunicações, vigilância sanitária, planos de saúde e os outros: aplica-se somente a Lei de defesa do consumidor... Portanto, hoje o retrocesso jurídico, que esse reducionismo jurídico, supostamente posto em defesa do consumidor mas que os mais familiarizados com o direito econômico sabemos ser ineficaz, é mais sofisticado do que uma simples volta ao passado, embora eu concorde com você, Paula, a volta ao passado está no traço populista sempre presente, no corte autoritário, que sempre seduz a administração pública.

**Dra. Paula Forgioni:** O que eu vejo, então, é uma situação muito preocupante. Lembro-me de um certo artigo escrito pelo Dr. Farina, sobre a renite do presidente da república, ou teria sido sinusite? Feito quando o presidente Itamar procurou aplicar a lei antitruste contra os laboratórios, contra quem se insurgia em virtude de sua doença. Agora, caminhamos novamente por esse caminho, mas com um discurso tecnicamente mais sofisticado.

Além disso, parece-me que há imprecisões nessa medida provisória diante das quais qualquer advogado não saberia como se pautar. Por exemplo: diz a medida provisória: “a empresa ou a pessoa física, seja a primeira a se qualificar com respeito a infração”. O que seria “se qualificar com respeito à infração”?

**Dr. Pedro Dutra:** Isso é cópia mal feita do modelo americano.

Dra. Paula Forgioni: ... Na mesma linha, a medida provisória faz referência à “pessoa física que tem estado a frente da conduta tida como infracionária”. O que é “estar a frente de uma conduta tida como infracionária”? Se, para celebrar o acordo, o agente econômico tem, necessariamente, que ser o autor da prática, como está no 35-B, o que quer dizer “estar a frente”? Confesso que não consigo entender.

Agradeço a intervenção e digo que, Dr. Pedro, preocupo-me porque, nos últimos tempos, tenho concordado demais com suas colocações

**Dr. Pedro Dutra:** Nunca é tarde para melhorar, Paula.

**Dra. Paula Forgioni:** Não está acontecendo comigo.

**Dr. Pedro Dutra:** É uma das virtudes da maternidade.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Flávio Billiboni.

**Dr. Flávio Billiboni,** Pinheiro Neto – Advogados.

A Lei da concorrência vem se desenvolvendo e acho que muito bem no Brasil. Conceitos concorrenciais estão sendo incutidos nas cabeças dos empresários. Hoje nós temos algumas situações extremamente delicadas: a Lei é moderna, a Lei do consumidor também é moderna, mas na hora da aplicação da Lei enfrentamos problemas que infelizmente a gente não pode usar outros adjetivos a não ser: ridículo, a forma como vem sendo aplicada a Lei. Nós temos certas arbitrariedades como o Ubiratan mencionou por questões muito, mas muito mais simples do que essas emoluções. Nós temos questões como o de indicar o website de um end-report de uma empresa e ser multado por não apresentar o end-report; nós temos decisões no CADE entendendo que não há a necessidade de fazer a tradução juramentada ou até livre de um end-report de 800 páginas, e posteriormente o mesmo CADE vem e diz: não! Isto é ilegal, você deve ser multado! Nós estamos passando por uma fase política no direito da concorrência, onde se quer jogar um trabalho feito há seis anos, como mencionou a doutora Paula, no lixo. É uma pena que num momento desses a gente encarar uma lei dessas cheia de arbitrariedades, de inconstitucionalidades. Nós temos questões aqui que diz respeito a confidencialidade. Joga-se fora isso, deixa essa presunção de não culpabilidade, porque na verdade a gente tem que usar o termo culpabilidade porque aqui. A presunção é de culpa. Eu acho que nós temos que começar a colocar a mão, porque nós não podemos deixar isto acontecer. Situações existiram no passado onde o governo teve que adotar medidas enérgicas, eventualmente medidas provisórias foram necessárias até para colocar no prumo a legislação da concorrência no Brasil. Eu acho que havia essa necessidade, mas está

na hora de fazer uma coisa por inteiro e não aos retalhos, aos pedaços. Obrigado.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Pedro Paulo. Depois nós temos o doutor Marcus Vinícius, doutor Marcelo Calliari, doutor Ubirajara e depois tem mais um colega nosso.

**Dr. Pedro Paulo Cristófarro:** Pedro Paulo Cristófarro, do Lobo Ibeas. Advogados.

Primeiro, sem a menor dúvida eu acho que todos concordam que as arbitrariedades, o desrespeito ao devido processo, a questão dessa inspeção que permite o acesso ou pretende permitir o acesso a informações confidenciais protegidas até por sigilo constitucional. Mas nós temos que reconhecer que essa questão surge e tem um efeito positivo na mídia. A verdade é que nós falamos muito da cultura da concorrência e é fundamental, que se defenda a concorrência. Na história do nosso capitalismo nacional, os acordos nem sempre lícitos foram uma marca e se identifica muitas vezes com a defesa da concorrência. Para a mídia isso é visto às vezes como uma defesa de concorrente que não concorre tanto assim. É necessário essa crítica, fundamental a essa Medida Provisória até porque ela se torna inócua, ela só reforça no fundo a impressão de impunidade. Por que?. Porque todos esses mecanismos eles não se sustentam, um é o fim do sigilo que tem um efeito de aparecer no jornal, aparecer na televisão mas morre em si mesmo. O sigilo que se desfaz até aumenta a sensação de impunidade. Os outros, muito provavelmente com a medida judicial, aquele que for notificado para permitir a inspeção em 24 horas, aquele que não queira esconder nada, mas ele vai adotar medidas judiciais para não mostrar coisas que ele julgue que estão sujeitas a algum sigilo. É necessário sem dúvida apresentar propostas para tornar mais efetivo o CADE. E, uma das coisas, já que CADE que tantas as vezes fala que é desaparelhado, é concentrar sua atividade, em buscar punir essas condutas e menos por exemplo na análise de atos de concentração que não tem nenhum efeito no Brasil. Talvez ele se desafogasse um pouco. Deve-se buscar mecanismos,

mas caberia ao CADE por exemplo, buscar, se desafogar. É para o bem da concorrência diminuir a competência do CADE na análise de atos de concentração, que são tantos com efeitos tão mínimos, que ele acaba tendo que perder tempo. O CADE tem milhares de processos e que não levam a nada porque não tem relevância.

Agora, um aspecto jurídico. Tem uma outra questão que não foi falada que me parece importante: a uma tentativa de desconsideração da personalidade jurídica. Porque nesse artigo 2º diz: primeiro que a empresa estrangeira vai ser notificada na sua filial ou agência, sucursal, etc. filial, agência ou sucursal para mim são estabelecimentos de uma mesma empresa, não são subsidiárias. Agora, no parágrafo 4º do artigo 26, trata-se de uma solidariedade dessa filial ou sucursal ou agência ou estabelecimento da empresa estrangeira com a empresa estrangeira. Se é uma mesma sociedade, não há que se falar em solidariedade. Então, o que é? Está se falando de filial e sucursal ou está se falando de subsidiária?

**Dr. Pedro Dutra:** Creio que posso tentar esclarecer. Seria uma tentativa de se processar, na hipótese de cartéis internacionais, no Brasil empresa situada no estrangeiro e que eventualmente tenha coordenado uma ação cartelizada no Brasil. Trata-se, porém, de uma manobra; haveria, ao meu ver, uma malversação das regras dos artigos 215, e 12, inciso VI, do Código Processo Civil, em que a combinação desses artigos diz o seguinte: a citação será feita pessoalmente ao réu, ao seu representante, legal ou ao procurador autorizado, essa a regra do artigo 215, enquanto a do artigo 12, inciso VI, da mesma Lei, diz que serão representadas em juízo, ativa e passivamente...as pessoas jurídicas, que os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores, o Lauro e o Biliboni me corrijam. Pois bem, a medida provisória busca elidir essas regras, que, como se sabe, por força do artigo 83, da Lei 8.884/94, aplicam-se no âmbito da repressão ao abuso do poder econômico, para que a citação, isto é, a notificação prevista no artigo 33, da Lei

8.884/94, possa se feita sem atender a esses requisitos legais, e assim alcançar, trazendo-a ao feito, a empresa situada no estrangeiro e que apenas detém, às vezes indiretamente, o controle da empresa situada no Brasil; isto é, a empresa aqui situada pertenceria ao mesmo grupo econômico, daquela sediada no exterior, sequer seria uma filial, agência, sucursal ou ainda subsidiária daquela. Essa tentativa é mais absurda ainda, porque não se trata aqui de processo civil, e sim de processo administrativo sancionador, o que torna a regra da citação, da notificação pessoal absolutamente inafastável. Por essa razão entendendo ser essa regra da medida provisória uma malversação de regras processuais essenciais, que articulam o direito à ampla defesa, e estruturam o devido processo legal.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Marcelo Calliari.

**Dr. Marcelo Calliari:** Quando a Lei nº 8.884/94 foi editada, também falou-se muito -e isso foi mencionado aqui algumas vezes-, que ela tinha uma motivação política, que era um momento de transição e visava-se, com o fim do controle de preços, criar um outro mecanismo que o pudesse substituir. Apesar disso, apesar dessa motivação que efetivamente existiu, eu considero que a lei se desenvolveu de uma maneira bastante adequada e representou efetivamente um imenso avanço no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito econômico. Quer dizer que, apesar da motivação política, ainda assim ela prestou um serviço à nação que eu acredito inegável, sem embargo de apresentar diversos problemas, em parte sem dúvida derivados até dessa referida motivação.

O meu ponto inicial, nesse sentido, é simplesmente que o fato de essa medida surgir em meio a um clamor ou a preocupação do governo com relação ao aumento de preços não necessariamente a fulmina insanavelmente de problemas ou dificuldades insuperáveis. Na verdade, essa dissociação pode ser feita na medida em que ela é aplicada de uma forma adequada. Agora, se a motivação dela não é um vício insanável, o seu conteúdo

do pode ser, e nesse sentido as medidas provisórias preocupam, porque os seus pontos centrais -que são o acordo de leniência e a possibilidade de busca e apreensão-, são, para qualquer observador sério dessa matéria, absolutamente imprescindíveis para uma boa atividade de defesa da concorrência.

O Brasil estava carente, precisava desse avanço e eu fico triste de vê-lo feito dessa forma. Note-se que eu separo novamente o conteúdo das medidas e sua motivação. Esta pode ser simplesmente política –algo legítimo em qualquer democracia, em que se requer uma pressão, um animus que leve a aprovação de uma determinada lei. A reforma da Lei Antitruste é necessária há tempos, e nunca foi aprovada. De repente, dado o momento político, foi aprovada agora. Se fossem medidas provisórias de conteúdo apropriado, sem todos os problemas jurídicos já citados, eu veria como menor o problema de que a idéia do governo pode ser a de usar a mudança como instrumento de controle de preços. Apesar de motivação semelhante, na prática a Lei nº 8.884/94 não foi usada como tal.. Os processos que se iniciaram com essa intenção sob a Lei nº 8.884/94 (eforam dezenas e dezenas de casos apenas contra escolas, por exemplo), efetivamente não tiveram o efeito de enviesar a aplicação da defesa da concorrência, distorcendo-a no sentido de buscar o controle de preços. Reitero, a motivação por trás da medidas não é em si a minha maior preocupação.

A minha maior preocupação é que esses dois institutos absolutamente essenciais e imprescindíveis –a leniência e a busca e apreensão- surgem em medidas que em si apresentam tantos problemas jurídicos.

Com relação ao sigilo, por exemplo, sem dúvida eu considero um retrocesso o que aconteceu. Na questão do acordo de leniência, a grande preocupação é se ele vai ter eficácia, se ele vai funcionar na prática ou não e nesse sentido a forma com que foi feito pode torná-lo inócuo. Quanto à busca e apreensão, talvez uma forma intermediária, em que o Secretário de Direito



Econômico pudesse ter acesso direto ao Judiciário sem ter a burocracia adicional de passar pela Advocacia Geral da União, poderia substituir tanto a inspeção (que apresenta de fato uma série de problemas), quanto a outra busca de apreensão prevista, mais lenta e burocratizada com a etapa adicional de ter de passar pela AGU. Assim, necessitando realizar uma busca e apreensão, a SDE poderia solicitar a autorização diretamente ao Judiciário, agilizando o processo, de forma eficiente do ponto de vista da busca de indícios de infração, e respeitando evidentemente todas as garantias constitucionais.

Essa introdução foi talvez algo longa, mas, na verdade, o ponto que eu queria ressaltar, e que eu considero mais problemático dessas medidas, é a questão institucional. O que o governo está fazendo com isso é claramente alocando, ou melhor, realocando, redistribuindo o poder na área de concorrência para a esfera da administração direta, em detrimento da esfera da administração direta. para a esfera política em lugar da esfera técnica com todas as conseqüências que tal movimento pode acarretar.

É óbvio que há uma certa esquizofrenia na situação atual, em que o governo anuncia que será criada uma agência e que uma comissão vai discutir um redesenho de todo o setor, ao mesmo tempo em que aloca e cria novos poderes para órgãos, que não se sabe se vão continuar existindo ou não em breve. De toda forma, na situação como ela está agora, o que o governo está claramente fazendo é: dotando de mais poder a administração direta em detrimento da indireta, com conseqüências conhecidas de todos, de alocar esse poder na mão de órgãos políticos que sofrem ou são muito mais vulneráveis, pelo menos em teoria, a pressões as mais variadas.

No caso da SDE, trata-se de um órgão unipessoal, em que, ao fim e ao cabo, uma pessoa toma as decisões. Tal circunstância com constitui uma exceção nos órgãos de concorrência no mundo. Eu me recordo, por exemplo, da Venezuela, onde

o superintendente toma as decisões de concorrência individualmente. Outros modelos têm órgão de estrutura piramidal com um indivíduo no topo, como o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, mas suas peculiaridades são muitas, e sua atuação, em caso de conflito, é perante o Judiciário.

Um exemplo que vem à cabeça da experiência internacional é o Canadá, que segue o modelo que talvez seja aquela para o qual nós estamos caminhando -e isso é longe de ser desejável. Na verdade, é curioso que o Canadá com todo o seu inegável progresso, tenha sido colocado no terceiro escalão entre os órgãos de concorrência dos diversos países pela Global Competition Review, abaixo inclusive do Brasil. Independentemente dessa classificação, decerto questionável como todas desse tipo, o que aconteceu no Canadá foi que começou a se concentrar o poder no Competition Bureau, órgão da administração direta, e o Competition Tribunal (o Tribunal da Concorrência), que é um órgão quase jurisdicional, tornou-se um órgão recursal e foi sendo esvaziado, chegando a um ponto em que o tribunal julga hoje menos de dez casos por ano, enquanto a maioria das decisões antitruste são tomadas junto à administração direta, com muito menos transparência.

Na realidade, cria-se uma situação curiosa que o risco da divulgação indiscriminada de informações com prejuízos incalculáveis para os administrados, dado o menor rigor no controle dos dados, convive, ao mesmo tempo com o risco de negociações no âmbito da administração direta ocorrerem de forma muito menos transparente. São de fato muitos os efeitos negativos derivados da opção de concentrar o poder decisório na administração direta, além do problema da instabilidade, da troca de secretários, da falta de continuidade com mudanças mesmo de Ministros e a própria vulnerabilidade à pressão política de servidores demissíveis ad nutum. Para mim, o ponto mais preocupante nas mudanças propostas pelo governo é a clara opção por fortalecer a administração direta, em detrimento

da administração indireta, na aplicação da legislação antitruste no país.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Olha, eu acho que essa observação ela é extremamente importante, porque nós temos realmente um grande defensor de transformar o CADE na rainha da Inglaterra. O termo que se usa é deixar o CADE como um tribunal, e ainda se fala em tribunal recursal, quer dizer alguma coisa assim e tudo se resolver realmente na esfera da administração direta. Eu acho que esse é um ponto pelo qual o IBRAC, não só o IBRAC, a sociedade ela tem que se posicionar, porque de uma mesma forma como nós vimos com muito bom grado, quer dizer a abertura do mercado, o fortalecimento do CADE como agência, não podemos realmente correr o risco de dar um tremendo de um passo atrás nesse sentido. Esse risco realmente existe, parece que se caminha para isso e nós vamos nos posicionar para interferir nesse processo de alguma forma. Dr. Marcus Vinícius.

**Dr. Marcus Vinícius:** gostaria de ressaltar dois pontos, a partir da colocação do Lauro Selidônio.

É evidente que esta Medida Provisória ela foi pré-anunciada há um ano atrás praticamente no nosso encontro em Campos do Jordão, onde algumas autoridades já estavam nos dando algumas dicas daquilo que se planejava fazer. Então, nós não podemos ser ingênuos e achar que isso aqui aconteceu só porque a conjuntura atual ela desencadeou esse processo, embora dois fatos relevantes tenham contribuído para ela: um, é o que está acontecendo na área do Ministério da Saúde. Depois de 29 medidas provisórias, hoje não há nenhuma vírgula idêntica a Lei que foi aprovada no Congresso, a Lei 9.656. O grau de intervenção que o governo...

**Dr. Pedro Dutra:** Que Lei é essa?

**Dr. Marcus Vinícius:** A Lei que regula os planos de seguro saúde que o Ministério da Saúde vem fazendo é de um grau de intervencionismo preocupante. Somou-se a esse fato a CPI dos medicamentos. É inegável que os medicamentos tem colaborado bastante com a ampliação da legislação de concorrência, com o Itamar Franco inicialmente e agora com essa CPI. Também não dá para a gente negar que os preços dos medicamentos estão aí e é inegável verificar que há um clamor popular para algum tipo de regulação específica, mas são dois fatos concretos que aconteceram, e estas idéias que já estavam no bojo de algumas cabeças do governo realmente elas vieram nos surpreender. Então, eu volto na colocação do doutor Lauro para dizer o seguinte, é a minha opinião e como sugestão: o IBRAC tem que se posicionar junto ao Congresso Nacional realmente contra essa Medida Provisória nos termos no qual ela foi colocada, embora alguns pontos possam ser aproveitáveis, mas não dessa forma. Eu não sei quem é o relator que foi nomeado para essa Medida Provisória, mas nós podemos descobrir quem é o relator e apresentar formalmente algumas propostas do IBRAC em relação a esse ponto. Eu destacaria e aí a preocupação maior ao fato de os acordos de leniência não estarem submetidos ao CADE. Quer dizer, esse é um ponto crucial porque aí é o dedo do gato que vai efetivamente usar politicamente esses acordos.

É claro e terminando presidente, que nós precisamos nos posicionar politicamente. Não dá para mudar ministro, mudar a política. Infelizmente os conselheiros que estão aqui nós sabemos, eles fizeram um bom trabalho embora nós possamos avançar muito mais como o doutor Pedro Paulo comentou. Acho que o IBRAC poderia se manifestar em relação a algumas propostas concretas de mudança da legislação, até no âmbito dessa comissão de experts que está reunida para discutir o formato da legislação de concorrência no Brasil. Então, atuar junto a essa Comissão, ao Ministro da Justiça, ao presidente da República e

atuar junto ao Congresso Nacional especialmente junto ao relator dessa Medida Provisória. Do ponto de vista concreto a gente pode minimizar este mal que está acontecendo e nós temos que nos manifestar e eu reiteraria o apelo para que nós víssemos com cuidado o que está acontecendo na área do Ministério da Saúde. Obrigado.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Muito obrigado doutor Marcos. Dr. Ubirajara.

**Dr. Pedro Dutra:** O Simpósio de Campos do Jordão já tem as suas contribuições degravadas e publicadas na revista do IBRAC. É uma leitura muito interessante; o doutor Marcus Vinícius tem toda razão.

**Dr. Ubirajara Marques:** Boa tarde à todos! Meu nome é Ubirajara Marques de Vicente Nogueira Advogados e gostaria só de dizer o seguinte: eu, infelizmente não pude ficar surpreso com a edição dessa Medida Provisória, já que desde janeiro, reforçando já o que o Marcos disse, desde janeiro a Medida Provisória que vem sendo constantemente reeditada e em relação a criação da agência nacional de vigilância sanitária, acresceu uma competência a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a competência é para monitorar a evolução dos preços dos medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde podendo para tanto - e aí vem a inspeção - proceder ao exame de estoques, papéis, escritos de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem as atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos nesse sentido, mantendo o sigilo legal quando for o caso. Então, desde janeiro que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tem essa competência, vem a vem utilizando. Agora em julho foi editada a resolução 68 que é o regulamento para apuração de indícios a ordem econômica e cobrança da penalidade pecuniária como medida preventiva

prevista na Lei 9.782 que é de criação da agência alterada pela Medida Provisória n.º 2000-17 e sucessivas reedições. E lá consta o seguinte, depois de requisitadas as informações: se os motivos da conduta não forem juridicamente convincentes, presentes indícios ou fundado o receio de que o responsável direta ou indiretamente cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo, como medida preventiva a lavratura imediata de auto de infração e cominação de multa diária de 5000 Ufirs, podendo ser aumentada em até 20 vezes nas condições da presente norma. Então, isto tudo já vem desde janeiro em relação a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Eu gostaria só de levar ao IBRAC que seria interessante, porque eu também vi em relação a MP, também objeto da discussão de hoje. ...seria interessante fazer um levantamento em relação as agências, para poder verificar nas competências delas se também já consta esse tipo de coisa, porque nós já estamos sofrendo com isso desde janeiro. (...)

**Dr. Pedro Dutra:** a sua contribuição é muito valiosa. Depois, vou pedir ao colega que detalhe isso. O que nós procuramos foi determinar a fonte original. Isso tudo é uma perversão da medida prevista existente no processo fiscal.

Agora, é interessante o seguinte: na agência nacional de planos de saúde, o ministro da saúde fez editar uma medida provisória assimilando as infrações dessa Lei em infrações às da Lei de defesa do consumidor; é o mesmo padrão que se está, ao meu ver, caminhando quando se fala em Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência. É o reducionismo, que acima referi, e que têm como elemento sedutor a inversão do ônus da prova, aliás já publicamente defendida. Nesse contexto, poder-se-á extrair a decisão do processo administrativo a partir da inspeção; com os documentos copiados, poder-se-á dizer ao administrado: prove que não cometeu a infração. Se não se chegar a esse ponto, contudo, poder-se-á dizer que, com a inspeção, com

os documentos copiados, a prova está feita, não há porque perder-se tempo com a fase de instrução, que a medida provisória permite ser dispensada pelo titular da SDE. Essa sua observação é extremamente valiosa e mostra uma das possíveis fontes dessa medida provisória.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Nós temos um colega lá atrás, mais o Rodrigo e depois estaremos encerrando com uma proposta que nós queremos submeter aos senhores e as senhoras. Pois não!

**Dr. Leonardo Turra:** Boa tarde à todos! Meu nome é Leonardo Turra, eu sou advogado e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, de Belo Horizonte.

Eu queria antes fazer coro aos que me antecederam. Eu acho que a inspeção prevista na Medida Provisória é ineficaz ao atingimento das finalidades a que se propõe, porque, me perdoem os que pensam de forma diferenciada, quem quer procurar cartel não pode avisar com 24 horas de antecedência. A Lei é completamente ineficaz para sofisticar ou melhorar qualquer mecanismo de fiscalização, e ela trás uma situação absolutamente preocupante: imaginem os colegas quanto valem segredos industriais ou informações de determinada empresa nas mãos de um burocrata menos escrupuloso! Então, não se trata sequer de uma sofisticação dos meios de investigação porque o meio é absolutamente imprestável a finalidade a que ele se destina, ninguém vai descobrir cartel avisando com antecedência.

Eu acho muito salutar a iniciativa de tentar levar ao conhecimento do Congresso Nacional essas questões no sentido de eventualmente conseguir um aprimoramento da Medida Provisória quando da sua conversão, mas pessoalmente sou um pouco céptico, um pouco pessimista na condução desse processo legislativo porque infelizmente o Congresso tem sido muito subserviente às iniciativas do Executivo. Eu queria sugerir ao IBRAC um outro caminho, secundário evidentemente, quando esgotada a possibilidade de reformulação, que seria de encaminhar essas

considerações ao Conselho Federal da OAB para estudar inclusive uma proposta de ADIN. Em nossa modesta compreensão, a Medida Provisória está ofendendo ao devido processo legal ou a ampla defesa e contraditório e, como disse o colega, acho também que matéria processual e, mais ainda, processo administrativo não reveste, não preenche os requisitos de urgência e necessidade que devem marcar toda a Medida Provisória. São essas as considerações, muito obrigado.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Dr. Rodrigo.

**Dr. Rodrigo:** O fato que se assiste aqui e objeto de minha preocupação é que esse entendimento de que tudo é direito do consumidor e que o direito do consumidor se sobrepõe a todos os demais ramos do direitos e ordens, incluindo o direito da concorrência, suscita-me uma dúvida inquietante: como é que nós conviveremos com a inversão do ônus da prova, a prevalecer a presunção de culpabilidade, como o Dr. Belliboni bem mencionou, cabendo ao suposto infrator o ônus de uma prova negativa de que não infringiu a lei ?.

**Dr. Pedro Dutra:** aos defensores desse fundamentalismo deve ser dirigida essa questão.

**Dr. Ubiratan Mattos:** Nós estaremos terminando, eu vou passar a palavra ao Dr. José Augusto Regazinni, mas com digamos uma visão pragmática que é a seguinte: a própria Medida Provisória detonou o processo ou deu início ao processo de revisão dessa legislação, acho que isso hoje se torna mais ou menos reversível, e nós temos que trabalhar não para exatamente para combater, ou para tão somente criticar mas para de alguma forma interferir e contribuir para que seja, saia alguma coisa no mínimo assimilável. Quer dizer, é nesse espírito que nós vamos estar trabalhando e fazendo a proposta.



**Dr. José Augusto Regazzini:** É, eu acho que a idéia é exatamente essa. Eu particularmente não me lembro de ter visto, o Marcus Vinícius me desculpe, Medida Provisória que não deu certo, que foi radicalmente alterada. Nós temos que conviver com essas Medidas Provisórias, elas estão aí. Eu acho que é muito saudável até que o IBRAC discuta também uma possível alteração, mas a minha proposta seria de concentrar os esforços para trabalhar junto a comissão que vai fazer alteração da Lei 8.884, e que pode inclusive tentar neste momento corrigir eventuais problemas que nós detectamos na Medida Provisória. Eu acho que a Medida Provisória já está aí e vai ser muito pouco prático e viável tentar fazer uma alteração, embora ache louvável que se faça esse esforço. Acho que o ataque tem que ser nessa comissão, o IBRAC tem que se manifestar. A proposta de hoje seria de se formar uma Comissão. Essa idéia é as vezes difícil de ser assimilada. A Comissão deve ser ágil com pessoas que queiram trabalhar rapidamente. Não se esqueçam que o decreto diz que: existe um prazo de 60 dias para concluir os trabalhos de sugestão da alteração da Lei 8.884, provavelmente no dia 11 de outubro nós vamos acordar e ler no jornal o texto novo de 8.884 completamente alterado, completamente modificado e sem que a sociedade tenha participado. O IBRAC é sim o veículo para isso, não existe outro veículo que tenha em seus quadros advogados e economistas. Nós estamos aqui, em última análise, representando os nossos clientes, os interesses dos clientes, o IBRAC é o órgão para fazer isso, temos que agir rapidamente. Acho que tem que formação dessa comissão deve se dar em prazo muito curto. Quando ocorrerem as alterações na 8.884 vai ser mais difícil fazer um Workshop ou Seminário para discutir as bobagens que vão sair do que tentar interferir agora e tentar fazer ver que o governo precisa de um processo transparente. Lembro-me do Dr. Gesner fazendo todas as discussões de resoluções do CADE, colocando em página de Internet, abrindo acesso para que isso fosse discutido pela comunidade. O CADE que está aí hoje, a SDE e a SEAE tem a obrigação de permitir que nós possamos participar sim, eu acho que é um

direito nosso que tem que ser exercido. Não é possível acordar dia 11 de outubro com uma Lei 8.884 completamente alterada.

**Dr. Ubiratan Mattos:** De fato eles foram convidados, a comissão está reunida no Palácio do Planalto discutindo essa proposta. Mas, nós vamos fazer o seguinte: a diretoria do IBRAC vai se reunir extraordinariamente e formar a comissão, e vários dos senhores serão gentilmente convidados a participar da comissão para trabalhar. Nós vamos formar uma comissão pequena para dar agilidade e eu solicitaria aos senhores e as senhores que encaminhassem por e-mail ao IBRAC comentários e sugestões e, depois nós faremos circular pelas nossas publicações, pelo clipping enfim por e-mail qual a linha que está sendo seguida pela comissão ou o que quê a comissão sugere e aí é uma questão apenas de fazer o trabalho político.

Eu quero agradecer imensamente a presença dos senhores e das senhoras, acho que saímos daqui com algumas idéias, talvez um pouco mais confusos do que quando entramos, mas valeu a pena. Muito obrigado a todos. Tem um café ao lado. O José Carlos está me chamando a atenção, tem um café ao lado.