

III PAINEL - MODERADOR DR. LAÉRCIO FARINA

DR. LAÉRCIO FARINA

Nesse nosso terceiro bloco, a primeira apresentação a cargo de Monsieur Jacques Bourgeois. Monsieur Bourgeois é Doutor em Direito pela Universidade de Ghent na Bélgica, formado em Economia pela Universidade de Lorraine e direito comparado pela Michigan Law School. Após 25 anos como membro da Comissão Européia, onde tratou da proteção comercial, seu último trabalho foi o de Conselheiro Legal, a respeito de política da concorrência naquele órgão. Atualmente encontra-se associado ao conhecido escritório de advocacia internacional **Baker-Mackenzie**. Monsieur Bourgeois é Professor de Direito no College of Europe de Brugge, uma instituição de pós-graduação, sendo membro da International Law Association. Monsieur Bourgeois também tem vários trabalhos publicados a respeito da Lei " , Comercial na Comunidade Européia e especialmente na legislação sobre concorrência naquele país. Passo a palavra então ao Monsieur Bourgeois.

PROFESSOR JACQUES H. J. BOURGEOIS

Mr. Chairman, ladies and gentlemen, let me first say that I am very honored to have been invited by IBRAC to share some of the experiences of the European Community in the field of Competition Law. I feel honored but at the same time very humble because I have to speak to you in a language which is not yours; I regret that very much. But if that may be some consolation to you, I am doing a step in your direction because English is not my mother tongue either.

So, ladies and gentlemen, IBRAC not only believes in competition, but IBRAC practices competition. Originally I was asked to address the topic of recent developments in European Community Competition Law. Then I looked at the program and I found out that there was another gentleman that was to deal with that issue as well. So IBRAC believes in competition. Then, what do you do when you have to compete? Well, you measure your chances. And that other gentleman, ladies and gentlemen, is Juan Riviere Martín and Juan Riviere Martín is a good old friend of mine, but he is in a dominant position! He is in a dominant position because he has direct access to all the relevant information. I consequently face considerable barriers to entry, so

what do you do in a situation like that? You face a very dominant competitor, you face barriers to entry. You try to find a niche market, so I discussed with the Chairman of IBRAC, and we finally agreed that I would deal with one particular topic and that one particular topic is simply the Impact of Globalization on the European Communities Competition Policy. I have prepared a paper, ladies and gentlemen, the paper has not yet been distributed, but it will be part of a brochure, I understand, with all the texts of the repertoires at this Conference. I am nonetheless going to refer to that paper in order to save time and I think we should approach the subject which is mine and which is a limited subject, we should approach it in two parts.

First, globalization and competition policy in general and then secondly, analyzing very briefly what has been the impact of globalization on the European Communities Competition Policy.

So impact of globalization in general. Ladies and gentlemen, I have learned in my, already unfortunately, long career, that many difficulties, many disputes may arise from the very fact that people are using words in a different sense. Consequently, I would like us to make clear what we are talking about when we speak about globalization. So I went, as any academic would do, I tried to find sources and I found a definition which has been used by the O.E.C.D. and it is, the definition is as follows: the evolving pattern of cross border, interfirm and intrafirm operations which involves all functional areas or firms' activities, including technology development, dispersion of different phases of design, production, sourcing and marketing. Well, ladies and gentlemen, I have two remarks on this definition: first the phenomenon of globalization such as it is defined is very far from being a world-wide phenomenon. It is in fact limited to a number of countries. Remember that 80% of world trade is carried out between 25% of O.E.C.D. countries and that 70% of all investments are made by the 5 largest industrial countries. So, when we speak about globalization, we should know that it does not cover whatever the word may sound, it does not cover the globe.

Secondly, globalization, ladies and gentlemen, is not the same thing as integration, integration of markets and I will mention one example: even within the European Community which has common institutions, a common trade policy *vis-à-vis* third countries, a series of common policies which has established an internal market, even within the European Community, nowadays you can still in certain areas or certain industries find separate geographical markets. So when we speak about globalization and the impact on competition policy, we have to look carefully what we are talking about and with reference to what we are talking. This phenomenon of having even within an integrated market separate geographical markets is - I've given a

good example in my paper, I am not going to repeat it - but the conclusion of the analysis made by the European Commission of that particular market was that in Spain and in Germany, two parties to a merger would be able to determine and accord their competitive behavior without significant competitive constraints from outside the German or from outside the Spanish market. On the basis of facts, ladies and gentlemen, that we have heard this afternoon, the same sort of facts that have been referred to as barriers to trade, simply within an integrated market. So, when we talk about globalization and we talk about the idea of well, you know in a global market there should not be any longer antitrust competition policies, we should look carefully at the factual situation. OK, that is the first remark that I wanted to make.

My second point in this respect is that even where globalization means an integrated market, countries do not give up their competition policies. Countries do not give up their competition policies and it is easy to see why if a given country would practice the unilateral disarmament without having the other countries practice the same unilateral disarmament in the field of competition policy, the practical result would be that in the country that has given up competition policy, the economy, the regulation of the economy, would be done by the neighboring country that is practicing competition policy. If you don't have a competition policy and you are in an integrated market, you will have in fact a competition policy but that will be the competition policy of another country. So, why should you give up your own competition policy?

I have a third point and that is one of my hobby-horses and I am sorry to deal with it. My third point is that the coexistence of competition policies of course is not always peaceful and when you will enforce vigorously your competition policy in Brazil you will have these problems and it will not be peaceful, because you will have clashes which in international law one usually refers to as extraterritoriality, but not only that, the coexistence of different competition policies in an integrated world market will very often lead to a situation where the country which has the strictest competition policy will prevail. Let me give two examples from the practice: some years ago, before the entry into force of the Merger Control Regulation, the European Commission cleared the acquisition of consolidated Goldfield by MINORCO, so MINORCO was very happy and then there was some judge in New York who issued an injunction and sometime after confirmed the injunction: finished! The acquisition by MINORCO of consolidated Goldfield was finished, could not go through, because of the injunction of the New York judge. Second example: the acquisition of DE HAVILLAND, which is one the major manufacturers of commuter airplanes, was approved by ALENIA

AEROESPAZIALE, was approved by the Canadian Bureau of Competition - the Canadian Bureau of Competition found that a very good thing - but then the European Commission stepped in and the European Commission prohibited the merger: practical result, the merger did not take place. So these are simply two examples to show that the coexistence of different competition policies will necessarily lead to a situation where the strictest policy will prevail: the practical recommendation that I try to draw from these is that it's high time that a country start making some efforts to coordinate their competition policies so as to avoid these clashes and some work has already started in O.E.C.D. framework, apart from bilateral agreements, and some people are expecting or at least hoping that coordination of competition policies will be on the agenda of the next multilateral trade negotiation. Whether that will succeed is not the matter.

So turning very quickly, ladies and gentlemen, to the second part: impact of globalization on E.C. Competition Policy. The paper which I drafted focuses on Merger Control. It focuses on Merger Control because it is probably an area which is easier to analyze from the point of view of impact of globalization. I am not going to give you the content of my paper, I analyze a series of cases, and I would here to make some general comments. The first remark that I would like to make is that when the European Community enacted in 1989 its Merger Control Regulation, it already took account of the globalization phenomenon because the conditions for application of the Merger Control Regulations are exceeding thresholds in terms of turnover. The thresholds are, I tried to translate it very quickly into U.S. Dollars, the combined aggregate worldwide turnover of the undertakings concerned in the merger must exceed 650 billion U.S. Dollars - that's one threshold. Then there is a second threshold which is, if my calculations in U.S. Dollars are correct, are 330 Million U.S. Dollars threshold of at least two of the parties concerned in the European Community. These are the only conditions of application, so that means that if two American companies merge and they happen to have a turnover of 330 Million equity each in the European Community, they are subject to the European Community Merger Control Regulation.

If I have read your Act correctly, this is the same situation here. Whether a company is established in Brazil or not, doesn't really matter. It is whether that company has a turnover in Brazil. So that was my first remark.

My second remark is that since the entry into force of that Merger Control Regulation there have been roughly 250 mergers notified, as we say in Europe; filed as you would say in the U.S. Out of these 250 mergers, only 5 mergers have been prohibited, so then you start wondering: "How come that only 5 mergers have been prohibited? Strange..." Well, I have tried to find an

explanation and in fact there are several explanations: the first explanation is the structure of the industry within the European Community. When you talk about a national industry in the United States, for instance, you talk about GM, because GM is present all over the United States. When you talk about the national industry in the European Community you talk about Peugeot which is the French national industry, you talk about Volkswagen, which is the German national industry. In fact studies made every year by the European Commission and published in the year/y report on Competition Policy analyzed the structure and the degree of concentration at the European Community level and there you can see that in fact the competitive structure is by the by, generally, very healthy in European Community - there are exceptions - but generally rather healthy. There is not a high, high degree of concentration - that is one explanation. But then there is probably a second explanation, I don't know you might perhaps remember that Professor of Comparative Literature at an American University. He made a very interesting remark in a book he published about three years ago. He said, "Well (he was speaking about novelists), in the U. S. only successful writers are important, in the United Kingdom no writer is important, in France every writer is important and in Australia people ask you 'what is a writer?'. So, ladies and gentlemen, transposing that to the area of Competition Policy and I will be contradicted tomorrow I am sure, but in the area of Competition Policy, one could say that in the U.S. only aggressive antitrust policy and only adversarial antitrust policy is important and I could say that maybe there are certain countries where people will ask you "What is Competition Policy?", but in the European Community I think it is probably, and I exaggerate again a little bit to make the point, but in the European Community I think you could say that what is important is effective competition policy establishing, maintaining workable competition. So consequently, there are a certain number of features in the system which is being applied for instance in the area of Merger Control, which explain this. First/y, that is important to note and I understand this idea has been abandoned in your new legislation, firstly there is always the possibility, before you file a merger, to have pre-notification contacts with the staff of the European Commission that is in charge of Merger Control, and you can go to this people in confidence, because they will really respect confidential information, and you can discuss the acquisition that your client is in the process of doing - at the details - and you can consequently already in advance know, with a reasonable degree of certainty, if you are going to have difficulties and if you are going to have difficulties, you go to your client and you say to your client: "Well, you know, if you do that acquisition and that acquisition has that, that and that particular

feature, you run the risk of a negative decision". And in fact this has, in a certain number of cases, pre-empted the field, if I may say so, for negative decisions, because the clients understand it and consequently they negotiate with the target of the acquisition or they negotiate with the other party in a joint venture certain changes, so that after notification there will be no difficulties. I think that is the first explanation.

The second explanation is probably to be found in the fact that, in a certain number of cases, a merger will lead to a dominant position and for simplicity sake in my paper I have said, if you have an important market share, of course dominant position is much more qualified than that. A dominant position and there is a second test which would significantly impede effective competition. In the theory, in the literature, there has been quite a bit of discussion to know whether this is a double test. The dominant position, by definition, significantly impedes effective competition, but the European Commission, after some hesitation, has really applied this as a double test: dominant position referring to the situation, here and now, after the merger and there you have market shares, etc., etc. And then there is to be a prognosis: "Will it significantly impede effective competition in the future?" and that involves then the existence of barriers to entry, etc., etc.

Well, if a merger is filed and in the course of the investigation it is found that no., that merger is going to create a dominant position which will significantly impede effective competition, then the European Commission, really, in most cases, encourages the parties to enter what in the United States would be called "a consent decree". This is most of the time the preferred solution. In the European Community it is called "undertakings" (which is a little bit annoying because undertaking has two senses, undertakings means enterprises and undertakings means also commitments, but it is OK) so that in a whole series of cases where normally the Commission would have had to conclude, this merger should be prohibited because it creates a dominant position and which will significantly impede effective competition, in a series of cases, the Commission could clear a merger, because the parties entered into certain commitments.

Which commitments? Well of course, since the whole process of notification and investigation is about the structure of competition, only commitments of a structural nature could be accepted - not commitments of a behavioral nature - a commitment of a structural nature which will ensure that the merger will in fact not lead to a dominant position which will significantly impede effective competition. So, the undertakings are all undertakings having to do with the structure, and in practice this means that parties will have to divest, to divest important parts of the operation and there are all series of examples and I've

mentioned a few of them in my paper and it makes sense not only because of what I said, the problem is structural, so if there are commitments they should be structural. But it also makes sense because if the commitments are not structural, if the commitments are behavioral -"Ah, the commitments are... OK! You will create a dominant position, yes it will affect, it will significantly impede effective competition, but you will behave correctly." What will that mean? That will mean reporting at regular intervals to the European Commission and asking the European Commission at every single case, to verify whether the prices are OK, turning the European Commission in some sort of regulator. The Commission does not want to do that, I understand it, and the Commission does not have resources to do that, very simply. So, ladies and gentlemen, I am afraid I have exceeded my time. Let me simply try to say very briefly what my tentative conclusions are of the paper, the analysis which I did in the paper:

First, findings of dominant position are based on or qualified by more factors than simply market share. Second, for the purposes of assessing whether a dominant position which is created by a merger or strengthened by a merger would significantly impede effective competition (...) (**...término do Lado A da fita**) Commission verifies whether there are significant barriers to entry, I hesitate to use the word barriers to entry after what we heard not so long ago, but OK, well, that is the terminology which is used by the European Commission, resulting from various technical, industrial, economic and financial factors and other market features. It also verifies and here I come back to the impact of globalization, it also verifies whether barriers to imports into the E.C. are likely to limit access of potential competitors from outside the E.C. in the E.C. market and here, of course, trade policy measures play a role, and also in cases where the relevant market is in economic terms, not in legal terms, in economic terms, in fact the relevant market, the market is the world and a merger has world-wide implications. The European Commission does not hesitate to step in, to limit the anticompetitive effects of that merger in the European Market. The latest example of this, I have not included it in my analysis because the decision is not available *yet*, is the merger of the platinum operations of **GENCOR** and **LONROE**, where the Commission said: "No, we refuse to clear it!", *inter alia* because the merged entity an **ANGLO-AMERICAN** would control 90% of the world platinum reserves and the European Community is highly dependent on platinum from the world market.

So, ladies and gentlemen I think I should stop here otherwise our chairman is going to cut off my microphone I would only say: Muito obrigado!

DR. LAÉRCIO FARINA

A próxima palestra será proferida pela Professora Elizabete Farina. A Professora Farina é Doutora em Economia, pela Universidade de São Paulo, é Professora do Departamento de Economia da Universidade de São Paulo, onde é responsável pelas áreas de Microeconomia e Organização Industrial. A Professora Farina é uma das economistas precursoras do estudo da Legislação Antitruste no Brasil, tendo iniciado a publicação de seus trabalhos já desde 1989 com o título "Política Antitruste no Brasil". A Professora Farina ainda é coordenadora do Programa de Estudos de Negócios do Sistema Agro-industrial da Fundação e Instituto de Administração da Universidade de São Paulo e no IBRAC exerce a função de Diretora de Economia. Com a palavra, a Professora Farina...

DRA. ELIZABETH FARINA:

"GLOBALIZAÇÃO E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA"

Eu tenho a missão quase impossível de falar alguma coisa a mais sobre o tema globalização, fusões, aquisições e concentração que, praticamente foi esgotado com uma apresentação muito bem humorada e de uma maneira muito agradável. Espero poder adicionar algumas questões que considero importantes do ponto de vista de como o debate está se colocando no Brasil.

Eu gostaria de levantar três pontos: primeiro, voltar ao conceito de globalização, porque, de fato, esta é uma palavra que está sendo usada muito indiscriminadamente - vou me dar a liberdade de usá-la de forma diferente do que foi definido anteriormente aqui - e tecer comentários sobre as causas desse processo de globalização; como segundo ponto, discutir as conseqüências que este processo traz para as estratégias empresariais e terceiro, as conseqüências para a política de defesa da concorrência. Basicamente, pretendo discutir dois pontos que, a meu ver, são dois mitos que estão se colocando paulatinamente no debate brasileiro; primeiro, o de que a globalização exige uma maior concentração nos mercados e segundo, que a globalização é suficiente para disciplinar a ação empresarial em mercados relevantes.

Vou usar o conceito globalização de uma maneira um pouco menos precisa, dizendo apenas que ela é um processo de intensificação das transações de mercadorias, de serviços e de informação: é um processo de intensificação desses fluxos, que reduz a importância das fronteiras nacionais. Se isso é

verdade ou mentira é uma outra história, mas acho que podemos tratar o processo de globalização dessa maneira, que nada mais é do que uma retomada do nosso antigo comércio internacional de mercadorias e serviços apenas intensificado por vários fatores que passo agora a colocar. Além dos fluxos de mercadorias que constitui o comércio clássico, também os fluxos de capitais que se materializam por meio do investimento direto e dos movimentos de capitais financeiros vem somar-se ao fluxo de informações.

O conceito de empresa global não é novo. Desde o final da década de 50 já se discutia o que era uma empresa global: a empresa global era aquela empresa que definia sua estratégia mundialmente. Nesse sentido era uma visão um pouco mais restrita do que nós hoje pouco rigorosamente estamos chamando de globalização e essa nossa nova globalização então decorre, a meu ver, de dois conjuntos de mudanças: uma rápida mudança tecnológica que reduziu brutalmente o custo de transportes de mercadorias, custos de armazenagem, desenvolveu toda a tecnologia de transporte de cadeia de frio. Reduzindo-se o custo de transporte facilita-se a transação de mercadorias. Hoje transportam-se produtos químicos que, no passado, jamais seriam imaginados passíveis de transportar. Portanto considerava-se um mercado nacionalmente definido, quando hoje é possível importar e o mercado relevante se amplia como decorrência dessa mudança tecnológica. A outra mudança tecnológica tem a ver com a informação: a transmissão de dados, de voz, de imagem - a chamada telemática - e também, por que não, as viagens internacionais - que se tornaram muito mais baratas - e que permitem aos consumidores de vários países terem contato com produtos de outros lugares e ter uma melhor avaliação daquilo que lhes é disponível nos seus espaços nacionais. Isso é que leva o consumidor a ficar pouco a pouco mais exigente. Essas mudanças tecnológicas, a meu ver, por si só não garantiriam a eliminação ou o enfraquecimento das barreiras nacionais a transações de mercadorias, serviços e capitais; precisou haver um segundo conjunto de mudanças para que isso realmente se viabilizasse, que são as mudanças institucionais; basicamente a abertura comercial e a desregulamentação das economias. Quer dizer, de nada adianta ter-se condições técnicas de trazer um produto químico da Comunidade Européia para o Brasil se eu não permito, se existe uma lei que estabelece: "*Não pode!*". É preciso mudar as regras do jogo, as instituições, para que essas mudanças tecnológicas realmente se concretizem num processo que eu considero a consequência primordial da globalização, que é a intensificação da concorrência.

Essa consequência acaba nos levando a ter que redefinir o mercado relevante nos casos em que a globalização de fato se efetiva. E isso não vale nem para todos os setores, nem para todos os produtos, nem para todas as regiões. Dois

tipos de critérios na questão do mercado relevante se redefinem: primeiro, o conjunto de produtos (que é uma das dimensões do mercado relevante). Aumenta-se o número de substitutos próximos ao produto comercializado no espaço nacional; simplesmente (você tem o substituto importado, um maior número de produtos substitutos, portanto, do ponto de vista da dimensão produto, o mercado relevante se amplia. Traduzindo para o jargão econômico colocado anteriormente: a elasticidade da demanda aumenta, ou seja, a sua sensibilidade em relação a preços aumenta. A segunda dimensão do mercado relevante que se modifica é a fonte de oferta, sobre a qual o Professor Mário Possas já estava chamando atenção anteriormente: "Olha, eu não posso só olhar o lado da demanda, eu tenho que olhar também o lado da oferta". Geograficamente, o mercado relevante se amplia nos casos em que, de fato, a globalização se efetiva.

Quais são então as conseqüências desse processo, no sentido de definição das estratégias empresariais? O resultado é simples: pressão competitiva. E a pressão competitiva vem de dois lados; o primeiro lado é a competição de produtos. Produtos importados ou produtos que vão ser produzidos por empresas que vão fazer investimento direto nos espaços nacionais, nas regiões que integram os mercados comuns. Para competir com esse produto é preciso garantir eficiência tanto produtiva quanto organizacional: é preciso oferecer um produto de qualidade comparável, de preço comparável e isso exige um esforço no sentido de produzir a um custo compatível com o do meu novo concorrente, seja ele um ofertante via importação, seja ele um novo investidor direto que, de fato, produziu uma entrada no mercado (no sentido de ter aumentado a capacidade produtiva). O outro tipo de pressão competitiva que se cria é a pressão competitiva pela compra das próprias empresas, isto é, você pode ser ineficiente e alguém enxergar que a sua empresa bem administrada seria um tremendo negócio. Isso significa que para você o negócio vai mal, mas se outra pessoa administrá-lo eventualmente ele pode ir bem. Como? Reestruturando as atividades dessa empresa e lhe aplicando novas estratégias gerenciais. Cria-se, portanto, uma outra pressão que não se limita ao mercado de produto, mas que vem do mercado de capitais: as aquisições hostis, as ofertas irrecusáveis. As compras e vendas de corporações acabam como que disciplinando pelo outro lado a busca de eficiência que é, na verdade, o que a pressão competitiva engendra e que, aliás, é no que acreditamos, senão não estaríamos aqui. Conseqüência disso: o que a globalização provoca, em geral, é um processo de reestruturação. Essa reestruturação tem várias nuances, isto é, se eu tenho que ser competitivo em tudo que faço, significa que eventualmente não posso operar em muitas áreas produtivas ou comerciais que não guardam qualquer relação entre si; faço-me

mais clara: alguns autores, como **Alfred Chandler**, analisaram o que aconteceu na economia norte-americana na década de 70 a 80 (o que hoje estamos assistindo no Brasil): houve um processo de compra e venda de empresas que faziam parte de grandes conglomerados nos quais, as empresas não mantinham qualquer sinergia operacional. Essas empresas passaram a se desconglomerar e fazer o que vou chamar de uma diversificação especializada, isto é, voltar ao seu *core business*, voltar ao seu negócio principal, de maneira a não perder a eficiência naquilo que sabiam fazer. Isso é um ponto importante para pensarmos porque leva a dois movimentos diferentes: leva a fusões mas leva, também, a desmembramentos e alienações. É curioso, quando olhamos dados da indústria de alimentos norte-americana nesse período de 70 a 80, alguns trabalhos mostram claramente o processo de compra, fusões, aquisições, porém também, de alienações e desmembramentos, algo que às vezes esquecemos de olhar. Muitas vezes uma empresa está comprando outra mas está vendendo uma terceira parte, não para atender a uma exigência do CADE, mas principalmente para ganhar foco no seu negócio e não perder a eficiência. Essa reestruturação é algo que está acontecendo hoje no Brasil. Nesse programa de estudos que o Doutor Laércio citou (Programa de Estudos dos negócios agro-industriais, que é um setor que sofreu muito fortemente a globalização na economia brasileira), percebemos que o setor agroindustrial está em tremenda reestruturação e exemplos são fartos de grandes corporações que venderam partes importantes do seu negócio para comprar outras empresas. Assim, o tamanho geral delas talvez nem se altere, porque ao mesmo tempo que estão comprando, estão vendendo. Então, esse processo de reestruturação leva a uma orientação no sentido de atividades mais sinérgicas, que tenham relações operacionais orientadas para o foco do negócio. Bem, a consequência pode ser uma maior concentração dos mercados? Podemos ter várias respostas. Não necessariamente é preciso ter uma maior concentração nos mercados particulares. Para competir, se for necessário crescer para desfrutar de escala e escopo de operação e/ou comercialização, posso fazê-lo de duas formas: posso comprar alguém ou posso fazer um investimento na minha própria empresa, posso crescer com um movimento interno. Este crescimento interno não levaria nenhuma agência antitruste a achar ruim, na minha opinião; quer dizer, o investimento na própria empresa visando ganhar escala, escopo e tornar-se mais eficiente é bastante salutar. A consequência deste processo pode ser maior concentração, porque se o motivo do investimento e do crescimento é ganho de eficiência, significa que quem não investiu e não cresceu vai cair fora, porque vou me tornar mais eficiente e não vou praticar um preço predatório, mas posso entregar um produto a preço melhor e de melhor qualidade. Assim, isso vai

levar a um processo de concentração (embora não seja uma compra, uma fusão). Muitas vezes o efeito da concorrência via eficiência é a concentração. Portanto,... **não é trivial a frase de que "Uma defesa da concorrência é da concorrência e não do concorrente"** porque a concorrência pode levar à morte de muitos concorrentes e tomara que leve mesmo, porque sabemos quantos concorrentes ineficientes temos hoje como resultado de um processo de fechamento da nossa economia durante muito tempo; há mercados que certamente levarão a um processo de concentração extremamente salutar. Vou dar um exemplo aqui: acho que na área de moinhos de trigo ou de torrefadoras de café, que são as áreas que eu conheço muito bem, há uma pulverização de empresas enorme, muitas empresas ineficientes e a concorrência vai matá-las, não tenho o menor medo de dizer isso. E nós vamos ficar mais eficientes, só isso, nada mais do que isso.

Onde vai haver mais concentração? Onde a questão da escala e escopo forem realmente relevantes. Alguém falou da indústria química aqui. Estive recentemente num seminário na USP onde esse assunto foi colocado claramente. Hoje, qual é a grande variável competitiva da indústria química? A inovação e o investimento em pesquisa básica. Segundo esse seminário, que foi apresentado publicamente na USP, hoje é preciso um faturamento de 1 bilhão anual de dólares para poder bancar a continuação das pesquisas nessa área, ou seja, nesse caso a escala em que se opera - e aí não estou falando em escala brasileira, porque obviamente que a pesquisa básica não vai ser feita só para o Brasil, isso é uma ilusão da década de 70, acho que já nos desiludimos a respeito disso - mas a pesquisa feita em nível mundial, em escala global e vai levar a um processo de concentração, mesmo. Mas em outros setores esse processo de concentração nem sempre é explicado por variáveis de exigência do ponto de vista da natureza do negócio; existem setores que eventualmente concentrar-se-ão porque a regra competitiva é o marketing, é a propaganda muito forte. São, por exemplo, produtos de prateleira de supermercado. Quem tem uma escala e escopo de operação tem uma tremenda vantagem porque patrocina o Jornal Nacional e distribui isso por 400 produtos. Como é que pode um concorrente que negocia produto com marca disputar, pagar alguns segundos do Jornal Nacional sem ter escala e escopo? Então, não é a pesquisa, mas é outra natureza de problema que leva a empresa a crescer e esse mercado a se concentrar. Quando expomos uma economia à globalização, isto é, quando promovemos as mudanças institucionais que levam à abertura e que levam à exposição de uma indústria como a brasileira à concorrência internacional e à atração de investimentos diretos, acho que o grande desafio de uma defesa antitruste é conciliar o estímulo à concorrência, de um lado, e manter regras de justiça para que seja uma concorrência realmente razoável,

em que os termos do negócio sejam equitativos e sabemos que, até por ser recente esse processo de abertura, por ser recente essa cultura - não da defesa da lei da concorrência, mas da cultura da concorrência em si - isso ainda não é muito claro.

Eu diria o seguinte: nada há a se preocupar com grandes empresas, desde que estejam competindo entre si. Acho que o processo de concentração em vários setores - não em todos, mas em muitos - é algo que resulta da própria concorrência e da busca de eficiência. Nada há a se preocupar com o tamanho em termos absolutos, mas muito a se preocupar com dois tipos de barreira: a barreira à entrada e a barreira à mobilidade. E aí há uma barreira interna: a mobilidade a que estou me referindo é uma barreira de mobilidade entre grupos estratégicos; quando falo, por exemplo, de um grupo de produtos que estão na gôndola do supermercado, posso ter na mesma indústria um segmento que é de não-marca e que tem outras regras de competição. Como é que passo de um segmento para outro? Existem barreiras a essa mobilidade; quanto mais barreiras a essa mobilidade, menor a facilidade que tenho de contestar uma ação - por exemplo, um preço de 10% acima do custo, ou uma ação coordenada de poucos participantes naquele mercado, isto é, não vejo o processo de concentração como um desastre, um resultado desastroso ou negativo e não vejo a globalização como levando a um processo de concentração inequívoco para todo e qualquer setor.

Para concluir, e retornar a questão da globalização como sendo um processo que torna dispensáveis as políticas de defesa da concorrência,... como já foi comentado aqui, eu gostaria de trazer o argumento de **Posner** (que é bem conhecido por vários de vocês) e que tem um trabalho clássico, onde afirma o seguinte: se existe alguma importação no país, existe a possibilidade de que essa importação seja expandida, caso haja excesso de capacidade no mercado internacional, isto é, havendo um pouquinho só de importação, qualquer elevação pequena de preço - portanto um exercício de poder de monopólio ou poder de mercado - vai levar a um aumento das importações. Isso tem uma consequência para a definição de mercado relevante que ele propõe, no que é acompanhado por Lange. E ele diz o seguinte: "Vou considerar como mercado relevante toda produção doméstica, mais toda a capacidade instalada no mercado que está abastecendo a economia norte-americana". Essa é a definição de mercado relevante. Só tem um problema; isso vale para produtos *commodities*, sem nenhuma diferenciação, que chegam ao mercado nacional, e vão vendendo porque ninguém sabe de onde vêm, e também não interessa... Isso pode ser até uma coisa bastante razoável, mas quando você tem barreiras de diferenciação, reputação de empresas construída durante muito tempo, isso não necessariamente precisa ser verdade. Quer dizer, uma pequena

importação para um nicho de mercado vai bem, mas o fato de eu subir o preço' não quer dizer que vou inundar a economia brasileira ou a economia norte-americana com o resto das importações fazendo uso do excesso de capacidade. Existem enormes barreiras no processo de distribuição; chegar no porto é uma coisa, chegar no consumidor é outra. Nos trabalhos desenvolvidos pelo SINDUSCOM algumas coisas desse tipo aparecem muito claramente, onde as redes de distribuição são muito importantes para se captar o seu cliente, verificam-se fortes barreiras à expansão das importações, ainda que o produto esteja disponível.

Resta ainda, a questão dos segmentos de mercado e das próprias barreiras de mobilidade, desta vez dentro da economia doméstica. Além desses problemas que o próprio **Posner** aponta, três norte-americanos fizeram um teste empírico num período em que variou muito a taxa de câmbio norte-americana e que podia servir como um approach do que aconteceria se os preços nos Estados Unidos subissem. Descobriram uma sensibilidade muito menor do que a esperada em relação à subida de preço e à entrada de importações, o que seria um approach para medir as consequências do exercício de poder de mercado - usando-se a variação cambial. Perceberam que esse movimento de importações disciplina sim, mas não é todo-poderoso e, portanto, a definição do mercado relevante que inclui toda a capacidade pré-existente nos países exportadores é um pouco exagerada.

Para concluir, não exceder meu tempo e dar oportunidade para cortarem minha palavra, ou desligarem meu microfone, vou terminar exatamente como eu comecei: afirmo que globalização é uma palavra que está *sendo* usada para justificar toda ordem de ações, para pedir desde redução de alíquotas de impostos até justificar a compra do concorrente, qualquer prática hoje é justificada pela frase "...mas é a globalização, não posso ficar fora, é a regra do jogo gera!". Mas quanto o Brasil está de fato globalizado? Penso que existe um exagero no uso e na força do que de fato a globalização na economia brasileira hoje promove; a globalização não provoca necessariamente um processo de concentração, embora de fato aumente o processo de competição, intensifique a competição e, segundo, não elimina de maneira alguma a necessidade de uma política de concorrência doméstica para disciplinar mercados concentrados, primeiro porque temos vários produtos que, ainda que estejam expostos ao comércio internacional, enfrentam várias barreiras até chegar ao consumidor ou cliente. Em outros, especialmente os não comercializáveis entre países, o investimento direto exige tempo e a disciplina competitiva não é imediata. Portanto, acho que o espaço da política de defesa da concorrência está garantido com ou sem globalização agregando

meus comentários aos que já foram aqui desenvolvidos pelo Dr. Gesner Oliveira. Obrigada.

LAÉRCIO FARINA

Agradeço a Dra. Elizabete a gentileza de não ter excedido muito e tempo, o que poupou para mim a apavorante tarefa de cortar-lhe a palavra. Passo a palavra *então* para próximo palestrante, Dr. Pedro Dutra.

DR. PEDRO DUTRA:

"DEFESA DA CONCORRÊNCIA E GLOBALIZAÇÃO)

O Professor Bourgeois disse que a globalização não é um fenômeno absoluto, na medida em que não alcança a todos os países. Concordo inteiramente, estendendo a observação ao que concerne ao direito da concorrência. Vou tentar expor como nós podemos considerar a globalização, seja ela o que for, na aplicação da Lei brasileira.

Divido minha palestra em quatro pontos, sendo que o primeiro é o aspecto da globalização - um deles, pois há vários. O segundo é a experiência brasileira no plano do direito da concorrência. O terceiro, os efeitos da globalização. O quarto, a aplicação da Lei brasileira de defesa da concorrência e a globalização, tentando achar do processo de globalização - *processo de globalização*, porque globalização em si não é nada - exemplos que possam ser verificados e contrapostos à Lei brasileira específica, buscando saber se essa Lei está apta a considerar o fenômeno.

É como fenômeno que entendo que a globalização deva ser vista. Um fenômeno que tem por núcleo a velocidade. Podemos perceber, medir a velocidade do processo de globalização por um dado impressionante: o custo de um circuito telefônico em 1960 era de aproximadamente 50 dólares; vinte e quatro anos depois é de 5 dólares. Alguns economistas chegam a dizer que isso equivaleria, nesse espaço de tempo, a um Rolls Royce ter vindo a custar um dólar.

A queda espetacular do preço desse circuito telefônico mostra o que é o processo de globalização. No meu entender, é um processo que tem por efeito maior trazer, juxtapondo-as, realidades e valores de diferentes sociedades. Não de todas, mas daquelas que foram colhidas pelo processo.

A globalização, ao justapor realidades distintas, determina-as na mesma ordem, no mesmo plano. Não integra todas essas realidades, mas ao expô-las num mesmo plano faz com que as experiências e 'os valores de cada uma dessas sociedades se projetem, em uma hipotética tela comum, e sejam muito mais visíveis, por serem transmissíveis - audiovisualmente, inclusive - a todos os demais participantes desse processo. Assim, o que sobra, no nosso caso, da globalização?

Hoje conhecemos diversas experiências e distintos valores. Como a nova ordem econômica - não só econômica, mas jurídica e social, universal (universal, aí, não totalmente abrangente, mas daqueles países colhidos pelo fenômeno da globalização) - como essa nova ordem se apresenta, como nela se alinham as sociedades que se inscrevem no processo de globalização?

A meu ver, só podem se alinhar por uma única forma: como bem disse o Professor Gesner em seu discurso de posse, conjugando, a um só tempo, os valores locais com os valores externos, numa comunhão em que o passado se casa ao novo.

A globalização não é uma palavra mágica. Não é capaz de, por si só, operar novidades. Os mais apressados dizem que ela serve a tudo, inclusive chegando a dizer que não precisa haver mais direito de concorrência porque há a globalização. Isso significa uma renúncia a toda experiência nacional, aos valores da concorrência, aos valores que a experiência da concorrência projetou na cultura brasileira. E quais são esses valores, quais são os pontos a animar essa experiência brasileira da concorrência?

Eu poderia dividi-los em dois campos: a boa e a má experiência. A boa experiência é a nossa tradição legal, que data não da primeira Lei, mas da que criou o CADE. É ela, a meu ver, a Lei mais bem feita até hoje; a Lei nº 4.137/62 era absolutamente moderna quando foi editada, aprovada, e contou (é bom que se lembre) com a participação dos mais notáveis parlamentares da época - entre eles San Tiago Dantas e Ulysses Guimarães - sobre um projeto inicial de Agamenon Magalhães, de alta qualidade.

Temos, portanto, uma tradição de um órgão independente e de uma boa Lei e mesmo de alguns bons estudos. Um deles clássico, o primeiro a tratar do direito da concorrência não se limitando a seus aspectos técnicos, mas projetando-o, como deve ser, no contexto da experiência global, foi feito pelo Professor Alberto Venâncio Filho, aqui presente. É obra a ser reeditada; mapeou a intervenção do Estado na economia brasileira e é referência insubstituível para se estudar o período posterior, entre 1964 a 1988, quando a competição inexistia porque um pressuposto da livre concorrência foi, qual seja, o livre mercado com , baixa taxa de intervenção estatal não foi afirmado. E qual intervenção estatal verificou-se nesse período? A intervenção estatal

supressora e opressora da livre iniciativa e que chamo de má intervenção estatal, de má extração, e que é o lado sombrio da nossa experiência de direito da concorrência, de cultura da concorrência. Dela, inclusive provêm os assaltos reacionários, que ainda não cessaram de ocorrer, sobre os princípios da livre iniciativa e do livre mercado. Nesse sentido, vimos há pouco tempo um projeto de Lei, que o Ministro da Justiça chamou de apócrifo, que simplesmente pressupunha a eliminação do controle prévio, ou melhor, de qualquer controle, sobre atos de concentração de poder econômico, algo impensável em países de economia de livre mercado.

A Lei brasileira atual ainda traz algumas reminiscências reacionárias, como a famigerada presunção de 20% como posição dominante (que não é objeto da nossa palestra, mas que eu recomendo que seja esquecida, não lida). Contudo, a experiência brasileira do direito da concorrência, embora contenha aspectos negativos, é majoritariamente positiva, pois consagra o princípio da sadia intervenção, isto é, a ação fiscalizatória do Estado sobre a iniciativa privada.

No processo de globalização a pergunta que se põe é: o Brasil pode ou não dele participar validamente, sem renunciar aos seus valores? Evidentemente, pode. Ele está absolutamente preparado para isso, ao menos quanto à estrutura normativa necessária. O que não pode ocorrer é o governo federal faltar, como vem faltando, com recursos que permitam aos órgãos incumbidos da defesa da concorrência exercer a sua função, impedindo, dessa forma, que o nosso país possa se inscrever, como muitos países o vêm fazendo, no processo de globalização de maneira efetiva e segura.

O terceiro aspecto são os efeitos do processo de globalização. Eles são vários e a Professora Farina já expôs alguns deles aqui, mas eu gostaria de resumir três efeitos. Esses três efeitos da globalização são resumidos com o fim de examinar se a Lei brasileira está realmente preparada ou não para ser aplicada em uma economia que se globaliza.

O primeiro efeito é o câmbio tecnológico: a evolução rápida e desigual de meios tecnológicos que transformaram a produção de determinados bens e mesmo a prestação de alguns serviços. O segundo efeito é a concentração de capitais. É interessante notar que na concentração de capitais verificou-se um fato muito parecido com o que houve com os circuitos telefônicos, responsáveis pela aceleração das comunicações, que é a alma do processo de globalização.

Entre 1950 e 1995, os recursos financeiros disponíveis, ou seja 75% do dinheiro disponível, estavam em mãos de bancos comerciais. Nesse mesmo período, outros agentes econômicos - sobretudo fundos mútuos e fundos de pensão - saltaram de 10% de participação no total dos capitais disponíveis para 50%, com uma conseqüência muito interessante: os bancos comerciais

são sujeitos à regulação estatal muito mais estrita do que os fundos mútuos e os fundos de pensão - alguns países sequer controlam os fundos de pensão, como sabemos.

A ordem desses valores hoje é de 15 trilhões de dólares em mãos de fundos de pensão e fundos mútuos. Qual é a consequência direta disso? A fecundidade das fusões e aquisições; há dinheiro para que se façam as fusões e aquisições nas escalas em que elas vêm sendo feitas, uma vez que esse dinheiro se acha disponível em fundos com muito menos rigor de aplicação do que são aqueles em mãos de bancos comerciais. Para usar um termo caro aos financistas, é possível *alavancar* grandes quantias para se efetuar aquisições e fusões, os que resultam em concentração de poder econômico, em um menor número de empresas.

O terceiro efeito é o que eu chamaria de novos processos de comercialização. É importante reparar que tecnologia não se refere só a produtos, refere-se também à administração da empresa e a processos de comercialização. Há tecnologia nova em se administrar uma empresa, em se comercializar produtos e em se prestar serviços, além da tecnologia nova de produzir determinados bens.

Vamos tentar ver em exemplos concretos o que a Lei brasileira nos faculta, para dizermos se o processo de globalização nesses efeitos aqui citados - evidentemente efeitos simplificados, para o fim dessa rápida palestra e não efeitos em seus âmbitos compreensivos - como eles podem ser confrontados com o texto legal.

No campo tecnológico, a experiência registra várias *joint ventures* e algumas aquisições - aquisições, fusões, integrações entre empresas *latu sensu* - porque às vezes é necessário a uma empresa, que já detém uma fração razoável de mercado, de *market share*, que ela compre, se associe ou busque tecnologia de uma empresa menor, mas mais avançada tecnologicamente.

A evolução tecnológica, esse câmbio tecnológico. é também um indutor de atos de concentração. E como a Lei brasileira recebe essa concentração de poder econômico que tem por princípio ou por razão determinante esse câmbio tecnológico? No Artigo 54, Parágrafo 1º, Item 1, a possibilidade de sua aceitação está claramente prevista no item c: "*Propiciar eficiência ao desenvolvimento tecnológico e econômico*". O que o processo de globalização fez foi justamente acelerar esse câmbio tecnológico, determinando que empresas se unam. Assim, podemos dizer que a Lei brasileira, no que diz respeito aos campos tecnológicos alcançados pelo processo de globalização, contém elementos que permitem ao órgão aplicador da norma analisar um determinado ato de concentração de poder econômico, cujo foco seja a atualização tecnológica, por meio de integração. Assim, quando o aplicador

da norma se deparar com algo que diga respeito a uma concentração de poder econômico, mas que diga respeito também a uma melhoria, a uma atualização de processos tecnológicos, estará habilitado a examinar isso como um efeito do fenômeno da globalização, e não apenas como um efeito da economia local. Nesse aspecto, são vários os desdobramentos, mas o aplicado r da norma tem que ter presente que a Lei brasileira, nesse aspecto, já lhe dá uma janela para o mundo global. Não há necessidade, portanto, a meu ver, que se diga ou que se aduza qualquer coisa à norma brasileira, pelo fato de estarmos diante do fenômeno da globalização.

O segundo efeito da globalização é o da concentração de capitais. Como nós observamos, a concentração de capitais verifica-se em parte por haver disponibilidade de capitais. Contudo, é ela também necessária para que as empresas que se unem, que concentrem poder econômico, tenham capacidade, base econômica para enfrentar uma concorrência que se ampliou, uma concorrência global. Às vezes, não há uma necessidade, um imperativo de ordem tecnológica para que se promova um ato de integração, mas há um imperativo de ordem econômica, de ordem capitalística. Aquelas empresas precisam se unir porque precisam de mais recursos e razoavelmente desejam fugir dos bancos e de seus empréstimos.

Como a Lei brasileira está preparada para ver este ato de integração, entendido como um dos efeitos da globalização?

A primeira coisa que se deve dizer é que neste aspecto a Lei brasileira sofreu um daqueles assaltos reacionários, expresso no artigo 20, em seu Parágrafo 2º, sobretudo, em que diz que "*Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedora...*" Aí, entra o terceiro parágrafo desse mesmo artigo dizendo que a posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou o grupo de empresas controla 20% de um determinado mercado relevante.

Isso, a meu ver, é uma excrescência. Vem, mal transplantada, da Lei alemã, marcada pela ocupação norte-americana do território germânico ao fim da segunda guerra, que responsabilizou os cartéis alemães (e japoneses também) de antes do conflito por haverem habilitado os regimes nazista e japonês a montarem suas máquinas bélicas.

No Brasil, é muito perigoso essa regra ser tomada em conta por duas razões: primeiro, porque se pode fazer uma confusão com o Artigo 54, quando este diz que as empresas que tenham mais de 20% de mercado relevante estão sujeitas à notificação ao CADE. É preciso distinguir esse ponto muito bem. O que o Artigo 54 colocou são índices de jurisdição. Acima desse teto, desse umbral, como disse hoje o Dr. Castañeda, é necessário que se leve ao

conhecimento do órgão aplicador da norma. Abaixo, ele não se interessa. Não há portanto relação entre os 20% do Artigo 54 e os 20% que está no Parágrafo 3º, do Artigo 20.

O outro aspecto é que esse é um número aleatório e não diz nada. Exaustivamente, aqui se viu que determinados setores devem ser mais concentrados do que outros. Além disso, surge um terceiro fator, próprio da experiência brasileira: a indústria de base nacional, sobretudo - e também o setor de serviços - foram formados, no modelo presente, em um regime de alto estímulo à concentração. Inclusive, no segundo **PND**, previu-se a constituição da empresa brasileira de porte mundial, para habilitá-la à concorrência internacional.

Nesse contexto, a indústria brasileira não pode ter dormido lícita e acordado, após esse inciso, ilícita (ou presumidamente ilícita) porque algumas empresas detêm mais de 20% de mercado em alguns de seus setores. O que deve ser considerado é o final desse Parágrafo 3º, que diz "... podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia". Esse foi um belo trabalho feito pelo antigo presidente do CADE, Dr. Rui Coutinho, a quem se deve - entre outras coisas -, esse remédio. Remédio eficaz, já que o final do Parágrafo 3º anula o seu conteúdo nefasto: não há presunção e não há limite de 20%. Uma empresa pode deter uma posição dominante com 10% e pode não deter com 90% do mercado relevante. Um monopólio natural não detém posição dominante nesse sentido.

Assim, quando se fala em concentração de capital, é preciso ver se essas fusões, incorporações, se esses atos de integração que importam em concentração de poder econômico são efeitos de um processo de globalização e se, ainda que alcancem parcelas de mercado altas, são ou não danosas à livre concorrência.

Quando tais atos decorrem diretamente de um fenômeno global, é importante que se indague se o órgão aplicador tem instrumentação legal para fazer tal análise, ou seja, tomar em conta a globalização nesse efeito particular, ou não. A meu ver no nosso caso, os órgãos de defesa da concorrência têm, inteiramente, pois ele não está preso às equivocadas limitações aqui referidas. Assim, quanto à concentração de capitais - como efeito do processo de globalização, ou não -, entendo que o CADE está absolutamente apto, nos termos da legislação vigente, a analisá-la e eventualmente admitir uma integração feita nesse contexto.

O último efeito são os novos processos de comercialização. Esses novos processos de comercialização, como me referi antes, também podem deduzir-se do processo de globalização. Um exemplo claro é o transporte, as novas formas de transporte, que determinam a estruturação de novas redes de

distribuição; a necessidade de empresas que tenham produtos de largo espectro de consumo, ou seja, que devam ser consumidos em mercados de grande dimensão geográfica, como é o brasileiro, estabelecerem novas formas de comercialização. É interessante notar que nos dois efeitos anteriores aqui referidos estávamos falando de atos de concentração: como o órgão aplicador da norma veria os efeitos da globalização ao examinar atos de concentração.

Agora, podemos falar também como o órgão aplicador da norma poderá aplicá-la num caso de infração, tomando em conta esses mesmos efeitos. A título de exemplo, podemos ver o Artigo 21, Itens 11 e 12, da Lei nº 8.884/94 em que se diz nitidamente "... impor ao comércio de bens, serviços, distribuidores, varejistas e representantes, preços de revendas, descontos, condições de pagamentos, enfim, qualquer forma restritiva". O Inciso 12º também fala em discriminar adquirentes ou fornecedores.

Sem entrar na exegese desses dois comandos jurídicos, e muito menos validar, de plano, eventuais condutas infrativas, é importante notar o seguinte: efetivamente, se admitirmos que um dos efeitos da globalização determina novos processos de comercialização e, dentre eles, o regime de distribuição, como o órgão aplicador deverá considerar isso? Deverá considerar aqueles incisos do artigo 21, acima citado, estritamente, ou deverá considerar que a estrutura de distribuição (e, conseqüentemente, todos os contratos que articulam essa estrutura de distribuição) sofreu influências, ou não sofreu, de uma transformação global, estando o Brasil inscrito nessa transformação?

O órgão julgador deverá considerar esses efeitos, essas influências recebidas do processo de globalização, onde, por vezes, mercadorias chegam e são distribuídas com mais facilidade, ensejando possivelmente uma nova realidade. A leitura estrita, formal, desses dois artigos, desses dois comandos jurídicos, pode à primeira vista afastar qualquer consideração dessa ordem. Entretanto, o legislador, o aplicador, o intérprete da norma também, deve considerar os fenômenos de globalização. Voltando ao começo da minha exposição, deve o aplicador da norma tomar em conta, se o caso, os valores e as experiências que foram cambiadas, que foram admitidas pelo Brasil num momento em que ele se inscreve naquele processo.

Em conclusão, quis tentar fazer, ainda que rapidamente (e certamente, com menos clareza do que o requerido), é analisar se a Lei brasileira, como hoje se acha, pode servir ao seu aplicador em casos concretos - sejam atos de concentração, seja em casos de infração, pode ele aplicá-la devidamente, ou é necessário que se renove a Lei atual para adaptá-la ao fenômeno da globalização.

Evidentemente, a minha conclusão só pode ser pela primeira hipótese: a Lei que aí está é suficiente e pode e deve ser empregada, tanto pelo seu aplicador

quanto pelos demais intérpretes, os operadores do Direito no contexto do fenômeno da globalização. Esse, como vimos, - é também um fenômeno cultural, na medida em que permite um câmbio de experiências e de valores que condicionam todos aqueles que dele participam, portanto, condiciona todas as estruturas jurídicas, econômicas e sociais do país. Se o país, não se puser à margem do fenômeno de globalização, deve ser penetrado pelo tráfico dos valores e experiências adquiridas desse fenômeno sem que deixe contudo perder seus valores e experiências consagrados. Esse câmbio, esse tráfico, será absorvido por todos os setores da sociedade. No caso específico do direito da concorrência, pelos operadores do direito que aí militam, entre eles, o aplicado r da norma. Este deverá achar na norma uma interpretação que permita aplicá-la considerando essa nova realidade que se interpenetrou na realidade brasileira.

Em conclusão:

Não vejo, necessidade de se mudar a Lei brasileira, de ser ela aperfeiçoada nesse aspecto. Vejo, sim, uma necessidade extrema, urgente, como disse hoje o professor Gesner, de se aparelhar materialmente o CADE para que a análise dos processos seja mais profunda e mais precisa e menos lenta. Assim, o que hoje se impõe afirmar é que, se não houver o aperfeiçoamento na instrução e na análise dos processos e atos de concentração, o Brasil ficará à margem dessa troca de experiências que se processa no mundo inteiro.

Não há mais que se discutir se precisamos ou não ter um direito da concorrência. Queria dizer apenas que há uma disputa, hoje, nos países novos - que transformaram os seus mercados antes estatizados, planificados, em mercados submetidos à livre concorrência - em torno do Uzbequistão, uma vez que o Uzbequistão criou um órgão não-independente de controle da concorrência, ao contrário da Bulgária, Hungria, Cazaquistão, Ucrânia e outros que seguiram a tradição mundial. Creio que, aqueles que entre nós acham que o processo de globalização requer a eliminação do controle da concorrência, estão na boa companhia do Uzbequistão. Muito obrigado.

DEBATES

CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

A minha questão é para o Professor Bourgeois. Há alguns anos atrás, os Estados Unidos e a Comunidade Européia (hoje União Européia), assinaram um acordo bilateral de cooperação em matéria de concorrência. Refiro-me à cláusula *positive committee*, que permite aos países a facilitação de

investigação e que um possa pedir ao outro uma investigação de cartéis dominados ou envolvendo empresas do país ao qual se faz a solicitação. A minha questão é: a cláusula *positive committee* oferece alguma assistência nas dificuldades que emergem do processo de globalização?

PROFESSOR BOURGEOIS

Thank you very much. My simple reply is 'No', because the positive committee is written to the agreement and, in fact, the positive committee is not really applied. Let me refer to a question which I, myself, raised at the conference with James **Riddle**, just after he had left his job as Head of the Antitrust Division and I gave him the following example, very simple: the European Commission thinks, or has received a complaint from the EC industry according to which, an American company that has a dominant position in the American market is dumping on the EC market. The European Commission has the possibility to apply antidumping rules, but the European Commission is wise (for once) and says *'But we have the positive committee. We are going to ask the FTC or the Department of Justice to start investigations against that American company because it is abusing its dominant position on the American market by making prices combination and predatory pricing'*. So, I explained it to James Riddle, and his simply reply was, *"Oh, well, that would be very nice, but it is not on politically"*. As simple as that.

What has worked so far (as far as my information is concerned, and I stand to be corrected by Juan Rivière Martí is some coordination in the investigation activities of the American authorities and the European Commission - there it has worked, but the real concrete case of positive committee, where one authority would start investigations just simply at the request of the other one - I haven't seen it yet.

DR. TÚLIO COELHO

Gostaria de fazer uma pergunta com referência à barreira, ao ingresso de competidores. O Professor Mário Possas mencionou em sua apresentação, aliás brilhante, um conceito de entrada (mencionando que entrada significaria, necessariamente, o aumento da capacidade instalada). E, quando se trata de globalização da economia, fala-se no papel das importações, que naturalmente aumentam em volume e podem ser um fator importante de moderação do comportamento das empresas dentro de um mercado relevante.

Gostaria de tentar entender: quando falamos de barreiras à entrada, qual o conceito que estaríamos usando? Qual o conceito que a autoridade antitruste efetivamente vai usar? Ela deve considerar realmente as importações? Inclusive nós sabemos que as alíquotas podem variar: temos o exemplo dos carros no Brasil; sabemos que as alíquotas brasileiras, sobretudo em razão do Mercosul, têm uma flutuação, uma alíquota que em determinado momento é baixa, pode ser aumentada logo em seguida em razão de problemas no Mercosul ou por outras razões.

Eu colocaria essa questão à Professora Farina para que esclarecesse como nós ficamos: se nós devemos considerar realmente as empresas que se instalam efetivamente no mercado aumentando a sua capacidade instalada ou nós podemos sim considerar as simples importações com esse fator, notório no Brasil, de que as alíquotas sobem: em determinado momento em que não há barreiras tarifárias, essas barreiras podem vir a existir num momento seguinte porque as alíquotas foram majoradas - o exemplo do carro talvez demonstre bem isso. Muito obrigado.

PROFESSORA ELIZABETE FARINA

Do ponto de vista técnico, econômico, a divisão é clara. Entrar num mercado - do ponto de vista do conceito econômico - significa adicionar capacidade. Se vier uma empresa estrangeira e comprar uma empresa nacional, houve uma transferência de propriedade. Do ponto de vista da dinâmica do mercado, até que ela faça algum outro processo de modernização na empresa, como expansão, por exemplo, não houve nada, só mudou a propriedade.

Eventualmente você pode dizer: *"Bom, mas pode mudar a regra competitiva porque ela veio com a experiência de outros mercados, etc."*. É verdade, *ex post* pode, mas do ponto de vista de dizermos que houve uma entrada, não houve. A idéia de haver uma barreira à entrada, portanto, é uma barreira a você fazer um novo investimento em capacidade produtiva. É esse tipo de barreira ao qual nos referimos.

As importações são disciplinadoras de um comportamento eventualmente coordenado de um oligopólio. Elas disciplinam, mas não é por via da entrada. (É uma questão do conceito econômico, não sei como traduzir isso para a questão jurídica). Elas disciplinam. Muitas vezes, é muito mais rápida para disciplinar do que o próprio processo de entrada, porque o próprio processo de entrada leva, na maioria das vezes, num processo industrial, a um tempo de investimento até que se faça uma planta produtiva, descubra onde é que se vai produzir, ou seja, leva tempo até que, de fato, essa concorrência se concretize.

E a das importações é muito mais rápida, mas do mesmo jeito que é rápida para entrar, é rápida para sair, no sentido que ela está exposta à regra da política do governo... na questão da política comercial, que responde a questões menos de competitividade e mais questões de problemas de reservas, de políticas macroeconômicas que não estejam necessariamente afinadas com órgãos de concorrência. De fato, ela tem uma força que pode ser menos permanente do que uma entrada efetiva. Assim, quando vemos, por exemplo, que a Renault resolve fazer um investimento no Brasil, quanto tempo vai demorar para que a Renault produza carros no Brasil? É um tempo que se tem de amadurecimento desse investimento. No entanto, exportar um carro Renault para o Brasil é muito rápido; ainda que você tenha que passar por aqueles processos de ter uma distribuidora, de contar para o consumidor brasileiro que o carro Renault pode ser comprado, que faz assistência técnica, enfim, há uma série de barreiras às importações que diferenciam... São barreiras de diferenciação (eu definiria dessa maneira), e não de entrada às importações, ou seja: *"Confio ou não em comprar um carro de uma marca que sei que funciona muito bem na França, mas que não sei se no Brasil vai funcionar? Quem vai consertar o Renault aqui? A peça vem? Não vem? Será que amanhã eles vão suspender a exportação para cá porque a estratégia da empresa mudou? Será que o governo brasileiro não vai resolver colocar tarifa alta e aí eu vou "micar" com o carro que eu comprei na hora da troca?"*. Essas são indagações que diferenciam o produto e criam uma barreira de diferenciação ao produto importado. Mas não é uma barreira à entrada, no sentido de implantar a capacidade produtiva aqui. Do nosso ponto de vista técnico de organização industrial, o conceito de entrada é um conceito de aumento de capacidade. O fato de uma empresa comprar outra não significa que houve uma nova entrada; houve uma transferência de propriedade.

DR. PEDRO DUTRA

Eu poderia fazer uma breve adução? O conceito, do ponto de vista jurídico, talvez não seja propriamente de entrada, mas de barreira. Barreiras que se põem à concorrência, porque na importação ela é sujeita a decisões políticas. E a entrada com investimento e instalação não está sujeita a decisões políticas de governo, e sim a decisões estratégicas. Então, a importação é vulnerável como sinônimo de uma entrada de um novo competidor que aumente a produção.

DR. LAÉRCIO FARINA

Eu entendo a dificuldade do Dr. Túlio. De fato, muitos conceitos econômicos, como esse das entradas, são impenetráveis para nós do Direito. Entretanto, parece-me (apenas para complementar a posição do Dr. Pedro Dutra) que esse conceito econômico relativo à entrada tenha importância enquanto relativo ao estudo da existência ou não de barreiras a determinado negócio. Não me parece que haja necessidade de distingui-lo sob o ponto de vista jurídico. Há até uma certa dificuldade em se fazer essa distinção, mas esse conceito só nos interessa enquanto da análise do mercado se estuda se há ou não barreiras a esse tipo de entrada (que é o que vai definir a questão da concorrência potencial, etc.). Por favor, Dr. Túlio, o complemento.

DR. TÚLIO

Só para deixar mais objetiva a questão: eventualmente o CADE poderia, ao analisar barreiras, entender que em um determinado mercado relevante não há barreira ao ingresso a esse mercado porque a alíquota de importação de certo produto é de 2% ou 1%. Mas, depois por algum problema político essa alíquota é majorada para 10% ou 20%, passando, assim, a haver uma barreira. Mas, no momento em que aquele ato de concentração foi examinado pelo CADE, ela não existia. Isso pode gerar uma situação de perplexidade.

PROFESSORA ELIZABETE FARINA

Entendo perfeitamente a sua indagação. Se eu falar como consumidora, fico tão insegura quanto você. Eu acho que o julgador do CADE deve ficar muito inseguro a respeito disso também porque não temos uma definição muito clara de qual... afinal, abrimos ou não? Meu 'diagnóstico' é o seguinte: enquanto o nosso processo de estabilização realmente não se consolidar, vamos sempre ter essa dança de tarifas. Ora porque se usa tarifa para manter o preço baixo, ora porque se usa a tarifa para salvar o emprego, ora porque você está mais ou menos exposto a alguma pressão de alguns grupos que têm interesse maior ou menor em sobreviver sob vários argumentos, reais ou não. Essa insegurança existe. Agora, fica difícil definir. Se você faz a seguinte hipótese: eu não posso contar com as importações, ainda que elas estejam ocorrendo, porque amanhã pode subir a tarifa. Mas isso é ignorar que existe a possibilidade desse mercado ser disciplinado por essa tarifa.

Eu diria o seguinte: só começamos a discutir defesa da concorrência seriamente aqui na hora que tivemos uma abertura comercial. E hoje é mais

importante, pós-estabilização, porque as mazelas da ineficiência ficam mais aparentes e você tem até um horizonte de planejamento mais razoável. Então, se pensarmos na volta, um fechamento, estaremos fazendo uma volta em termos de mudança institucional, porque realmente complica você ter uma política de concorrência num país muito fechado.

Há aqueles que analisam o Japão, ou o comportamento do **MITI** no Japão, na época de estímulo à indústria automobilística e alguns autores japoneses comentam o seguinte: em setores protegidos do comércio internacional como instrumento de política industrial no Japão, existiram setores muito diferentes; no automobilístico, embora tenha se protegido das importações, não se restringiu à concorrência interna e nem foi por mérito do FTC - que era muito fraco perante o **MITI** - mas até a uma certa "rebeldia" das próprias montadoras, ou seja, eles queriam promover uma concentração que elas se negaram a fazer. Em outros setores em que foram bem-sucedidos em reduzir a concorrência interna, além de proteger da concorrência externa, esses setores até hoje são não-competitivos. Essa é a interpretação de um autor, Hiroshi, que analisa o que aconteceu no Japão, mas que coloca essa relação entre a política comercial e a defesa da concorrência.

Achei muito interessante uma colocação feita hoje pelo nosso colega mexicano: ele discute a regulamentação de setores recém-privatizados, ou seja, quais vão ser as regras do jogo, isto é, a agência de defesa da concorrência é convidada a discutir... achei muito interessante porque o para direções muito concorrência e o que fato é que podemos ter *ações* muito desbaratadas diferentes entre o que seria uma defesa da é uma política comercial ou industrial. Entendo a sua insegurança, mas não sei a solução.

Dr. ARI SOLON, ADVOGADO

Tenho uma pergunta ao Professor Bourgeois: o Professor mencionou cinco casos de veto da Comissão desde a vigência do novo decreto que controla as fusões. Podemos entender que à luz dessa curta experiência já há alguma jurisprudência, algum *standard* uniforme, ou são decisões isoladas? Por exemplo, algum índice crítico de *market share* aliado a algum outro fator crítico é comum a essas cinco decisões ou são casos isolados?

PROFESSOR BOURGEOIS

Well, it's a very interesting question, I am going to try to reply it very briefly. In the first place, the test of the regulation is, as I said, creation of strength, or

strengthening of the dominant position, which significantly impedes effective competition. That is the test in regulation. **It derives** the question which you've raised, in connection with these five cases, where there has been a prohibition, is whether one can, from these cases, draw certain conclusions as to the tests. I think it's extremely difficult because the concept of dominant position (which is the first criterion) is a concept which itself is highly dependent on the structure of a given market; you can say that there is dominant position when you have more than 50% of the market. Yes. But what if you have 30% of the market and all your competitors have, each one, 2% or 3% of the market? You may very well have a dominant position there as well. In other words, the test seems to be: to what extent can the company which is said to be in dominant position act independently on the market, without having to worry about its competitors and its customers. OK, that's a very literary definition I'm giving. So, you have to go, in each single case, you have simply to verify market share, position of the others, what has been the history in the past... That's it, you cannot really find a given criterion. What I have observed is that, in these cases (and also in other cases where the merger was clear because there were commitments, divestitures), is that when you come beyond 50% you know, the European Commission starts becoming very, very nervous. So, you can say, if you have more than 50% of market share, you can expect difficulties. If you have less than 50% of market share, it will depend on the relative strength of your competitors. It's very difficult to say anything more at this stage. Thank you.

Dr. ARY SOLON

Para o Professor Bourgeois. A minha pergunta é a seguinte: Professor Bourgeois, o senhor conhece a experiência antitruste americana e a europeia. Olhando historicamente para a aplicação do .. direito de concorrência nessas duas jurisdições, na sua percepção, há f. alguma manipulação do direito com o escopo protecionista?

PROFESSOR BOURGEOIS

That is a little bit difficult to say. You might have the impression, when you look at a number of cases involving investigations of the European Commission into abuse of dominant position, that... you know, it's strange... but it is a non-EC company that is being accused. You might think there is a link: protectionism of domestic industry.

Frankly, I must say that my general impression is that the European Commission and the US authorities (Department of Justice - Antitrust Division and the Federal Trade Commission) usually are concerned about enforcing antitrust competition laws (usually). To my mind, there may be exceptions, but to my mind, there is no protectionist bias, in the sense that they would go after foreign companies rather than go after domestic companies. That is my general impression. The problems lie elsewhere, in the very often total ignorance of the left hand of what the right hand is doing. You have situations where a merger is cleared, where: some sort of agreement that maybe reduces output is cleared, and then two or three months later, you have trade protection measures that totally insulate the market. These are cases that happen effectively in the US and in the European Community, and that is the problem which has been raised by Mr. Coelho and that is a problem which the European Community has not faced so far, and it's a problem which the US has not faced so far. I remember a very optimistic speech by **Terry Tovani** about ten years ago (Was **Terry Tovani** still there at the FTC ten years ago? You know the FTC is intervening in proceedings launched by the Department of Commerce in antidumping, but the practical effect of it is very limited'. That is the genuine problem that all countries are going to face when they enforce competition and trade policy. Some day, they will have to find a compromise between both.

The third point which I would like to make in reply to this question is that in one of the cases which I mentioned in my paper (which I will call the **Tube Case**) **they're manifestly**, the whole reasoning of the Tube Case, when you read the **Tube Case**, the whole reasoning it involved the merger (**Valurequiva and Mannesman**), when you read the whole decision, you say, *'That is going to be prohibited'*, and then, certainly, at the end, you find a few reasons, **say** *'There's potential competition from Japan'*, etc. and it is cleared. That was obviously a certain decision (to my mind) inspired by considerations of industrial competitiveness. We should allow that merger to go through because that will increase the competitive position of the Tubes Industry of the European Community. I don't think it's a good decision, but that's another matter.

So, that is the third comment I would give in reply to the question. I hope this is a reply to your question.

Dr. ANTÔNIO CARLOS AMARAL

Só completando um pouco a questão do Dr. **Solon** para o Professor Bourgeois: o senhor disse que, enfim, hoje uma concentração *market share* superior a 50% na Europa encontraria ou poderia encontrar dificuldades junto à Antitrust Division. Eu perguntaria, dos cinco casos que foram negados - não sei se fica a suposição que eles teriam uma concentração superior a 50% do *market share* - eu indagaria, em relação aos 225 casos aprovados, se a base desses casos é porque eles teriam menos de 50% de *market share*, tirando os casos de monopólio natural. Obrigado.

PROFESSOR BOURGEOIS

OK, very briefly: the cases... my analysis has to be qualified because, among these cases you not only have cases where the merger would have led to a higher market share than 50%, but you also have cases where the merger between A and B led to a market share of 30%, and there was a company C on the market having 40% that was not involved in the merger. Nonetheless, the European Commission either prohibited the merger or accepted the merger subject to certain commitments, because it gave rise to a collective dominant position - to a duopoly. So, I have to qualify the answer to the question you gave: in all these cases, it gave rise to more than 50% of the market. But, be careful - I repeat it - be careful. More than 50% of the market is just the practical result of the decisions - but that is not the rule. I'm only saying that if you are involved in an acquisition which will lead to more than 50% of the market, you know, *danger zone*, that's all. But this is not the rule.

Dr. ANTÔNIO CARLOS AMARAL

I understand, but you said that in the five cases (...) (**inaudível**), it led to more than 50% (...)

PROFESSOR BOURGEOIS

Yes, sir.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Só a respeito desses números mágicos e até para falar alguma coisa para o Dr. Pedro Dutra. Só gostaria de dizer a época em que surgiu o número 20%: na

década de 50, **George Stigler** escreveu um livro (e tenho certeza que hoje ele não assinaria embaixo), em que diz que 20% é uma fronteira perigosa e que qualquer coisa acima de 20% devia ser considerada ilegal.

DR. PEDRO DUTRA

Perigosa é a macaqueação brasileira de copiar tudo.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Hoje com certeza ele não assinaria embaixo, mas este livro existiu, ainda existe, está publicado, nas nossas bibliotecas e inspira, às vezes, um número desses. Agora eu acho que realmente ele tem que ser visto, como acabou de ser dito aqui, uma luz vermelha, um número como qualquer outro.

DR. PEDRO DUTRA

Professora, o perigo não é existirem trabalhos que digam isso ou aquilo, é a macaqueação brasileira de copiar tudo, de qualquer maneira. Esse número não era 20%, era 30%. Era o **Stigler** com uma correção monetária de 50%; era tão absurdo que caiu para 20% por obra do Dr. Rui Coutinho que trabalhou com outros advogados e relativizou esse absurdo. A regra é de uma estultice total.

A propósito de números, vamos adiantar uma coisa rapidamente: o índice **Herfindahl-Hirschman** é um índice para a economia americana e, lá mesmo, quem se deu ao trabalho de ler a justificativa desse índice não consegue entender muito claramente como ele é explicado na prática. Então, falar, usar este índice no Brasil com cautela. Cautela com as importações de valores e experiências estrangeiras, que são sempre muito perigosas. Esse índice **Herfindahl-Hirschman** é outro número mágico que anda por aí. *"Ah, tem tantos. Aplicou? Deu alta concentração?"* Pronto, é um dado. Isso é muito perigoso também, é parente próximo desse índice de 20%.

PROFESSOR BOURGEOIS

Just one clarification: I said that in all cases I referred to is one - of 50%, there is one case (Dupont - ICI) involving the worldwide Nylon Operations of ICI by Dupont. In the market share, Dupont would have increased its market

share to 43% and that was considered - in light of other factors in this case - as creating a dominant position, 43%. It was just a correction. Thank you.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Vou só fazer uma correção para salvar o coitadinho do Herfindahl-Hirschman: ele tem uma base teórica impecável. Ele decorre de modelos muito bem-feitos, que mostram a relação entre concentração e formas de ação e tem uma base estatística importante também, ou seja, tem uma base teórica muito boa. O único ponto em que eu poderia concordar com você é que não precisa ser mil a fronteira em que acho que o H-H mereça ser cuidado. Então, o índice, como índice, tem uma base teórica, uma base muito sólida, é um índice com características muito apropriadas. Por exemplo, quatro maiores empresas têm 80% do mercado. O índice de Herfindahl-Hirschman pode demonstrar que, se essas quatro tiverem igual participação - ou seja, se esses 80% forem divididos igualmente entre essas quatro empresas - a concentração relativa será menor do que se a primeira delas tivesse 60% do mercado. Ele é sensível a isso. Quando você pega somente quatro ou oito, você perde essa informação. Ele não só é um índice de concentração, como de desigualdade, que no caso da concorrência é uma coisa importante de se medir. Preciso fazer aqui uma ressalva, tenho obrigação, estando nessa mesa, de dizer que o índice tem uma base que não é um número .do nada, talvez o que você queira ter dito é que o número 1800 é que seja um número arbitrário.

DR. PEDRO DUTRA

Eu não disse o número.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Agora, dizer que o índice **Herfindahl-Hirschman** sai do nada, desculpe-me, mas em nome dos economistas eu..

DR. PEDRO DUTRA

Professora, eu não disse que ele sai do nada. Eu falei da macaqueação. E a senhora confirmou o que eu disse, ao dizer que é um índice muito bem-feito com a experiência americana.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Não, é formalmente bem-definido.

DR. PEDRO DUTRA

Eu não discuto isso. Estou discutindo a aplicação.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Vou lhe colocar o seguinte: o uso dele é que tem que ser feito com cuidado.

DR. PEDRO DUTRA

Eu estou discutindo a aplicação de um índice cujos elementos são de uma realidade diferente. Isso que é importante.

PROFESSOR FÁBIO NUSDEO

Não é uma pergunta, é apenas uma colocação. Se ele é ou não uma macaqueação, isso vai ser verificado somente após fazermos um teste estatístico para a economia brasileira.

DR. PEDRO DUTRA

Exatamente.

PROFESSOR FÁBIO

Não podemos dizer de antemão se é ou não macaqueação. Cada índice tem que passar por um teste estatístico. Se ele passou nos Estados Unidos e não passou no Brasil, evidentemente no Brasil ele deveria ter sido rejeitado. Se ele passar no Brasil também, será aplicado no Brasil. Portanto, quando se fala de índice, não se pode tirar nenhuma conclusão antes do teste da realidade, o teste estatístico.

DR. PEDRO DUTRA

Professor, ele já vem sendo aplicado em algumas decisões do CADE que temos editado. Daí a minha ressalva, ou seja, já está sendo aplicado antes que as séries estatísticas tenham sido feitas. Eu concordo inteiramente com o senhor.

PROFESSORA ELIZABETH FARINA

Eu diria o seguinte: o índice é um instrumento de medição de concentração. Portanto, é difícil testar um instrumento de medição nesses termos. O que acho que poderíamos ver é se no Brasil existe informação fidedigna e suficiente para usarmos o índice, o que é uma coisa muito diferente, porque uma coisa é dizer o seguinte: o índice é relevante, tem uma estrutura formal que lhe embasa, que realmente pode ajudar a servir como instrumento de medição da concentração e temos que investir para obtermos melhor informação das empresas, seja em termos de produção, de vendas... O índice de **Herfindahl-Hirschman** nada mais é do que a somatória da participação da empresa elevada ao quadrado - é isso o índice - é uma fórmula, certo? Se você aplicar direito a fórmula, pode comparar mercados em termos desse indicador. Agora, se você vai considerar que esse indicador que pode ir de 0 a 10.000 (na versão do FTC) ou de 0 a 1 (na versão dos livros texto) - de 0 a 10.000 porque você simplesmente multiplica por 100%. De 0 a 10.000, se você considera perigoso para acender a luz vermelha, se vai ser 1.500, 1.800 ou 2.000, ou 8.000, esse é um ponto diferente. Assim, o que podemos nos colocar é o seguinte: vamos ver qual é o conjunto de índices H-H na economia brasileira e ver para nós qual seria o *threshold* que teríamos que prestar atenção. Eventualmente, não é 1.800, certo?

DR. PEDRO DUTRA

Primeiro, eu diria se é necessário ter um índice único. O Professor Bourgeois... eu disse um índice único; pode haver mais de um índice. O que quero dizer é o seguinte: cada caso é um caso, dentro do respectivo mercado relevante. Mercados relevantes podem aplicar determinados índices de concentração, eles parecerem elevadíssimos, sem significar uma alta concentração. Não disse que o índice é mau em si. Eu disse (e pela última vez repito) que ele colheu dados da experiência americana, isso tem que ser

ressalvado, porque o ideal seria pegar a metodologia do índice e colocar dados da experiência brasileira. Aí sim, teríamos um índice já (como bem lembrou o Professor Fábio) transplantado à realidade brasileira. O Professor **Ari Solon** sabe o seguinte: o suporte fático da experiência é inalienável. É isso que eu quero dizer: o índice pode ser bom, mas os dados e a experiência têm que ser brasileiros. A macaqueação é essa, é importar rapidamente, colocar lá e tal, "*Tem que ter um índice*", "*Tem que ter um índice*". Não sei se tem que ter um índice. Qual índice? Tem que saber primeiro qual é a realidade. O próprio Professor Gesner mesmo assinou treze convênios, todos buscando saber qual a realidade da indústria brasileira. Ninguém sabe. Hoje em dia, ninguém pode dizer com segurança se existem ou não estudos que configurem, que delimitem a concentração dos diversos setores industriais e serviços brasileiros. Não há esse dado disponível. Nos Estados Unidos, como esses dados são disponíveis há décadas, o índice tem o seu valor. Então, devemos colocar no índice, no padrão, a experiência brasileira. Aí sim.

DR. JOHN McNAUGHTON, NORONHA ADVOGADOS

Em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar o Dr. Pedro Outra pela apresentação. Particularmente, foi muito esclarecedora a distinção feita entre o Artigo 20 e o Artigo 54 no que diz respeito ao teto de 20%, no primeiro caso como presunção de posição dominante e, no caso do Artigo 54, o famoso *threshold* que o Dr. Bourgeois comentou há pouco, que obriga a parte a recorrer ao CADE. Eu queria então voltar ao Artigo 54, à questão do outro critério, que seria o faturamento anual, nesse caso equivalente a 400 milhões de reais, no caso do Artigo 54, "*Atos Submetidos à Apreciação do CADE*", lembrando que o Professor Bourgeois mencionou dois critérios utilizados na Europa: o mercado interno em torno de 350 milhões e atos que têm algum efeito no mercado interno, partes ou participantes externos... aproximadamente 650 milhões. No nosso caso, o Artigo 54 diz que as empresas ou atos praticados por empresas que têm 20% do mercado relevante devem ser submetidos à apreciação do CADE. Mas, quando se fala do critério "faturamento anual de 400 milhões de reais", não fica claro se esse faturamento é referente ao mercado relevante, ou não. Isso tem provocado problemas para aqueles de nós que fazem consultoria para clientes estrangeiros que não sabem se se refere ao mercado relevante ou ao balanço anual da empresa que às vezes é balanço anual da empresa que, às vezes, é de 20, 30, 40 milhões de dólares. Assim, queria aproveitar a presença do Dr. Gesner para esclarecer essa dúvida. Peço esse esclarecimento ao Dr. Pedro.

DR. PEDRO DUTRA

Não sei se vou esclarecer ao presidente do CADE e aos senhores, mas vou tentar. Essa é uma discussão que já se pôs. O importante é fixar 20% do mercado relevante é um índice de jurisdição como os 400 milhões aí postos (que foram aumentados, como vocês sabem, eram menores). Tendo a acreditar que diz respeito ao faturamento da empresa. Por quê? Por duas razões. Uma razão de ordem geral, que seria a seguinte: o que a lei considera são agentes econômicos. Então, este índice colhe a participação do agente econômico no mercado relevante e não poderia ser distinto pois, como o Professor Mário Possas disse, quando se fala em concorrência, fala-se em mercado relevante. Assim, participação, *market share*, só pode ser num dado mercado. O mercado relevante é o mercado em questão (*relevant market*). Então, não poderia ser um índice de 20%, a não ser no mercado relevante em causa, ou seja, no mercado em causa. Portanto, o percentual de participação no mercado tem, necessariamente, que se referir ao mercado relevante. Quanto à questão dos 400 milhões, entendo que ele se refere à empresa, porque ele quer alcançar (no caso) a expressão econômica do agente econômico em causa. Esta é a primeira razão de ordem geral. A razão de ordem específica é a de que seria praticamente impossível - e o Professor Mário Possas e o Professor Edgar falaram - que hoje as empresas **produzem** produtos completamente diversificados e isso importaria em se ter que fazer uma apropriação do faturamento, não da empresa, não do agente econômico, mas do produto em questão. Isso seria muito difícil até para a própria empresa. Qual é o seu faturamento nessa linha de produto? Ela pode não ter essa contabilidade feita. Acho que se isso favorecesse a consultoria num primeiro momento, traria grandes dificuldades posteriores, porque o órgão aplicador poderia simplesmente dizer o seguinte: "*Eu entendo que esta conta está mal feita*". Creio que seja isso. E a prática mostra que poucas empresas que têm 400 milhões de faturamento no Brasil não têm 20% nos Mercados Relevantes onde atuam. Não é uma regra absoluta, mas deve ser por aí. Creio ter esclarecido sua dúvida, mas se não a esclareci, insistirei.

DR. EDGAR PEREIRA

Meu comentário fazia mais sentido no calor daquela hora dos índices. Só para anotar uma opinião (não sei com quem vou concordar ou discordar), talvez estejamos usando bastante tempo na discussão da mensuração do efeito quando, na verdade, a matéria propriamente é a causa, ou seja, um índice é

sempre um índice (seja ele um índice de concentração), pode ser tecnicamente definido das mais diferentes maneiras, assim como os índices de inflação. Discutir se a inflação vai... porque um índice está indo de um jeito ou de outro é discutir o efeito ou o termômetro e não a causa. Acho que a questão é concentração ou não. Tudo bem, o mercado é concentrado - *and so what?* Ou seja, qual é o fato, qual é a dinâmica daquele mercado independente do fato de que você meça a concentração. Daí o critério - seja ele, como a Elizabete disse, 1000 para o **Herfendahl**, 50 ou o que seja - particularmente tenho alguma dúvida se isso é objetivo e relevante para os países desenvolvidos. Particularmente no nosso caso, parece-me que tem uma relevância muito pequena. Qual é a taxa com que esse mercado é concentrado? Se você olhar isso tudo no **cenário** brasileiro vai ser difícil encontrar um mercado que não seja concentrado. Então se aplica ou não se aplica a lei *a priori*? Essa é uma discussão em que as causas e a estrutura do mercado têm que ser discutidos. A medição do índice é uma informação. É isso.

DR. ONOFRE ARRUDA SAMPAIO

A respeito do problema dos 400 milhões (talvez o Professor Bourgeois possa nos ajudar). Tenho a impressão de que a Comissão Econômica Européia já resolveu essa questão e, se não me engano, o que se considera lá (por exemplo, no caso de venda de parte de uma empresa), é o faturamento apenas daquela parte que está sendo destacada e que vai ser vendida.

PROFESSOR BOURGEOIS

Correct.

MODERADOR: LAÉRCIO FARINA

Acho que essa manifestação final de Monsieur Bourgeois exprime perfeitamente seu ânimo...

Encerrando, portanto, nós da diretoria do IBRAC queremos agradecer aos palestrantes desse bloco - em especial nosso convidado estrangeiro, Monsieur Bourgeois - pela clareza, interesse e, principalmente, simpatia da sua exposição. Boa noite.

(ENCERRAMENTO DA ÚLTIMA SESSÃO DE DEBATES DO DIA 17/05)

MODERADOR: DR. UBIRATAN MATTOS

Dando início ao nosso painel eu passo a palavra ao Dr. Onofre Sampaio

DR. ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO:

"CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO"

Bom dia a todos

Vou fazer uma passagem muito breve a respeito do assunto, porque acho que a parte melhor vai ficar realmente para os debates, onde poderemos trocar idéias a respeito da matéria.

O Processo Administrativo. Na Lei 8.884, está disposto no Título VI e envolve três aspectos, a meu ver, principais: a fase da averiguação preliminar, na Secretaria de Direito Econômico, o processo administrativo, também na Secretaria de Direito Econômico e depois o processo administrativo no CADE. A averiguação preliminar, como sabemos, tem o objetivo de evitar que a administração se veja envolvida, desde o início, em uma formulação processual mais complicada quando ela ainda não tem convicção de que se trata, realmente, de um caso de infração que justifique a movimentação da máquina do Estado. Ela tem como característica poder se instaurar "de ofício" ou mediante a representação escrita e fundamentada de qualquer interessado. Não permite divulgação, é feita de forma sigilosa e tem 60 dias para se completar. Durante este prazo, acredita o legislador, deveria a Secretaria chegar a uma conclusão se instaura ou não o Processo Administrativo, quando então as formalidades assumem um outro nível. Devemos observar que o critério de admissibilidade, o primeiro critério de admissibilidade, ocorre neste momento. Recebida uma informação ou uma denúncia, o Secretário de Direito Econômico deve decidir se há elementos suficientes para a instauração de um processo administrativo ou apenas para uma averiguação preliminar. Havendo ainda uma terceira hipótese: pode concluir que não há nem uma coisa nem outra; que o assunto não diz respeito à área e simplesmente serem descartadas tanto a possibilidade da averiguação preliminar quanto do processo administrativo.

Em uma segunda fase, processada a averiguação preliminar, o Secretário deverá decidir se ela será arquivada ou transformada em um processo

administrativo. Se a decisão for pelo arquivamento, deve recorrer" de ofício" ao CADE.

Já no processo administrativo, cuja instauração deverá ser feita em um prazo não superior a oito dias, do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações preliminares, as formalidades são mais bem organizadas e se abre a possibilidade de defesa, como não poderia deixar de ser, ao representado, coisa que não ocorre na averiguação preliminar, que tem um caráter nitidamente inquisitorial.

No processo administrativo, temos um aspecto fundamental que é o despacho inicial. É ali que se define do que o representado está sendo acusado e se estabelece o quadro da defesa que, a meu ver, não pode ser mudado durante o decurso do processo. Apresentada a acusação, apresentada a defesa, fica estabelecido o ponto sobre o qual as partes vão discutir.

Acesso aos autos. Um aspecto que a lei diz claramente e que vem gerando conflito, não só aqui no Brasil mas fora também, é o amplo acesso ao processo na Secretaria de Direito Econômico e no CADE. O processo administrativo muitas vezes passa a conter informações sigilosas de terceiras partes que são convidadas ou intimadas a prestar informações. Ora, aqui surge um problema grave: como fazer defesa daquilo que não se conhece? Como permitir que o representado tenha conhecimento de aspectos, que são confidenciais, de outras empresas? Parece que a solução nos países que têm uma tradição mais avançada na área do direito econômico, tem sido que o órgão processante faça um resumo dessas informações, as ajuste de uma tal forma que estas informações possam ser passadas ao representado sem, no entanto, se constituírem em uma divulgação de dados essenciais da empresa que prestou as informações.

A tramitação na SDE e no CADE. Na Secretaria de Direito Econômico, o processo percorre todo um "iter" no qual são realizadas diligências e é feita a produção de provas de interesse da Secretaria. A Secretaria pode requisitar do representado e de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades públicas, informações, esclarecimentos ou documentos a serem apresentados no prazo de 15 dias da intimação, mantendo-se o sigilo quando for o caso. É o que diz o Artigo 35. Isto também vale para as averiguações preliminares. O representado, depois de instaurado o processo, tem 15 dias para apresentar a defesa, o prazo que se considera de instrução é de 45 dias, prorrogável por mais 45 dias.

Encerrado o processo administrativo o Secretário de Direito Econômico deve optar pelo seu encaminhamento ao CADE para julgamento ou pelo seu arquivamento, que também deverá ser objeto de aprovação pelo CADE. Recebido o processo no CADE, ele vai ser distribuído mediante sorteio

podendo o Conselheiro-relator determinar a realização de novas diligências, quando então será levado a julgamento.

O que podemos observar nesta tramitação é que tem ocorrido, muitas vezes, uma duplicidade de trabalho entre a atividade da SDE e a atividade do CADE. O processo se inicia na SDE, segue-se a instrução, há o contraditório e afinal este processo é encaminhado ao CADE.

O que acontece então com os Conselheiros do CADE? Eles recebem um processo, às vezes volumoso, pronto, em cuja instrução não tiveram qualquer participação. O Conselheiro-relator poderá então determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações na forma do Artigo 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender que os elementos existentes nos autos sejam insuficientes, para a formação da sua convicção.

Eu me pergunto se essa é a melhor forma de encaminhamento e se não seria mais produtivo que as averiguações preliminares ocorressem realmente dentro da Secretaria de Direito Econômico, mas que o processo administrativo tivesse o seu início no próprio CADE, mediante provocação ou através do encaminhamento de uma averiguação preliminar ou de uma representação. O Conselheiro do CADE, designado relator atuaria como um juiz de instrução. Ao final ele estaria perfeitamente apto a julgar, teria acompanhado os depoimentos, a juntada de documentos, as perícias. Acredito que essa forma seria bastante mais produtiva para o andamento dos casos e conseguiríamos atingir, provavelmente, uma maior rapidez na conclusão dos processos, desonerando a Secretaria de todo um trabalho individual de produção de provas que, hoje, pode vir a ser refeito quando o processo vem a tramitar no CADE.

O representante. Um outro aspecto que merece ser observado é a figura do representante que não é claramente definida na nossa lei. Ele apresenta a queixa e desaparece, a lei não toca mais na figura do representante. Na prática sabe-se que ele acompanha o processo, que continua fornecendo informações quando bem lhe interessa. Agora, evidentemente, ele não é parte, não pode recorrer, nem desistir: é um mero informante do Estado, que é a quem incumbe e quem tem interesse em dar continuidade ao procedimento administrativo.

O acesso aos autos. O acesso aos autos é um dos aspectos que eu já abordei e que me parece bastante importante. Este é um assunto que tem ensejado dúvidas não entre nós apenas, mas também fora do Brasil, porque a questão do cerceamento de defesa aparece de uma forma contundente em certos casos. É difícil preparar uma defesa quando não se tem pleno conhecimento do que se encontra nos autos e vai influir na convicção do juiz. A solução tem

sido este resumo a que me referi, que parece não ser uma solução perfeita, mas para a qual não se encontrou até agora alternativa melhor.

A coleta de provas. A lei permite também, que a Secretaria e o próprio CADE determinem a realização de diligências. Isto não tem acontecido entre nós, mas funcionários, agentes da Secretaria e agentes do CADE poderiam perfeitamente se apresentar nas empresas em busca de documentos que viessem a instruir processos administrativos.

Na Comunidade Européia e o Professor Riviere poderá depois me corrigir se eu estiver enganado, isto é feito mediante uma autorização da Comissão, ou seja, o funcionário que vai à empresa, buscar informações *in loco*, deve dispor de um verdadeiro mandado. Ele o apresenta esclarecendo especificamente qual é o objeto daquela busca, o que ela visa e o que pode ser pesquisado. Neste sentido, existe uma preocupação muito grande (que entre nós no Brasil faz um sentido extremo) que é a preocupação de que as informações, que venham a ser colhidas, possam servir exclusivamente para aquele caso. Quaisquer documentos arrecadados desta forma não poderão ser usados em outros processos. Por que? Não é estranha na nossa cultura a hipótese de devassa fiscal. Nós já vimos que em momentos de dificuldades econômicas, em momentos em que os preços sobem e a pressão política aumenta é comum que o alto escalão do governo se disponha a fazer pressão sobre as empresas através de meios indiretos. Há muito pouco tempo atrás assistimos a isto e as empresas foram pressionadas: "olha se você não abaixar o preço, se você não fizer isto ou aquilo nós vamos fazer uma devassa fiscal". Isso nunca foi feito, felizmente, na área do Direito Econômico, mas a porta está aberta. Uma investigação para descobrir alguma coisa que não esteja correta dentro da empresa seria uma devassa, em vez de ser fiscal ela seria feita na área do Direito Econômico. O objetivo desse procedimento, que ocorre na Comissão Européia, é exatamente este. O agente do Estado quando se apresenta à empresa com a autoridade de arrecadar essas provas, sabe que só pode arrecadar provas para aquela determinada finalidade e que elas não poderão ser usadas em outro processo o que evita a pesquisa ampla, que é uma forma de encontrar alguma coisa errada para usar como elemento de pressão.

A comunicação com o advogado. Também nessa linha, há uma preocupação, fora do Brasil, com as comunicações entre o advogado e a empresa. A nossa lei prevê a confidencialidade da comunicação entre o advogado e a empresa. Há um caso relatado na Comunidade Européia em que o advogado instruiu a empresa sobre como ela deveria proceder para evitar a caracterização de uma infração na área da concorrência!. O que fez a empresa? Ela tomou essa informação, transformou isso em uma circular e distribuiu para alguns gerentes. Quando posteriormente os agentes da autoridade de defesa da

concorrência foram a essa empresa buscar provas para instruir um processo, se depararam com tal informação. Essa informação foi levada e houve uma decisão posterior dizendo que, como ela se originava e reproduzia informações de uma comunicação entre o advogado e o cliente, não podia ser usada como elemento de prova dentro do processo. Acredito que se trate de uma segurança bastante necessária para esses casos.

Prazos processuais. Foi objeto de comentário durante as palestras anteriores o fato de que os processos de infração caminham muito lentamente, enquanto que os processos de concentração, não obstante o tempo que eles estejam levando seja muito superior ao desejado, têm se resolvido muito antes dos processos de infração. A explicação parece clara: se o processo de concentração não for resolvido no prazo, ele está aprovado. O processo de infração não tem essa característica e ele vai se arrastando. Sabemos de casos de processos de infração de 1988, 89 que estão se arrastando pelos escaninhos da SDE e do CADE.

Um dia desses, em uma conversa, procurávamos encontrar uma solução para isso. Já existe decisão do próprio CADE no sentido de que, ultrapassados os prazos previstos na lei para processos de infração, nada acontece, porque a autoridade não pode abdicar do direito de punir, por essa razão. Não haveria como dizer " *então o processo de apuração de infração está extinto*". Isso não faria sentido algum. Uma das idéias que, me parece bastante radical, surgida em uma dessas conversas seria de que, ultrapassado determinado prazo previsto para o processo de infração, o Conselheiro do CADE, designado como relator, ficaria impedido de participar de julgamentos até que aquele processo fosse relatado e julgado. Parece que seria uma solução difícil de ser aceita, mas que se fosse adotada ou pararia o CADE todo, ou os processos seriam resolvidos.

Eu vou encerrando por aqui. Nos debates poderemos voltar a conversar sobre o assunto. Muito obrigado!

Uma das idéias que me parece bastante radical que surgiu em uma conversa seria de que, ultrapassado o prazo previsto no processo de infração, o Conselheiro do CADE designado como relator ficaria impedido de participar de julgamentos até que aquele processo fosse relatado e julgado. Parece que vai ser um pouco complicado, mas era uma das propostas que se discutia e temos a idéia de que com certeza dessa forma ou pararíamos o CADE todo, ou os processos seriam resolvidos.

Eu vou encerrando por aqui. Essa área do processo é uma área extremamente pragmática, tem muito pouca coisa para adiantar em termos de doutrina e, eu acho que nos debates poderemos voltar a conversar sobre o assunto. Muito obrigado!

MODERADOR DR. UBIRATAN MATTOS

Passo agora a palavra ao nosso querido Presidente Dr. Magalhães, que vai fazer uma análise abreviada dos autos submetidos à aprovação prévia do CADE na anterior legislatura.

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES:

ANÁLISE ABREVIADA DE ATOS SUBMETIDOS À APROVAÇÃO PRÉVIA DO CADE (ATOS DE CONCENTRAÇÃO E OUTROS)

Para adentrarmos no tema, valeria, antes de tudo, fazer uma leitura na ementa da Resolução n° 1 do Artigo 54 de 7 de Junho de 95, do CADE, cujo objeto é disciplina, as formalidades e os procedimentos do CADE, relativos aos atos de que tratam o Artigo 54 da Lei n° 8.884.

Só pela leitura desta ementa pode-se verificar que este é o único regulamento do Artigo 54, ou seja, tudo que estiver na Resolução n° 1 e apenas o que estiver na Resolução n° 1, constitui regulamento do Artigo 54, já que nenhuma outra norma foi editada a respeito. Por outro lado, ao examinarmos essa resolução, verificamos que ela apenas visou o exame dos atos de concentração e assim mesmo os atos de concentração horizontal, conforme se depreende das várias informações que são solicitadas e dos documentos que necessitam ser apresentados. Então, aí nós já verificamos *data vênia* uma lacuna, em equivoco, na Resolução, já que no Artigo 54 não temos apenas atos de concentração horizontal mas uma série de atos, inclusive de concentração vertical e outros que não são de modificações estruturais no mercado, atos em restrição à concorrência pura e simplesmente, já que no Artigo 54 são mencionados todos os atos que de qualquer forma possam prejudicar a concorrência e não apenas os atos que alteram estruturalmente o mercado, de modo que aí já se verifica uma certa lacuna na Resolução. Assim, som ente existindo essa Resolução para regulamentar o Artigo 54, achamos que está a se necessitar de um complemento para que seja regulamentada a análise pelo CADE de outros atos que possam prejudicar a concorrência.

Além do mais, a Resolução n° 1 partiu do pressuposto de que todos os atos do Artigo 54 implicam em prejuízo à concorrência, o que, *data vênia*, também não nos parece correto, já que, por exemplo, atos praticados por empresas que faturem mais de 400 milhões de reais estão sujeitos a apresentação para exame do órgão, mas não são necessariamente e, pelo contrário, não trazem o

pressuposto de que são atos prejudiciais à concorrência, **até porque uma empresa que tem um faturamento de 400 milhões de dólares, em princípio, é uma empresa grande e a grandeza, em nossa opinião, já sinaliza uma eficiência** no seu desenvolvimento. De modo que existe certo equívoco ao se pretender que sejam sempre demonstradas eficiência pelas empresas através da Resolução n° 1 quando tais demonstrativos de eficiência, nem sempre derivam ser exigíveis, já que não existe sempre prejuízo à concorrência nos atos submetidos ao CADE. Como nós sabemos, as eficiência previstas no Artigo 54, nos diversos incisos do Parágrafo 1° se referem a uma compensação pelo prejuízo da perda de concorrência. Ora, se não há sempre perda de concorrência, já que existem atos perfeitamente normais na vida de uma empresa, que devem ser apreciados pelo CADE, não há porque se demonstrar eficiência como está sendo exigido na Resolução n° 1. Desse modo, a primeira simplificação que nos parece que deveria ser feita no processo de análise era a de dispensar a apresentação e exame dessas eficiência nos casos em que existir uma convicção inicial das partes confirmada liminarmente pelo CADE de que o ato não traz prejuízo à concorrência.

Por outro lado, pelo que nós ouvimos aqui da Dra. Mary Lou Steptoe hoje, o processo de exame de atos restritivos à concorrência, nos Estados Unidos, numa visão abreviada, pode ser examinado em apenas 6 semanas. Na Europa, como espero ver confirmado posteriormente na palestra do Dr. Rivière, tal processo também pode se desenvolver em apenas um mês e depois, fundamentadamente, pode-se passar por uma segunda fase der mais 4 meses.

Então, o que se verifica é que a resolução atual pode ser um dos fatores de emperramento do processo de exame de atos restritivos à concorrência, que nós temos constatado neste mais de um ano de aplicação dessa resolução. Por esse motivo é que nós advogamos e estamos bastante satisfeitos em verificar que o CADE, através do seu presidente Dr. Gesner de Oliveira, se propõe, já colocou como um princípio da sua gestão, a simplificação deste processo de modo a que I não precisemos invejar a situação das empresas sediadas fora do país que podem contar que um processo desse tipo nos Estados Unidos possa se **desenvolver** em 6 semanas e na Europa em um mês. Aliás, originalmente, no projeto de 1988 que basicamente serviu para a legislação atual, tínhamos um prazo máximo absoluto de 60 dias e passado tal prazo, seria aprovado o ato de restrição à concorrência submetido a exame no órgão de defesa da concorrência. Acho que essa era realmente a solução, já que hoje temos processos que se desenvolvem por mais de 300 e até 400 dias e dos quais decorrem situações e fatos consumados que são de difícil e custosa reversão à situação anterior. Tudo isto seria evitado se realmente se houvesse

simplificado esse procedimento de exame dos atos restritivos à concorrência pelo menos em grande parte dos casos. De modo que acredito que, inclusive sem se mexer na lei (já que a mesma inclusive prevê um prazo bastante abreviado de 30 dias para cada parecer de cada órgão componente do Sistema de Concorrência e de 60 dias para o CADE), sem necessidade de mudança de qualquer ordem, fora de uma regulamentação interna, poderíamos fazer esse processo abreviado, desde que exista realmente essa vontade de agilizar o processo, como foi demonstrado pelo Sr. Presidente do CADE e ainda desde que haja uma interação real dos órgãos de defesa da concorrência, no sentido de que todos se juntem no objetivo de ter um processo ágil e simplificado, já que esses procedimentos de pareceres tanto da SOE como do SEAE são obrigatórios e indispensáveis para a complementação do processo de modo que se obtenha o exame final do processo ao CADE, dentro de um prazo relativamente curto.

De modo que, adiantando o que deverá ser um tema de discussão de mesa redonda no dia 31 de maio próximo gostaria de apenas colocar essa questão da simplificação deste processo para a reflexão dos presentes, de forma a que até lá possamos observar melhor essas questões e ter uma conclusão bastante objetiva sobre a forma de se chegar a simplificação do exame dos atos de restrição à concorrência. É apenas isto que eu tinha a transmitir, deixando para aquela ocasião o exame mais detalhado daquilo que deveremos subsidiar para se alcançar o objetivo comum de se conseguir uma abreviação, seja na forma, seja no tempo, do processo de exame desses atos pelos órgãos de defesa da concorrência.

MODERADOR: DR. UBIRATAN MATTOS

A seguir passo a palavra ao próximo orador dr. Laércio Farina

DR. LAÉRCIO FARINA:

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA NATUREZA DO ATO

Na verdade não vou falar exatamente sobre o processo em si, mas antes lançar um tema que é até provocativo para os colegas profissionais do Direito.

Estamos em fase de formação de uma cultura antitruste. Na verdade, a história efetiva da nossa agência antitruste data de não mais de 4, 5 anos. Ela passou a se expressar com efetividade a partir da década de 90, apesar da nossa

primeira lei antitruste datar de 62. Mas a verdadeira história do CADE efetivamente se processa a partir da década de 90. A cultura do CADE ou a cultura do estudo das questões antitruste no nosso país, embrionária que é, impõe um reforço e impõe também a formação de uma cultura sobre a força que o órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deva ter, de forma a elevá-lo à categoria de órgão efetivamente eficaz e reconhecido como tal, nos moldes da Federal Trade Commission nos Estados Unidos.

Na nossa tradição jurídica, no entanto, os órgãos administrativos não costumam, exceto naquelas situações extraordinárias às quais o Dr. Onofre se referiu, não costumam por tradição jurídica brasileira dispor deste tipo de força. Por quê? Porque na tradição jurídica brasileira toda decisão administrativa forçosamente acaba passando pelo poder judiciário, na medida em que o prejudicado, aquele que é prejudicado pelos seus direitos ou interesses, tem o direito de recorrer ao poder judiciário. Isto tudo decorre, na nossa atual Constituição, do disposto no Inciso 350. do Artigo 5, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito. O que significa que todo aquele que se vê prejudicado por uma decisão administrativa, inevitavelmente a leva ao judiciário, por que o nosso sistema assim prevê.

Ora o que pode isto propiciar dentro desta idéia de fortalecimento da imagem da nossa agência antitruste? Basta que uma única decisão importante e de repercussão do CADE seja modificada pelo judiciário, para que esta imagem venha abaixo com uma facilidade imensa. A revisão e sobre isto vou me estender um pouco mais adiante, provocará, certamente, tal efeito. Então eu quero colocar aqui os limites em que o Poder Judiciário possa apreciar a decisão tomada pela agência antitruste, o CADE.

Eu quero traçar algumas linhas a respeito de temas técnicos, mas antes, face à presença de empresários e economistas aqui, somos obrigados a clarificação de alguns conceitos básicos.

Com relação à possibilidade ou à liberdade de ação do administrador, os atos administrativos são divididos em discricionários e vinculados: o ato vinculado é aquele em que o administrador só pode agir dentro dos estritos ditames da lei, isto é, a lei não deixa margem à avaliação subjetiva do administrador; a lei é clara, tipifica a hipótese em que deve ser aplicada e impõe, como comando, qual é o resultado da aplicação da lei (seja, a aplicação de uma penalidade ou outra decisão qualquer). Já o ato discricionário, não. O ato discricionário é aquele em que o administrador tem liberdade de avaliação da medida a tomar decorrente da liberdade que a própria lei lhe confere, da abertura que a própria lei lhe confere.

Classicamente, só eram considerados atos discricionários aqueles em que todas as características da norma (isto é, seja a sua hipótese, seja o seu comando), estivessem sujeitas à subjetividade do agente, do executor do ato. Podemos até citar como exemplo a imposição de direitos anti-dumping pelo DECOM, em que, mesmo apurada ou provada a prática de dumping em um processo administrativo, o executor pode, por uma decisão de governo, impor ou não o direito para tarifar o anti-dumping, atento aos clássicos conceitos que definem a questão de discricionariedade, atento à questão da oportunidade e conveniência de aplicação da norma. No entanto, a moderna teoria do Direito Administrativo tem dividido a norma e encontrado a explicação sobre a discricionariedade nos diversos passos ou nas diversas partes do ato jurídico, ou seja, levando em consideração a hipótese da norma (isto é, a tipificação do fato), o comando da norma (o que fazer, se for considerada a hipótese apreciada na própria norma) e alguns até atentam à questão da finalidade da norma, isto é, o quanto ao bem jurídico, que é tutelado por aquela norma, quando envolve um conceito aberto, ou dentro deste quanto nós poderemos, ou para esses autores poder-se-á considerar o ato administrativo como discricionário. E por que essa definição é importante?

No sistema brasileiro, o Poder Judiciário mercê daquela disposição constitucional detém o monopólio do controle da legalidade (e contra esse monopólio o CADE não pode fazer nada...). Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário. Isso não é verdade para a avaliação dos critérios discricionários. Por quê? Não se entende como correto substituir o critério de avaliação do juiz de Direito - um membro do Poder Judiciário - pelo critério do administrador - membro do Poder Executivo - que, na verdade, está no último degrau (nas questões hipotéticas) da evolução do Direito.

Para Kelsen, o Direito se expressa em degraus. A cada norma, a cada ato, a cada edição de lei, vai-se acrescentando um novo elemento que não existia na norma anterior e com isso vai-se aperfeiçoando a abertura de hipóteses previstas na lei. Assim, a Constituição traça uma norma geral, abaixo da Constituição a lei irá acrescentar elementos que não constavam da Constituição, o decreto regulamentador virá a acrescentar outros elementos (abrangendo maiores hipóteses) e, assim, até o último degrau do Direito, que é sua efetiva aplicação. No entanto, a norma jurídica não tem o condão de abordar ou de apreciar todas as hipóteses que ocorrem no dia-a-dia de uma sociedade moderna. Estamos aqui tratando precisamente de uma questão que envolve normas abertas, conceitos indeterminados ou, como disse o Professor Possas ontem, "conceitos escorregadios".

Ao abrir este seminário, o Dr. Gesner elencou os critérios de apreciação ou os critérios de estudo e de avaliação. Os senhores viram a dificuldade e a grande gama de critérios que nós temos para que o aplicador da norma, no caso agência antitruste atenda, em primeiro lugar, à hipótese das normas. Que normas precisamos considerar hipoteticamente caracterizadas? As relativas às infrações e aquelas relativas à questão preventiva previstas no Artigo 54. É bem verdade que com relação ao Artigo 54 a maioria dos colegas reconhece a existência de uma grande dose de discricionariedade. Os colegas são mais refratários à consideração da discricionariedade ao se falar da repressão às infrações. No entanto, estamos tratando aqui de conceitos "absolutamente elásticos, amplos e indeterminados. Não há tipificação legal. (A diferença da norma "per se" e da norma baseada na "rule of reason"). Parece-me que só a expressão "regra da razão" contém em si a forte conceituação de discricionariedade. É a razão, não a aplicação matemática da norma, que vai tipificar uma hipótese de infração à ordem econômica. Mesmo esta, a ordem econômica, que é a finalidade última da legislação de proteção ao abuso do poder econômico, já é um conceito, em si, indeterminado.

Os doutrinadores dão vários exemplos de conceitos indeterminados para que os senhores tenham uma noção do que é isso: conceitos como bem-estar social, o conceito de urgência, os conceitos da Constituição Federal que norteiam a atividade do administrador (isto é, impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade) são conceitos indeterminados. Não são precisos e a caracterização e tipificarão de cada hipótese ao conceito indeterminado só pode ser feita através da discricção do administrador.

No exame do ato discricionário, o magistrado não pode substituir sua avaliação pessoal à avaliação pessoal do administrador. Ao magistrado, ao Poder Judiciário, está restrita a análise da legalidade do ato, isto é, se, no exercício da discricionariedade, levada a cabo pelo administrador, foram observados os limites que a própria lei impõe - ou permite - ao administrador: o exercício da discricionariedade. Isso é aquilo que comumente se chama de "mérito da decisão".

Portanto, da análise das tipificações legais, ou melhor, das sugestões legais previstas no Artigo 20 (da Lei 8.884) ou principalmente no Artigo 21 que elenca em seus incisos mais uma série de situações a título exemplificativo (porque não são só essas - o Artigo 20 fala "...nas seguintes condutas, além de outras...". Essa expressão, "além de outras" "mata" todos os exemplos). Assim, qualquer ato que caiba dentro da previsão do Artigo 20 anterior, isto é, "limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, dominar o mercado relevante, aumentar arbitrariamente o lucro, exercer de forma abusiva a posição dominante" - qualquer ato que caracterize essas

hipóteses é considerado como infratório à ordem econômica. Mas para se caracterizar o ilícito temos aqui conceitos absolutamente indeterminados. Por exemplo, exercer de forma abusiva a posição dominante. O que significa isso? Onde estão os limites dessa abusividade? Os critérios que levarão à conclusão da autoridade administrativa julgadora quanto à classificação ou não do ato dentro ou fora desse conceito decorrem de conceitos científicos e, como vimos aqui, existem inúmeros conceitos científicos nesse campo. Portanto, basta que se apresentem duas correntes científicas para a análise daquele ato específico que à autoridade julgadora competirá (segundo seu próprio juízo de valor, atendidos aqueles ditames constitucionais de moralidade e impessoalidade) escolher um dentre os dois critérios ali apresentados.

Assim como acontece no Poder Judiciário. Por exemplo, uma questão relativa à responsabilidade do médico - a apuração da responsabilidade do médico, por exemplo, por dano ao paciente. Existem duas técnicas diferentes para uma determinada doença. Não cabe ao juiz julgar qual das técnicas é a melhor; se as duas são tradicionalmente aceitas e o médico agiu dentro de uma delas (e, mesmo assim, causou danos ao paciente), não pode ser considerado culpado por ter usado uma técnica, que a critério do juiz seria melhor ou pior do que a outra. Temos exatamente a mesma coisa aqui e esse juízo de valor compete ao administrador. Portanto, parece-nos que dentro desse conceito de controle da legalidade a ser feito pelo Poder Judiciário, não está incluído o mérito submetido, eventualmente, ao exame do Judiciário, porque este mérito é apreciado dentro do poder discricionário que toca ao CADE. Dentro dos limites que lhe permite a lei, ao Judiciário caberá avaliar - se a questão lhe for levada a exame - se esses limites foram ou não ultrapassados, se os ditames constitucionais relativos à atividade administrativa foram ou não cumpridos, mas jamais modificar o juízo de valor a respeito de determinada situação, tomado com base no poder discricionário da autoridade administrativa.

Antes desse seminário, conversava com o Professor Tércio Sampaio Ferraz (a quem eu terei o prazer de ouvir as eventuais críticas a isso que acabei de falar, além das do Or. Pedro Outra, evidentemente) que me dizia: "Não me parece haver aí discricionariedade, mas sim vinculação a conceitos indeterminados". Parece-me que são duas faces da mesma moeda, mas terei muito prazer em ouvir a posição do Professor Tércio caso ele queira nos brindar com sua crítica, sempre necessária. Muito obrigado aos senhores.

MODERADOR: DR. ALBERTO VENÂNCIO FILHO

Antes de dar a palavra aos conferencistas, acho que, por dever de justiça, quero corrigir uma grave injustiça que foi feita na sessão anterior, quando um dos conferencistas comentou que o período áureo do CADE começou em 1990. Quem quer tenha trabalhado a partir de 85 no órgão, poderá dizer do grande trabalho feito pelo Presidente Werter Faria e pelos seus colaboradores, o Dr. Mauro Grinberg está aqui presente, mas outros, inclusive o Dr. Jorge Marcondes que já é falecido, a Ora. Maria Augusta... Foi um trabalho de grande eficiência, inclusive no sentido da revisão da Lei 4637, que com os defeitos que possa ter foi um trabalho de renovação e atualização, de modo que achei que..., como presenciei este trabalho, achei que deveria fazer esta retificação.

Vou dar a palavra ao Sr. Rivière Martí, que já deve ser conhecido de todos, é o Diretor de uma divisão do Departamento Anticompetição da Comunidade Européia e, sobretudo, fazer um registro muito especial que em novembro do ano passado um grupo de trabalho do IBRAC esteve na Comunidade Européia e recebeu o tratamento mais fidalgo e mais carinhoso da parte do Sr. Rivière, de modo que tudo que fizemos aqui em relação a ele é uma pálida retribuição pelo que nós recebemos em Bruxelas. Com a palavra o Sr. Rivière.

(Publicado no Volume 3 nº 5)

MODERADOR: ALBERTO VENÂNCIO FILHO

Dou a palavra Dr. Franceschini que vai falar sobre Eficiência Econômica sob o Prisma Jurídico. O Dr. Franceschini dispensa apresentações já que é conhecido de todos pelos seus trabalhos e sua atuação como advogado. Com a palavra.

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

AS EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS SOB O PRISMA JURÍDICO

(Inteligência do art. 54, § 1º, da lei nº 8.884, de 11.06.94)

1. Introdução

É sabido que o Direito da Concorrência, ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os

consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade, é a simbiose do Direito com a Economia.

O estabelecimento de uma linguagem comum às duas Ciências é, portanto, imprescindível não apenas à correta aplicação da legislação, como também à sua evolução.

Este um dos propósitos, em tema de atos de concentração, da análise das eficiências econômicas enquanto inteligência do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

2. Escopo da lei de Defesa da Concorrência

A discussão sobre as eficiências econômicas, sob o prisma jurídico, se inicia com a determinação do escopo da legislação de defesa da concorrência.

Três são as doutrinas básicas que cuidam do tema: (a) a tradicionalista ou estruturalista, (b) a teoria liberal da Escola de Chicago e (c) a tese "administrativista".

a) Escola Tradicionalista ou Estruturalista

Segundo a tese tradicionalista, assim chamada por calcada nos primórdios da legislação antitruste norte-americana, a defesa da concorrência seria um bem jurídico em si mesma, ou seja, um "processo" destinado a coibir condutas abusivas com vistas à preservação da multiplicidade de opções do consumidor e a proteção deste contra preços supra-competitivos.

A concorrência, assim, seria valiosa na medida em que promoveria a redução do desperdício no processo produtivo e motivaria a inovação. Para seus adeptos, a própria estrutura do mercado teria o condão de determinar a conduta dos agentes econômicos e, destarte, toda e qualquer forma de concentração econômica seria de certo modo danosa ao mercado.

Verifica-se, assim, que o valor a ser objeto da proteção legal seria a concorrência em si mesma e não a eficiência econômica.

Trata-se de escola de pensamento fortemente ligada à cultura norte-americana de exacerbação do pluralismo igualitário como ápice do virtuoso. Da í a conhecida expressão "*small is beautiful*".

Como resultado, a tese tende ao nivelamento das empresas por suas ineficiências, gerando, nos Estados Unidos, a promulgação de algumas leis (e.g. a Lei Robinson-Patman, de 1936, que disciplina o tema da discriminação

de preços, e a Lei Celler-Kefauver, de 1950, que alterou a legislação anti-fusões) que toleram a ineficiência econômica como forma de proteção das pequenas empresas.

b) Escola de Chicago

A segunda teoria foi a formulada na chamada "Escola de Chicago", que teve na lição do Professor norte-americano, Juiz Robert Bork, seu ápice mais radical. Para este, a legislação antitruste estaria teleologicamente direcionada para a melhoria das eficiências econômicas e, desse modo, as condutas de mercado somente haveriam de ser tidas como anticompetitivas na medida em que reduzissem tais eficiências.

Em decorrência, a conduta dos agentes econômicos é que seria determinante da estrutura do mercado e toda concentração seria, em princípio, geradora de eficiências, salvo se redundasse na redução da produção e na conseqüente geração de pressões supracompetitivas sobre os preços. O titular do bem jurídico protegido, no caso, seria o consumidor, beneficiário do bem-estar social promovido pela eficiência.

As teorias estruturalista e da Escola de Chicago têm pontos em comum:

Ambas, como visto, visam a defesa do consumidor contra preços supra-competitivos e levam à aceitação do princípio da eficiência alocativa como propósito primordial da legislação de defesa da concorrência.

De igual modo, as duas teses se preocupam com a minimização do desperdício ou seja, com a eliminação das chamadas *X-ineficiências* no processo produtivo.

Por seu turno, a motivação à inovação propugnada pelos tradicionalistas, nada mais é do que a eficiência dinâmica no jargão da Escola de Chicago.

Conclui-se, portanto, que a real diferença entre as duas escolas aparentemente antagônicas é de cunho tão-somente ideológico, qual seja, a definição do papel do Estado no domínio econômico.

c) Escola "Administrativista"

A similitude endógena das teorias clássicas promoveu a gestação de uma terceira linha, mais próxima à cultura latina, que resulta na regulamentação jurídica da intervenção do Estado no plano econômico.

Com forte conotação intervencionista e de larga aceitação no Brasil, a teoria reveste as autoridades executoras da legislação de defesa da concorrência de

funções de controle da atividade econômica e empresarial, embora em confronto com o art. 174 da Constituição Federal, que limita a atuação do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, às funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Trata-se, portanto, de uma escola cujas proposituras enfrentam, em geral, questionamentos de constitucionalidade.

Sua origem encontra respaldo na inadequada localização do § 4Q do art. 173 da Carta Magna, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico no capítulo da exploração direta de atividade econômico pelo Estado, ensejando a antinômica conclusão de que cumpre ao Estado intervir na Economia como forma de garantir a livre concorrência.

Sabe-se que a legislação de defesa da concorrência trata de duas modalidades de políticas: (a) as políticas estruturais, que objetivam a eficiência econômica, a equidade distributiva, o aproveitamento da escala e o crescimento e (b) as políticas de desempenho, que versam sobre temas menos nobres, como a preocupação com os efeitos das anomalias de mercado em contraposição às causas dessas mesmas anomalias. Estas políticas, de desempenho, é que se encontrariam no centro das atenções da teoria "administrativista", que também poderia se r cognominada de "intervencionista".

De amplo acolhimento no Brasil, por sua cultura intervencionista, a escola considera a legislação de defesa da concorrência integrada à Política Econômica do Estado. Portanto, as empresas e a competição entre elas seriam apenas instrumentos da Política Econômica.

Sua aceitação em nosso País é de fácil compreensão diante da retrospectiva histórica do tema.

A primeira lei de defesa da concorrência no Brasil (Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938) considerava o assunto uma questão de "segurança nacional", cujas ofensas haveriam de ser reprimidas pelo, de triste memória, Tribunal de Segurança Nacional (art. 6º). Seguiu-se-lhe a draconiana Lei Malaia (Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, que conferia ao assunto tratamento exclusivamente administrativo e sumário, com o afastamento do Poder Judiciário, em postura típica de um regime político fechado, ditatorial.

A própria Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, embora promulgada já sob os ventos democráticos da Constituição de 1946, mesclou conceitos intervencionistas de "economia popular" aos de defesa da concorrência (arts. 2º ao 4º). Esta, por sinal, a origem da freqüente confusão estabelecida entre a questão da concorrência e a disciplina das relações de consumo, objeto do chamado Direito do Consumidor.

Posteriormente, as Cartas Constitucionais de 1967 e 1969 consagraram o intervencionismo estatal como fundamento das ordens econômica e social, relegando ao total descaso a aplicação da então vigente Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, em favor de mecanismos fiscais de incentivo e desincentivo. Veja-se, a respeito, os propósitos expressos no 2º PND (Plano Nacional de Desenvolvimento) do período militar.

As teses "administrativistas" ou "intervencionistas", encontraram seu apogeu infra-constitucional na Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, de curta vigência, que, à guisa de tentativa de inserção da questão da concorrência na seara do Direito Econômico, conferiu um tratamento circunstancial ao assunto, muitas vezes com sacrifício de princípios constitucionais consagrados, como os da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, em favor de uma pretensa flexibilidade e agilidade no magistério punitivo.

Dentre os frutos da escola registraram-se alguns movimentos intervencionistas radicais, tais como a promulgação da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (com uma visão puramente policialesca do assunto) e a atabalhoada tentativa de inclusão, na legislação de defesa da concorrência, do conceito de "aumento abusivo de preços" (art. 21, inciso XXIV, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), que resultou no exercício exógeno de controle de preços pelos órgãos de defesa da concorrência. Tratou-se de um caso típico de desvio de finalidade social, ou seja, de aplicação de uma legislação para fins diversos daquele a que sua natureza intrínseca propõe.

Dela resultaram, mais, as contradições taxinômicas enfrentadas pelos juristas e aplicadores na definição da natureza jurídica da legislação de defesa da concorrência.

d) Resumo

Em resumo, a política de defesa da concorrência deve preocupar-se primordialmente com a eficiência econômica, porque é esta que promove o bem-estar material da coletividade, tendo por instrumento a rivalidade entre as empresas. Esta, como se verá, a tese abraçada pela atual Lei nº 8.884, de 1994, como, aliás, o vestibularmente demonstra o parágrafo único de seu art. 1º.

Porém, na análise econômica das eficiências sob o prisma jurídico, há que se examinar, ainda preliminarmente, dois aspectos: (a) a hierarquia entre as modalidades de eficiências e (b) a mensurabilidade destas.

3. Identificação e Avaliação das Eficiências Econômicas

Como salienta Joseph F. Brodley (*"The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress"*, apud *"Revitalizing Antitrust in its Second Century"*, organizado por Harry First, Eleanor Fox e Robert Pitofsky, págs. 95 e segs.), três também são as espécies de eficiências: (a) inovativa ou dinâmica, (b) produtiva e (c) alocativa.

a) Modalidades e Hierarquia

Diga-se, desde logo, que, dentre as modalidades de eficiências, a mais relevante é a inovativa, porque sinônimo de progresso tecnológico. É o motor do crescimento da oferta global real.

Segue-se-lhe, em importância, a eficiência produtiva, que equívale à produção de bens ou serviços a menor custo. Trata-se de uma eficiência que afeta o crescimento do bem-estar futuro, uma vez que os ganhos de produção a menor custo são cumulativos.

A terceira, em relevância, ou seja, a comparativamente menos importante, é a alocativa, que se dedica à obtenção do menor preço. Preocupando-se com a maximização do consumo, a eficiência alocativa incrementa o bem-estar social apenas circunstancial e marginalmente, não significando necessariamente uma melhoria do bem-estar geral.

Segundo estudos empíricos realizados nos Estados Unidos (cf. F.M. Scherer, *"Industrial Market Structure and Economic Performance"*, pág. 41), a perda social com preços monopólicos sequer alcançariam 1 % do PNS, o que seria um indício da menor dignidade da eficiência alocativa em relação aos ganhos sociais substanciais produzidos pelas eficiências inovativa e produtiva. Não obstante, contraditoriamente, é aquela que tem merecido a maior atenção dos políticos e executores da legislação de defesa da concorrência, dado que se reflete no bem-estar imediato do consumidor. É, assim, a mais controversa.

b) Mensurabilidade

Definidas as modalidades de eficiência e seu grau de importância (pesquisa do ser), para os efeitos de aplicação dos diplomas concorrenciais, torna-se imperiosa a determinação de sua mensurabilidade. É com esta análise com que se defronta o executor da norma na busca do dever-ser e na prestação para-jurisdicional de aplicação da Lei ao caso concreto.

A eficiência produtiva é a única passível de aquilatação, porque a apreciação da redução de custos operacionais é facilmente apreciável.

Mesmo assim, não é isenta de dificuldades. Assim, por exemplo, a eficiência produtiva não pode ser medida *ex ante*, mas apenas *a posteriori*. Outrossim, algumas eficiências produtivas, tais como a eficiência de escopo, não admitem mensuração.

Já a eficiência inovativa não admite qualquer cálculo dada a impossibilidade de se medir as conseqüências das decisões alternativas sobre inovações.

A eficiência alocativa pode ser medida, mas apenas em tese e desde que conhecidas as variáveis econômicas, tais como, a elasticidade da demanda, o binômio "aumento de preço/redução de produção" etc. Todavia, o conhecimento antecipado das eficiências alocativa requereria uma previsão da demanda, dos custos e dos preços futuros, o que torna a tarefa uma simples exercício conjectural em sua essência.

O fato, de qualquer modo, é que nenhuma eficiência pode ser mensurada por antecipação. Apenas por sua visibilidade e pelo imediatismo de interesses políticos é que os aplicadores da legislação de defesa da concorrência, têm dado, erroneamente, prioridade à repressão de condutas que atentem contra as eficiências alocativas (preços) e a atos de concentração que gerem tais eficiências, quando, em princípio, deveriam conferir maior atenção às eficiências inovativa e produtiva, nessa ordem.

A preferência pelas eficiências alocativas, porém, também enfrenta algumas contradições. É que muitas condutas tidas como violadoras da Lei, na realidade, resultam em eficiências alocativas, da mesma forma que muitos atos de concentração são objetados pela simples potencialidade de aumentos futuros de preços em prejuízo das eficiências inovativas e produtivas pós-concentração, que maior proveito trariam à coletividade.

c) Critério de Aplicação

Face às dificuldades de mensuração das eficiências, dada sua natureza conjectural, na análise de atos de concentração, antes de obstá-los, deve-se dar maior ênfase às condutas infrativas pós-concentração, porque estas sim tendem a aumentar os custos dos concorrentes, gerando um efeito anticompetitivo nocivo pelo desestímulo que representa aos investimentos em eficiência inovativa e produtiva.

A política antitruste deve conciliar os interesses de maximização da riqueza social (conceito de eficiência econômica) e do consumidor (conceito de bem-estar social). Neste ponto reside a exigência do inciso II do § 1º do art. 54 da

Lei nº 8.884, de 1994, que requer que os benefícios dos atos de concentração sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.

A execução da legislação de defesa da concorrência tende a gerar bem-estar social pelo binômio "menor preço - maior qualidade".

Mas há exceções à regra: condutas existem que, embora em tese ofensivas à ordem econômica, podem ser potencialmente geradoras de benefícios e bem-estar social. Por exemplo, a discriminação de preços (inciso XII do art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994), em princípio resulta no aumento da produção e com isto em uma eficiência alocativa, ao mesmo tempo que transfere a riqueza do consumidor para o produtor. De outra sorte, a divisão de mercados mediante cláusulas de exclusividade, promovem, em tese, menores custos. A cooperação entre concorrentes também o faz e amplia as eficiências econômicas, mas, por outro lado, reduz a participação da coletividade na riqueza social (ineficiência).

Em resumo: na análise econômica, sob o prisma jurídico, há de se conciliar as eficiências econômicas com o bem-estar da coletividade, priorizando-se as eficiências inovativa e produtiva.

Em segundo lugar, é forçoso se reconhecer a insuficiência da eficiência alocativa (preços), não obstante o imediatismo do benefício ao consumidor, a curto prazo. Isto porque o interesse do consumidor não se subordina aos ganhos de eficiência alocativa.

Por último, é de se dar prioridade às condutas infrativas, dada a dificuldade de mensuração das eficiências e pela potencialidade de maior perda social resultante da repressão às eficiências inovativa e produtiva. O *trade off* (escambo social) seria evidentemente desejável, na medida em que as perdas maiores do bem-estar social imediato possam ser superadas pelas eficiências que tenham um efeito multiplicador que favoreça o bem-estar coletivo futuro. Impõe-se o entendimento, notadamente quando ausentes maiores barreiras permanentes ao ingresso de novos concorrentes no mercado, dada a potencialidade da restauração da maior concorrência no futuro.

4. As eficiências no Direito Positivo

a) Sistema Constitucional

A Constituição Federal de 1988 confere ênfase à ordem econômica neoliberal. Ao mesmo tempo, porém, a Carta Magna em vigor é um produto de conflitos ideológicos e de acordos políticos.

Ao mesmo tempo que consagra a livre concorrência como princípio geral da atividade econômica, observado o da livre concorrência, a Lei Maior representa uma proliferação de normas que tendem à rigidez conceitual e ao dirigismo estatal, este com tendências nitidamente liberticidas.

Em outras palavras, a Constituição atual consagra um sistema econômico híbrido, simultaneamente privatista (neo-liberal) e publicista (neo-keynesiano).

De qualquer modo, a Constituição Federal, em sua estrutura, hierarquiza as normas nele contidas. Apresenta, por exemplo, cláusulas pétreas, insuscetíveis de alteração, de que é exemplo a adoção do conceito da livre iniciativa com um dos princípios fundamentais da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal).

Já a ordem econômica, contemplada no caput do art. 170 da Lei Maior, tem na livre iniciativa um de seus fundamentos, ao lado (enquanto ordem econômica) da valorização do trabalho humano.

Conclui-se, portanto, que o princípio da livre iniciativa goza de primazia, tendo a livre concorrência como princípio *instrumental* (art. 170, inciso IV). O parágrafo único do mesmo artigo estabelece, em síntese, que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de qualquer autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

O princípio da livre concorrência, assim, subordina-se ao da livre iniciativa.

Na ordem seqüencial de dignidade constitucional, segue-se à livre iniciativa a questão da exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173). É este artigo, em seu § 4º, que, confusamente, determina a repressão ao abuso do poder econômico.

Graças a esta má-localização do parágrafo (a repressão ao abuso do poder econômico não se coaduna com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado) é que, como já dito, tem gerado sofismas constitucionais que chegam e ensinar interpretações "administrativistas" de que seria necessário ao Estado intervir na Economia para garantir a liberdade de concorrência: uma verdadeira petição de princípios ou contradição em seus próprios termos.

Este mesmo espírito intervencionista foi o que, quando da promulgação da Lei nº 4.137, de 1962, motivou manifestações do então Senador Heribaldo Vieira no sentido de que a legislação antitruste seria um instrumento de orientação da estrutura jurídico-econômica anticapitalista!

O fato notório, entretanto, é que o atual sistema constitucional retirou ao Estado a função de controle. É conhecido o acirrado debate travado na Assembléia Nacional Constituinte que levou à explícita exclusão desta função quando da redação do atual art. 174 da Constituição Federal. Por esta, restou estabelecido que ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabe apenas exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Em assim sendo, ao invés de uma função de controle, o Estado tem o *poder-dever* de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência. A finalidade da norma constitucional (e, como decorrência, de toda a legislação de defesa de concorrência) é, portanto, unívoca: a defesa e viabilização do princípio instrumental da livre concorrência, que não pode ser utilizado pelo Estado para finalidade diversa, sob pena de desvio de finalidade social.

b) O sistema infra-constitucional

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, também padece das contradições da heterogeneidade constitucional. Contém ela elementos estruturalistas, especialmente no capítulo dos atos de concentração (art. 54), bem como influências intervencionistas (e.g. conceito de aumento abusivo de preços - inciso XXIV do art. 21).

A exegese da Lei, entretanto, como é pacífico, não pode ser feita nem pontualmente, nem literalmente, mas, sim sistemática e teleologicamente.

Sob este enfoque, a Lei nº 8.884, de 1994, abraçou, inequivocamente, a tese de que seu objetivo é a *eficiência econômica*.

De fato, já no *caput* do art. 1º se atesta que a Lei encontra-se orientada pelos ditames constitucionais, dentre outros, da "defesa dos consumidores", expressão esta, no caso, sinônima do escopo do bem-estar social.

Esta remissão tem gerado equívocos, como se o chamado Direito do Consumidor se confundisse com o Direito da Concorrência ou com este se integrasse. Erronia clara: absolutamente distintas as naturezas jurídicas e os bens jurídicos tutelados pelos dois ramos, embora afins.

Complementando o art. 1º, *caput*, tem-se o parágrafo único, que reconhece ser a coletividade o titular do bem jurídico (concorrência) protegido.

Por fim, o § 1º do art. 20 do mesmo diploma que, expressamente, reconhece que a eficiência do agente econômico, ainda que geradora de monopólio, não resulta em ato ilícito.

Tem-se, portanto, que a hermenêutica do art. 54 e, em especial, de seu § 1º, da Lei nº 8.884, de 1994, deve ser finalística e sistemática, nunca literal,

amparada pelos objetivos constitucionalmente estabelecidos (mesmo porque se trata de uma norma infra-constitucional).

Conclui-se, assim, que quando o § 1º do art. 54, citado, estabelece que "o CADE *poderá* autorizar" os atos de concentração de que trata o *caput* do dispositivo, a expressão não pode ser considerada como ensejadora de *controle*, pelo Estado, da atividade econômica ou da conduta empresarial (função banida pela Constituição vigente).

Na realidade, a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido a *contrario sensu*: o Estado, no exercício de seu poder-dever de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência *não pode deixar de aprovar* o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no § 1º e não o inverso. Em princípio, o CADE não está autorizado a obstar o ato de concentração na presença das eficiências arroladas, mesmo porque, na hipótese, sua decisão configura ato administrativo regrado ou vinculado.

O ato de concentração que não acarrete nenhum impacto negativo substancial no mercado ou que não tenha maior potencialidade nociva, não poderia, dessa forma, ter sua aprovação negada, ainda quando não apresente as eficiências arroladas no mencionado § 1º. É o caso, por exemplo, das aquisições de controle acionário ou de ativos de empresas em estado falimentar (*failing company*) ou que resultem em alterações meramente marginais da estrutura do mercado (*de minimis non curat praetor*) ou cujos efeitos na concorrência sejam neutros ou quando a operação seja imprescindível para a sobrevivência ou competitividade do agente adquirente.

c) Conclusão

Diante da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, tem-se, em tema de atos de concentração:

- a) que a análise econômica deve prevalecer sobre a análise jurídico-formal dos requisitos de eficiência;
- b) que a exegese sistemática e finalística da legislação de defesa da concorrência exige uma visão *pro negotio*, porque esta é geradora de bem-estar social e dada a primazia do princípio constitucional da livre iniciativa sobre o da livre concorrência;
- c) que as eficiências econômicas devem prevalecer sobre os níveis de concentração estruturais do mercado, notadamente dada a possibilidade repressão de condutas infrativas pós-concentração;

d) a inexigibilidade legal de comprovação de eficiências como fator adicional (*plus factor*), *sine qua non*, à aprovação de atos de concentração, dada a natureza conjuntural daquelas, notadamente quando do ato não se vislumbra impacto anticompetitivo;

e) pelo mesmo motivo, o reconhecimento da fragilidade dos compromissos de desempenho de que trata o art. 58 da Lei nº 8.884, de 1994, que têm natureza meramente facultativa (não há impor compromisso de desempenho quando não haja risco ao mercado), cuja adoção deve ser limitada a questões estruturais específicas reveladas análise econômica e nunca para tratar de temas comportamentais;

f) o poder-dever do CADE de aprovar, quando presentes eficiências inovativas e/ou produtivas, os atos de concentração de que não resultem redução da produção e pressões sobre os preços dela conseqüentes;

g) a insuficiência das eficiências alocativas como fator de escambo social (*trade off*); e

h) a consideração de aspectos não-econômicos para a aprovação de atos de concentração, quando ambíguos os resultados da análise das eficiências econômicas (como aliás recomenda o § 2º do mesmo art. 54).

MODERADOR: DR. ALBERTO VENÂNCIO FILHO

DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ:

**APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE:
POLÍTICA DE ESTADO E POLÍTICA DE GOVERNO**

Muito obrigado. Meus cumprimentos à mesa e a todos. Passo imediatamente à discussão do tema principiando por dizer que, de certa maneira, na *forma* como ele vem proposto, obviamente ele interfere ou cruza diretamente com a exposição brilhante feita pelo Franceschini.

A questão, no entanto, tem uma peculiaridade e gostaria de chamar a atenção para essa peculiaridade. Para não me tornar repetitivo (nem tornar repetitiva a apresentação), gostaria de me circunscrever a essa questão da política de Estado e da política de governo na aplicação da lei de concorrência.

Obviamente, as noções não são absolutamente claras - o que é uma política de Estado e o que é uma política de governo. A intuição nos diria que a política de governo tem por característica fundamental a sua provisoriade; depende do governo e a ele está ligada.

A política de governo vem na esteira de uma política programática, que está nos programas eleitorais e que depois se consagra no exercício do governo. Portanto, quando penso em política de governo, a primeira coisa que devo pensar é na sua provisoriedade.

Ao contrário, quando penso na política de Estado, devo imaginar que não trato dessa provisoriedade, mas estou mais ligado a objetivos permanentes ou de objetivos que tenham uma permanência maior (tudo é provisório na vida) e porque seu fundamento jurídico é dotado dessa permanência. A lei tem uma provisoriedade. Toda lei se revoga (pode ser revogada a qualquer momento por uma outra lei, ou a lei entra em desuso - e nesse sentido ela também se revoga) mas existem certos objetivos que constam da estrutura jurídica e que gozam dessa permanência. Esses objetivos estão em leis (cuja permanência é reconhecida, por exemplo - Leis complementares), ou em normas cuja permanência é pressuposta (as normas constitucionais), ou seja, diria que quando falamos em política de Estado, estamos nos referindo basicamente à Constituição - àqueles traços mais permanentes que a Constituição confere ao Estado, aos seus objetivos, aos objetivos de promoção da própria sociedade, de desenvolvimento da sociedade, etc. de outro lado, há a política de governo como aquele tipo de programação dotado da provisoriedade ligada à provisoriedade do governo, a programas partidários, conjunturais etc. Portanto, para definir inicialmente os dois termos (que são vagos e ambíguos), usaria a provisoriedade como característica e a referência constitucional como um elemento importante para distinguir um do outro.

Surge aqui uma questão subsequente, relativa à aplicação da legislação antitruste. Podemos pensar nessa aplicação tanto no que se refere ao capítulo das infrações e ao processo administrativo de apuração e punição de infrações, como podemos pensar também no processo administrativo referente à aprovação de atos e contratos.

No que se refere ao capítulo das infrações, haveria a possibilidade de interferência de uma política de governo na aplicação da lei em termos de infração? Isto é complicado, mas não absolutamente impensável. (E aqui entra, talvez, o grave da questão). Não é impensável na medida em que poderíamos imaginar que aquilo que está no artigo 54 da lei (digo que não é impensável mas adiantado, desde logo, que esta não é a minha opinião), na forma em que veio redigido (uma redação infeliz), nos leva a pensar nessa hipótese. Recentemente, ouvi do Ministro da Justiça uma observação do seguinte teor: afinal, o caput do artigo 54 é praticamente igual ao do artigo 20: *"Os atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência..."*, ou seja, nitidamente estamos falando aqui de um tipo, tipo esse que vai caracterizar abuso de poder

econômico e que, portanto, poderá ser punido como infração. Assim, a impressão que dá é a de que neste caso, no artigo 54, estamos tratando daquilo que nos artigos 20 e 21 é tratado como infração e que possivelmente poderá, em nome das eficiências, ser contornado, perdoado, legitimado.

Alguns autores tradicionais do Direito Administrativo brasileiro como o **José Cretela**, ao comentar este artigo afirma que: *"Isso é um absurdo, não faz sentido. Pelo menos na cultura brasileira não há como "contornar" a infração. A infração existiu ou não existiu. Ou se pune ou não se pune. O que está no artigo 54 seria absolutamente insensato"*. Talvez ele tenha razão num certo sentido, quando pensamos que esta interferência, via artigo 54, no procedimento punitivo (a legitimação, a priori, de uma conduta que seria uma infração, poderia levar, por meio da questão das eficiências, da relação do cálculo, enfim, da introdução de uma forma de pensar **nitidamente** econômica, que se guia muito mais pelo benefício (a relação do cálculo custo/benefício) a interferências realmente de políticas governamentais que estariam a serviço da legitimação de condutas infrativas nos acordos, nos compromissos, que nos compromissos relativos a desempenho ou até, na forma da desconstituição de atos, influenciando, portanto, o processo punitivo. Neste caso, teríamos eventualmente essa presença da política de governo até mesmo quando a Constituição determina que a lei reprima o abuso do poder econômico.

Tenho para mim que isso não deve ser interpretado (pelo menos no espírito da legislação brasileira) dessa forma. A meu ver, ainda que o artigo 54 tenha, na letra da lei, no seu caput, uma semelhança óbvia com o que disciplina o artigo 20, ele trata de outra coisa, ou seja, aqui não estamos falando *daquelas* infrações. Portanto, no artigo 54, não estamos diante de possibilidade de infração - e até em termos de bom senso: seria uma total loucura exigir de empresas que se apresentassem à Secretaria de Direito Econômico para dizer: *"Estou na iminência de cometer uma infração, por favor me digam se estou correto, ou não"*.

Isso é absolutamente insensato. Portanto, uma coisa não pode ser confundida com a outra já por essa consequência absurda.

Tenhamos, pois, por assentado que, na aplicação da lei, tratando-se de infrações, prevalecem as políticas de Estado, ressalvado o caso em que políticas de governo, de uma forma até inconstitucional, tenham tornado ineficazes aquelas políticas (por exemplo, como acusar de cartel empresas que são chamadas para uniformizarem preços numa câmara setorial).

Vejamos, pois, como entram políticas de governo na apreciação prévia de atos e contratos. A lei vigente começa a dizer, no seu artigo 1º, seus objetivos, disciplinando o seguinte: esta lei dispõe sobre a prevenção e a repreensão às

infrações contra a ordem econômica, etc. Aqui só aparecem duas palavras: prevenção e repressão (o que facilita de novo aquela interpretação curiosa: se só tenho prevenção e **repressão**, o que faz o artigo 54 aqui? Será que ele é uma forma de prevenção?). Pelo que acabei de dizer, não deve ser entendido assim. Portanto, esta lei não trata apenas de prevenção e de repressão, como seu artigo 1º faz crer ele trata de outras coisas. E o que é essa outra coisa? O Dr. Franceschini já discutiu largamente o problema dentro dos quadros do artigo 54 e dentro da Constituição. Será que podemos falar aqui em controle? A Constituição baniu esta expressão já no processo constituinte - não há intervenção do Estado no domínio econômico em termos de controle. As funções atribuídas ao Estado na ordem econômica do artigo 170 ou do artigo 174 são as funções de regulação, fiscalização e planejamento; o Estado atua normativamente, portanto, por meio de leis, e, no exercício dessas funções o que podemos perguntar é se existe espaço para esta forma de intervenção no domínio econômico que, se não é controle é, sem dúvida, ou fiscalização ou regulação ou planejamento. Aprovar ou não, tendo em vista a obtenção ou não de eficiências, uma operação empresarial, resulta numa atividade da autoridade que pode, eventualmente, suspender um ato que, por pressuposto, tem a característica da legalidade: quem faz um contrato, quem realiza uma *joint venture* o faz dentro dos limites da legalidade.

Portanto, o ato é plenamente legal e, no entanto, procuramos essa aprovação junto à autoridade, em última instância, no CADE.

Com que base constitucional o Estado está atuando aqui? A meu ver, o fundamento básico da atuação do Estado, neste domínio, não está na Ordem Econômica, não está no artigo 170, nem nos seguintes, mas nos Artigos 218 e 219 da Constituição, ou seja, está dentro de uma outra ordem na Ordem Social da Constituição (o Título 82). O artigo 218 diz o seguinte: "*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas*". Aí vem: "*A pesquisa científica receberá tratamento prioritário do Estado*". (Tudo isso aqui é política de Estado). "*A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução de problemas brasileiros, para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*". (Tudo isso aqui é política de Estado). Terceiro, "*O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de Ciência, etc...*", "*A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, em criação de tecnologia adequada ao país, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos, que pratiquem sistemas de remuneração, que assegurem ao empregado desvinculado do salário participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho*". (Mais uma vez, política de Estado). E quinto: "*É facultado aos Estados estruturar, vincular parcelas de*

sua receita...". (Bom, aqui temos um instrumento técnico, mas também em termos de política de Estado). Aí vem o artigo 219: *"O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural, sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país nos termos da Lei Federal"*. Embora isso esteja no Capítulo 42 do Título referente a "Da Ciência e Tecnologia", aqui encontramos, na Constituição, o fundamento para aquela atividade do Estado em relação à concorrência. O artigo 54 não tem a ver com abuso de poder econômico. Não está ligado à ordem econômica nos termos do artigo 173 § 4º, mas sim à preservação do mercado como patrimônio nacional (art. 219), onde estão traçadas linhas de política de Estado. Não obstante, como é que as políticas de governo entram na aplicação do mesmo art. 54 da Lei 8.884/94?

Se examinarmos o problema mais de perto, observaremos o seguinte: o governo, como uma de suas tarefas - e isso deveria ser feito por meio de lei (por exemplo, uma lei pragmática) embora, na prática, acabe por vezes, sendo estabelecido por meio de decretos, ou apenas às vezes por **anúncios** de tarefas, promessas a serem cumpridas, o governo, sem dúvida, termina por interferir na apreciação, de atos e contratos, na análise de atos de concentração, na medida em que é sua função, como governo, traçar política industrial, política comercial do país, examinar conjuntamente (tendo em vista o período de governo) o que deverá ou não ser incentivado, aquilo no que está interessado e aqui podem surgir conflitos. Onde estão os pontos conflitantes? Por exemplo, na invocação das necessidades do mercado brasileiro interno em relação com o mercado externo? Isto é, *"Em que medida o aparelhamento do país para enfrentar a concorrência externa deve ser uma prioridade num determinado momento conjuntura/?"* É claro que isso tem a ver com política de governo; a relação com o mercado externo, que está na Constituição, é uma relação muito mais neutra, de absoluto respeito e se encontra no artigo 49 da Constituição. Aqui falamos em independência nacional, prevalência de direitos humanos, auto-determinação, não-intervenção, igualdade entre Estados, defesa da paz e isto é política de Estado brasileiro nas suas relações internacionais. Mas, em termos de política de governo, o que existe é uma monumental competitividade internacional. E aqui, conjuntamente, o que acontece? Temos que levar em consideração os efeitos dos atos e contratos internos em face dos interesses nacionais, até mesmo contra os interesses dos concorrentes internacionais. Isto afeta, na avaliação, a política de Estado? Acaba afetando, pois isto não está na Constituição brasileira, que não diz que o Estado brasileiro deverá se aparelhar para enfrentar, a todo custo, a competitividade de empresas de outros Estados. Isto não está dito ali e é um problema de política de governo a

afetar a política de Estado. Isto acontece também com o problema da instrumentalização dos atos e dos contratos oferecidos à apreciação da autoridade, tendo em vista a própria promoção da atividade interna, a própria política industrial interna. Também isto faz parte de política de governo e aqui existir a chamada "colisão de interesses". (Isto torna realmente a questão às vezes complicada).

Existem casos em que a nossa lei prevê como enfrentar esse problema de colisão de interesses; imagine que viesse para o mundo empresarial *lato sensu* uma norma, como veio para o setor bancário promovendo os acordos e as fusões que estão ocorrendo. Como é que se deveria apreciar essa lei? Ela seria, de princípio, constitucional? Estaria ferindo a lei da concorrência? Como deveríamos julgar isso? É aqui que surge o problema das colisões.

Em termos de colisão, parece-me que ela pode acontecer, por exemplo, na política de governo voltada para o fomento de um certo desenvolvimento tecnológico e, portanto, tendo em vista a criação de cartórios (isso já aconteceu na nossa vida econômica), limita-se a competitividade e favorece-se, com isso, um desenvolvimento tecnológico. Isto é programa, isto é, política de governo que interfere na política de Estado, em que a concorrência é um dos princípios fundamentais. Esse tipo de medida - medidas de interesse social, desemprego: "*facilitar as fusões, porque eventualmente...*", "*impedir isto e aquilo, tendo em vista a possibilidade de emprego...*" ou "*obrigar que os empregos sejam mantidos*", isso pode ser conjunturalmente política de governo. As colisões com a política de Estado, traçada na Constituição, podem aparecer. É evidente que uma das funções do intérprete é trazer isso a uma harmonia. No entanto, como devemos raciocinar quando ocorrem essas colisões?

Aqui entra talvez um eventual conflito entre os raciocínios jurídico e econômico; o raciocínio econômico guia-se mais pela finalidade, fazendo cálculos, e o raciocínio jurídico guia-se mais pelas premissas. Em termos do raciocínio jurídico, a impressão é de que a política de Estado tem que prevalecer sobre a política de governo: *Se houver conflito*, a política de Estado prevalece, ainda que em termos de benefícios no cálculo de custo/benefício, uma eventual aprovação de algum contrato, etc., pudesse, não só a curto, mas até a longo prazo, favorecer-se o desenvolvimento tecnológico, etc., ou até mesmo favorecer o enfrentamento que o país terá que fazer nas competições internacionais. isto é, do ponto de vista jurídico não há como sair, a Constituição tem que ser respeitada e os traços que ela estabelece para o que chamei aqui, interpretativamente, de política de Estado prevalecem sobre os programas governamentais - *quando houver conflito*.

A interpretação, porém, nunca deve visar a inaplicação da lei, mas, ao contrário, deve sempre criar condições para que a lei seja aplicada.

O bom senso diz que o que se deve buscar é a harmonização, e, na aplicação do artigo 54, sob o prisma das políticas de Estado, de traço constitucional, as políticas de governo devem ser valorizadas e adequadas àquele traço constitucional.

Muito obrigado.

SESSÃO DE DEBATES

MODERADOR: DR. ALBERTO VENÂNCIO FILHO

A hora esta avançada mas estamos abertos ao debate.

DEBATES

CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

Parabenizo o Professor Franceschini pela bela clareza da sua exposição e precisão dos conceitos - o que não é nenhuma surpresa! Professor Franceschini, a Constituição estabelece em algum lugar (não me lembro em que artigo) a proteção da força de trabalho em face à automação. Minha pergunta é: existe algum viés entre essa regra e a eficiência inovativa? Como o senhor poderia estabelecer um traço conciliatório entre essa regra e a eficiência inovativa? Muito obrigado.

DR. FRANCESCHINI

Eu disse que ia procurar sarna para me coçar quando pegasse algum conceito econômico, portanto, vamos ver se consigo resolver esta bagunça. Eu diria o seguinte: em primeiro lugar, é claro que o objetivo da lei antitruste é procurar alcançar a eficiência econômica porque esta resulta no bem-estar social, no bem-estar coletivo. Esta é a primeira hipótese de consideração do julgador, na minha opinião. Portanto, a primeira medida deve ser a prevalência de eficiências que possam até prejudicar - esse é um conceito difícil de ser dito em tese, mas em princípio - que possam até prejudicar o bem-estar imediato se houver um ganho de bem-estar social futuro muito maior do que o prejuízo

momentâneo, mesmo porque a economia tem seus mecanismos de reabsorção (por exemplo, de mão-de-obra que não seja mais utilizada em função de avanços tecnológicos). O que procurei dizer é que na análise das eficiências, se estas forem mais ambíguas, devem prevalecer temas não-econômicos como, por exemplo, temas sociais. Não cabe à Legislação de Defesa da Concorrência, primordialmente, tratar de questões de natureza social, por exemplo. É um tema, um item a ser considerado no conjunto global da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Pode parecer um pouco cruel dizer isso, mas existem leis e políticas de governo que procuram cuidar dessas outras matérias. Minha preocupação é a de que não se mesquem disciplinas, porque estas geram desvios - é o que se tentou fazer quando se procurou controlar preços através da Legislação de Defesa de Concorrência, quando se tentou colocar o conceito de direito do consumidor na Lei de Concorrência; são disciplinas afins, há uma inter-dependência, mas cada uma tem seu propósito. Não estou dizendo " *Que bom que estou fechando uma fábrica porque estou criando uma outra fábrica com maior eficiência*". Não, a finalidade da lei me leva a dar prioridade a determinados escopos. É nesse sentido que procurei fazer minha manifestação. Espero ter respondido.

DR. PEDRO DUTRA

Queria cumprimentar os dois palestrantes, começando pelo Dr. Franceschini que pôs - e nunca é muito fazer isso - em boa ordem esses conceitos que vêm sendo confundidos e, sobretudo, os assaltos reacionários à Lei da Concorrência, como controle de preços, preços abusivos, isso tudo, que jamais deveriam entrar aí. E também ao Professor Tércio, lembrando um autor que ele conhece muito bem, o Professor Miguel Reale, que diz que o grande avanço da Constituição atual (embora contraditória), ao definir a ordem econômica ele a diz que o grande avanço se tem no Artigo 173, que diz: "*O planejamento estatal é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado*", lembrando que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios complementares, e não antagônicos. O Professor Reale diz isso citando, inclusive, Pontes de Miranda. Por quê? Porque se o governo quiser fazer política, que faça por meio de leis para que se reduza o que Pontes de Miranda chamava "o quanto despótico do governante", ou seja, o governante não tem vontade fora da lei; sua vontade não pode condicionar um órgão (inclusive feito independente pela lei). Segundo, o Professor Miguel **Reale**, o governante não tem vontade nesse sentido que não seja aquela da lei. Para completar, se a lei confrontar-se ou. fizer com que colhidos interesses com uma lei anterior - essa é uma decisão do Judiciário; haverá uma decisão do

Judiciário para dirimir, então, os espectros de competência e de incidência das normas. Mas quero dizer que é fundamental que se defina (como fez o Professor Tércio) o que é política de Estado e o que é política do governo, colocando esta última em seu lugar, pois sabemos que política do governo no Brasil, historicamente (como também lembrou o Professor Tércio), está associada ao mando que é a teoria política de governo que até hoje mais floresceu entre nós. Muito obrigado.

CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA

Não é meu desejo contraditar as conclusões do Dr. Tércio no que concerne a interferência da política de governo na política de Estado. Só queria ressaltar que a interferência do governo do dia - especificamente no que concerne à política de concorrência - é um fato palpável nos países industrializados (Estados Unidos, Inglaterra, França, Alemanha, etc.). Sempre foi assim historicamente e continua sendo. Se isso é um fato imperativo, o Direito não prestaria melhor serviço não negando essa interferência, mas limitando-a através dos mecanismos jurídicos legítimos? Muito obrigado.

DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ

O reconhecimento dos fatos pelo Direito sempre assume a forma normativa, portanto a forma de um dever. É evidente que quando fiz a oposição entre a política de governo e a política de Estado, em nenhum momento quis ignorar o fato de que existe essa interferência (não há dúvida) e que essa interferência é, inclusive, mais efetiva do que podemos pensar até (em algumas circunstâncias) à margem da lei, também não se discute.

Acho que sua observação é correta, não quis entrar nesse assunto, mas o problema ao qual fomos levados, o problema que levantei foi: em havendo um conflito, o que prevalece, do ponto de vista jurídico? O segundo problema (que é esse que, se eu entendi bem, está sendo levantado) é: como, de um ponto de vista jurídico, podemos administrar e viabilizar a interferência para que ela não se faça à margem? Aqui encontro algumas dificuldades na legislação brasileira: ela pode ser (por exemplo, no caso dos atos de concentração) apreciada no Artigo 54, na análise das eficiências. Sem dúvida nenhuma, quando se faz a análise do aumento (por exemplo, "*Tendo por objetivo cumuladamente alternativamente aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens e serviços, propiciar a eficiência de desenvolvimento tecnológico ou econômico, etc.*", aqui é possível colocarmos também

considerações de política de governo e essa questão se coloca, a meu ver, não só no Brasil, mas também em várias legislações. O problema que se coloca aqui é: qual é o critério básico? A meu ver, esse efeito que pode provocar a política de governo na apreciação, por exemplo, das eficiências, tem que ser visto - e aqui a única saída é uma saída hermenêutica - como complemento. Isto é, quais os efeitos, tendo-se em vista a política de governo, na concorrência do país e como isso deverá ser apreciado? O único caminho é hermenêutico: o lugar, o *locus* normativo está aqui. Agora, o que, a meu ver, deve prevalecer é a prioridade dos pontos de vista da política de Estado. O caminho é, em primeiro lugar, via hermenêutica na apreciação daquilo que a nossa lei chama de condições e que tem sido chamado de eficiências.

Em segundo lugar, há um outro caminho que também está na lei, no Parágrafo 2º: "*Também poderão se considerar legítimos os atos...*" (todos conhecem isso) e aqui vem: "*...quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum*". Aqui também entra, via hermenêutica, a consideração da política de governo dentro da idéia da política de Estado. Esses são os caminhos que temos dentro da lei. O outro problema complicado (e bastante complicado) é saber em que medida pode ou não haver uma direta interferência do governo nas decisões da autoridade administrativa do tipo CADE. Há legislações que prevêm isso expressamente. (A legislação alemã prevê isso expressamente. É a chamada permissão ministerial; o Kartellamt (a agência de cartéis) toma uma decisão contra, recorre-se ao ministro e este muda aquela decisão; aquilo é previsto expressamente na legislação). Isto é um outro caminho. E o caminho aí é uma questão de ordem de política legislativa; se isso convém ou não é uma questão de política legislativa. Recentemente, li um trabalho de um autor alemão (aliás, uma autoridade nesses assuntos - **Ulrich Imengar**) em que ele aprecia esse problema dentro da comunidade. Ao final, depois de considerar a interferência política nas decisões da comunidade, conclui dizendo que vê com cautela um grande risco de discricionariedade na interferência política das decisões da Comissão Européia, isto é, ele olha com suspeita - embora seja alemão e reconheça que o instituto existe. Portanto, eu diria que esse outro lado da disciplina dessa interferência da política de governo na política do Estado - que é a questão do recurso, do recurso a uma autoridade - é uma questão realmente muito complicada e percebemos que essa complicação depende também de usos, de cultura. Na Alemanha não vêem isso com grande cuidado por ser algo que já entrou dentro da cultura. Recentemente, li também um artigo em que se fala o que está acontecendo na Alemanha - estão mudando a lei - e o recorte do jornal fala de uma mudança muito suave; o destaque é para a manutenção da permissão ministerial, ou seja, ninguém ousou tocar neste ponto. Portanto, de

um lado eu diria que os instrumentos são hermenêuticos (os instrumentos jurídicos) e portanto teríamos que dizer aqui que os limitadores são de dogmática jurídica, são questões de procedimento, limitação a abuso, abuso de autoridades - são esses elementos que temos que usar - verificação de se... por exemplo, na interpretação do Franceschini, que eu acho correta; que aquele "*poderá autorizar*" significa "*não poderá deixar de autorizar*" - portanto o ato é vinculado, não é discricionário. Esses são os elementos que vão nos permitir batizar.

A outra questão (que não está na nossa lei) é o problema da interferência direta do governo com a sua política de governo. Na prática, uma questão que me parece importante (mas também é apenas prática e talvez não tenha a ver tanto com a questão da lei) na medida em que nossa lei prevê (por exemplo, no caso dos atos de concentração) o parecer do Ministério da Fazenda e o do Ministério da Justiça, acho que compete à autoridade final (o CADE), dar a devida atenção, por exemplo, ao parecer do Ministério da Fazenda, porque aquilo é um parecer, não é uma decisão do Ministério da Fazenda, é uma parecer; aquele é o momento em que as políticas de governo podem aparecer, surgir. No parecer elas surgem naquele momento.

Portanto, acho importante que o CADE veja isso com olhos interessados, atentos, o que é que o governo tem a dizer sobre isso? Essas são as formas que vejo, na nossa legislação, pelas quais se disciplinaria essa interferência de política de governo nas políticas de Estado.

DR. RICARDO SAYEG, ADVOGADO

A observação que eu tenho a fazer, inicialmente, é em que pese a profunda admiração que tenho pelo Dr. Franceschini, já vem da história da nossa amizade, do convívio, essa sintonia de convicções. Tenho para mim que a Lei 8884 é instrumento direto de defesa do consumidor. Primeiro, quando fala do consumidor lá no início e depois quando faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor em seu Artigo 29 demonstrando, inclusive, o nítido entrosamento entre eles. Vejo que quando o consumidor vai se proteger contra um pequeno comerciante que não se enquadra na titularidade de posição dominante, ele tem o Código de Defesa do Consumidor como defesa, mas quando o consumidor vai se proteger de uma grande empresa que se enquadra na titularidade de posição dominante, **ela** tem essa legislação em seu favor. Inclusive, esse é o critério que tem sido utilizado pela Promotoria de Defesa do Consumidor em São Paulo, que já proporcionou alguns resultados, como o caso de um remédio cujo nome não me lembro bem agora (**Diabinese ou**

Diabenzine), no qual houve uma condenação à indústria farmacêutica, conforme o que foi divulgado pelos jornais e pelo próprio *clipping* do IBRAC. Ou seja, a lei, da forma que foi colocada, é instrumento de defesa do consumidor (inclusive defendi tese que foi aprovada nesse sentido pela PUC: como esse tipo de instrumento em favor da tutela jurídica do consumidor, de modo que a matéria é única nesse sentido, além da defesa da concorrência, que a lei também trata).

Dr. FRANCESCHINI

Em primeiro lugar, só posso dizer que me sinto honrado pelo comentário que me foi dirigido por um colega de tal escopo e lamento discordar, porque não acho que seja pelas inconstitucionalidades que são introduzidas na lei que se pode dizer que essa lei tem o mesmo objetivo de outra lei. Acho que a interpretação deve ser clara: qual é a finalidade de uma lei de concorrência? A finalidade da lei de concorrência não é o mesmo conceito de defesa do consumidor; temos bens jurídicos distintos, titulares de bens jurídicos distintos, as matérias são distintas e sabemos perfeitamente que essa tentativa de inserção do direito do consumidor na lei de defesa de concorrência foi uma tentativa de desvio de finalidade social. Não estou dizendo que não deva haver - como há - uma Lei de Defesa do Consumidor, como há uma Lei de Defesa da Concorrência. A própria inserção do conceito de aumento abusivo de preços (que na minha opinião é uma excrescência jurídica tal como redigida) é inócua, tal como a remissão genérica à defesa do consumidor. O conceito de aumento abusivo de preços é inócua porque, como todos sabemos, aquela relação didática do Artigo 21 da lei se remete diretamente ao Artigo 20 - ali estão os tipos puníveis e apenas aqueles - portanto o aumento abusivo de preços só pode ser uma infração à ordem econômica na medida em que gere uma dominação de mercado (o que é difícil de imaginar), ou uma eliminação de concorrente (o que é difícil de imaginar), pode haver um conceito de aumento arbitrário de lucros, que é um conceito inteiramente diverso do aumento abusivo de preço - não tem absolutamente nada a ver. Portanto, com todo respeito à tese do colega, que foi brilhantemente defendida - e vão aqui os meus respeitos profundos - mas acho que a tentativa de utilização de normas para fins diversos não serve ao progresso da ciência jurídica e muito menos do direito positivo brasileiro. Agradeço, de qualquer forma, a sua observação, com muito respeito.

CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

O princípio da subsidiariedade foi levantado com a assinatura do Tratado de **Maastricht** e aqui nesse material que o senhor distribuiu itens 18 e 19, é dado um conceito para o princípio da subsidiariedade, muito discutido na Inglaterra, por exemplo, em toda a Europa. A minha pergunta é: este conceito colocado aqui nos itens 18 e 19, especificamente o princípio da subsidiariedade no que concerne às competências entre a Comunidade como uma estrutura centralizada e as competências locais de cada país, não é? Este conceito que está aqui é definitivo, geralmente aceito no âmbito da Comunidade ou há alguma discrepância?

DR. JUAN ANTONIO RIVIERE MARTÍ

¡Muchas gracias! Le agradezco que haya comentado el documento será distribuído, es solo la introducción del informe de competencia del año 95 que el IBRAC tiene la gentileza de distribuir con todos los documentos de la conferencia después. Les he dado la introducción para que tuvieran un poco de gusto de como se desarrolla la política. El punto 18 está también en contacto con el punto 19, está en contacto con el punto 18. El punto 18 dice claramente que el principio de subsidiariedad exige que sea la autoridad más adecuada la que intervenga. Esta es un principio para facilitar las soluciones de las temas en líneas generales en toda la política comunitaria que se intenta aplicar como filosofía de gestión. No es un principio jurídico en el puro sentido. Se intenta interpretar ahora, en los últimos años, como hay que entender la subsidiariedad y la subsidiariedad se entiende desde el punto de vista práctico, pasar al Estado la solución de lo que el Estado puede hacer mejor. En este sentido si esta lo quiere considerar como un principio jurídico, lo puede, pero es más bien un concepto de gestión de la Unión Europea. En el tema de ayudas específico, tiene otro sentido y es que las ayudas del Estado, tiene la Comisión la competencia exclusiva de controlarias. Entonces lo que quiere decir en este punto es que precisamente aquí conviene que no haya subsidiariedad, que sea el Estado el que realmente controle las conductas en los casos de subsidio del Estado, que tiene un sentido un poco distinto - el párrafo, no el principio.

MODERADOR DR. ALBERTO VENÂNCIO FILHO

Eu acho que as três discussões desta última sessão podem levar a gente a discutir até de madrugada mas a hora está avançada e há pessoas que precisam retornar.

Em nome do IBRAC eu queria agradecer a presença de todos os senhores e esperamos muito em breve reuni-los novamente em outros seminários, agradecer a todos que colaboraram com a realização desse evento, especialmente a Transbrasil que facilitou o transporte.

Esta encerrada a sessão.