

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 8 número 1 - 2001

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 8 número 1 - 2001

ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC***

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Editor: : José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

PAINEL I: - ATOS DE CONCENTRAÇÃO GLOBAIS - JURISDIÇÃO	
SOBERANIA GLOBAL	5
Coordenador/Chairman: Dr. Mauro Grinberg	5
Dr. Ubiratan Mattos:.....	5
Dr. Mauro Grinberg:.....	6
Prof. Rui de Moura Ramos:.....	7
Dr. Mark Powell:.....	15
Profa. Elizabeth Farina:.....	59
Prof. Fernando Marques:.....	61
DEBATES.....	63
PAINEL II	78
CARTÉIS- IDENTIFICAÇÃO, INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO CARTELS - <i>IDENTIFICATION, INVESTIGATION AND SANCTIONS</i>	78
Coordenador/Chairman: Dr. Laércio Farina.....	78
Dr. Pedro Dutra:	79
Dr. Paulo de Tarso:.....	87
Dr. Darwin Corrêa:.....	108
Dr. Rui de Moura Ramos:	110
Dr. Paulo Corrêa:.....	116
Dr. Carlos Francisco de Magalhães:.....	122
Dr. Mário Possas:	125
DEBATES.....	130
ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO 2000.	155
Dr. Ubiratan Mattos:.....	155
PAINEL III.....	159
ALIANÇA NO E-BUSINESS.....	159
E-BUSINESS ALLIANCES (COALITIONS).....	159
Coordenador/Chairman: Dr. Antonio Fernando Bessa:.....	159
Dr. Willian E. Cohen:.....	159
Dr. Cleveland Prates Teixeira:	170
Dr. Marcelo Calliari:	189
Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini:	208
Dr. Arthur Barrionuevo:.....	211
Dr. Pietro Ariboni:.....	215
DEBATES.....	217
PAINEL IV - ALTERAÇÃO DA LEI 8.884.....	227
<i>THE REFORM OF BRAZILIAN COMPETITION LA W</i>	227
Coordenador: Dr. Ubiratan Mattos	227
Dr. Cláudio Considera:.....	228
Dr. Paulo Corrêa:.....	232
Dr. Paulo de Tarso:.....	236
Dr. Darwin Corrêa:.....	241
Dr. João Grandino Rodas:	242

Dr. João Bosco Leopoldino:	250
Dr. Cláudio Considera:	254
Dr. Celso Campilongo:	258
Dr. Amauri Ressalvo:	261
DEBATES	264

PAINEL I: - ATOS DE CONCENTRAÇÃO GLOBAIS - JURISDIÇÃO SOBERANIA*

GLOBAL MERGERS - JURISDICTION & SOVEREIGNTY

Coordenador/Chairman: Dr. Mauro Grinberg

Abertura - Dr. Ubiratan Mattos: - Presidente do IBRAC

Senhoras e senhores, bom dia! É um prazer tê-los aqui em Campos do Jordão. Ontem à noite eu fiquei pensando o que quê eu deveria dizer às senhoras e aos senhores, para abrir este seminário. E, ao final me ocorreu contar um pouco da história do IBRAC, como o IBRAC surgiu.

Há cerca de dez anos atrás, em Gramado, foi realizado o 1º Seminário Internacional de Defesa do Consumidor. O código era então recém editado, o Ministério Público estava muito ansioso pela aplicação do código e houve um debate muito acalorado, e eu diria até muito agressivo, com a participação do Ministério Público e do então recém criado IDEC, e se falava muito até do primeiro cadastro nacional do mau fornecedor ou algo parecido. Um grupo de advogados e economistas ao final do 1º painel à noite, foi tomar uma cerveja e comer pizza num lugar muito gostoso em Gramado e surgiu a idéia de se criar o que naquela época nós chamamos de o IDEC do fornecedor, que era uma forma de criar o interlocutor que pudesse intermediar as relações entre fornecedor e consumidor. Essa idéia evoluiu, o Dr. Carlos Francisco de Magalhães teve uma participação muito decisiva nisso, e um belo dia se decidiu fundar o IBRAC. Era um grupo de pessoas muito pequeno, mas um grupo muito ambicioso, e a partir daquela simples idéia então o IBRAC foi constituído, a ambição daquele grupo evoluiu, e nós passamos então a buscar e conseguimos muitas coisas. E hoje nós estamos realizando o que já é o VI Seminário Internacional, com a presença de ilustres convidados estrangeiros que o Dr. Mauro Grinberg cuidará de apresentar, além da prestigiosa presença das senhoras e dos senhores.

Quando nós abrimos as inscrições para este evento, imaginávamos que o hotel seria suficiente para comportar tão ilustre platéia; mas com poucos dias nós tivemos que reservar um outro hotel; este está completamente lotado,

* Os textos aqui apresentados são transcrições das fitas de audio do Seminário e reproduzem, em sua maior parte, o registro oral das participações com algumas pequenas modificações.

o segundo hotel está completamente lotado e nós temos um público de cerca de 200 pessoas. E as senhoras e os senhores são reconhecidamente a parcela representativa e única em assuntos da concorrência. O IBRAC se consolidou não como o único, mas o mais importante interlocutor dos assuntos versando sobre concorrência entre a comunidade, a sociedade e o governo. Nós conseguimos um destaque excepcional a nível nacional e isto pela participação, pelo incentivo, pelo entusiasmo das senhoras e dos senhores. O IBRAC é ouvido, o IBRAC contribui, o IBRAC é um interlocutor deveras importante, e isto não só nos deixa de uma certa forma envaidecidos como também nos estimula a prosseguir e a buscar alvos bem maiores. Em qualquer momento deste seminário, eu cuidarei de fazer uma breve prestação de contas do que foi realizado este ano, eventos muito significativos, e do que nós pretendemos para o próximo ano. Isso nos deixa realmente muito felizes e ficamos especialmente gratos pelo apoio e pelo entusiasmo demonstrado pelas senhoras e pelos senhores.

Nós teremos um programa bastante movimentado e eu me recordo do nosso amigo Juan Martí Riviére, da Comissão Européia, quando ele nos dizia lá em Bruxelas, que dos seminários que ele participa, e que são muitos, por todo o mundo, o que ele mais gosta é o seminário do IBRAC, pelo simples motivo de que a informalidade permite o contato direto, aberto e franco entre as autoridades e a própria comunidade do IBRAC. Este é tom dos nossos seminários. Não foi por outra razão que o nosso Secretário Geral distribuiu uma circular dizendo que o dress code era casual. Nós queremos realmente ter e manter esta informalidade e queremos ter um debate franco e aberto a respeito desses temas. Temos um programa que começa com este primeiro painel de Concentração Global - Jurisdição e Soberania, coordenado pelo nosso diretor, o Dr. Mauro Grinberg. Hoje à tarde teremos a entrega do prêmio IBRAC/ESSO de Monografia, e amanhã teremos um painel muito - eu diria - acalorado, a respeito do anteprojeto de criação da Agência. E gostaria de ressaltar a importância e a responsabilidade que recaem sobre nós, porque nós estamos criando a Defesa da Concorrência no Brasil. Essa responsabilidade recai sobre cada um de nós. No futuro, nós seremos uma lembrança, mas uma lembrança muito importante porque este momento que nós vivemos, que a sociedade brasileira vive é muito significativo, é o momento em que se consolida de fato a defesa da concorrência. Então, mais uma vez muito obrigado pela presença das senhoras e dos senhores. E com estas palavras eu declaro aberto o VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência.

Dr. Mauro Grinberg:

Senhoras e Senhores, muito bom dia! Aberto o seminário, o nosso primeiro tema é referente às concentrações globais, que é um dos que mais chamam a atenção dos militantes do setor.

É muito comum nós tratarmos no Brasil de concentrações julgadas em diversas jurisdições. Se eu puder falar de uma experiência pessoal, que é ao mesmo tempo universal já que todos aqui tem a mesma, vi um caso recentemente com 35 jurisdições envolvidas, requerendo atenções muito específicas. Já ouvimos em congressos internacionais sugestões para que se crie um organismo internacional nos moldes da Organização Mundial do Comércio. Nós podemos até perguntar o que acontece se uma concentração global é aprovada em alguns países e não é aprovada em outros onde haja instalações dos agentes envolvidos. Mas, enfim, isso é o que os nossos expositores vão falar.

Nós temos hoje um painel muito feliz: à minha esquerda imediata o Dr. Mark Powell, que é advogado militante, mais adiante o Prof. Gesner Oliveira, que dispensa apresentações a essa platéia, à minha direita, após o Dr. Ubiratan Mattos, Presidente do IBRAC, o Prof. Rui de Moura Ramos, magistrado, e, quanto aos debatedores, uma economista e um advogado. Farei as apresentações antes de cada apresentação.

Passo imediatamente a apresentar o primeiro expositor, Professor Rui de Moura Ramos, Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias, que julga exatamente as decisões da Comissão Européia em matéria concorrencial; ele é formado, pós-graduado e com Doutorado pela Universidade de Coimbra, onde é Professor de Direito Internacional, representante de Portugal na Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado; é autor de vários livros e artigos e, detalhe muito importante, é um extraordinário anfitrião do IBRAC no Tribunal. Então, eu passo imediatamente a palavra ao Prof. Rui de Moura Ramos.

PROF. RUI DE MOURA RAMOS¹:

Muito obrigado. Antes de mais, queria agradecer ao IBRAC o amável convite que me dirigiu para estar aqui entre vós, e além de agradecer eu queria felicitá-lo pela... aproveito a oportunidade para felicitar tudo que o IBRAC tem feito, que eu conheço sobretudo através dos relatos dos dirigentes e da revista, que é um depositário extremamente importante daquilo que se

¹ Juiz no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e professor de Direito Internacional Privado e de Direito Comunitário na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

tem feito no Brasil sobre Direito da Concorrência, e queria felicitá-los também por terem reunido aqui uma tão larga assistência interessada nessas matérias.

A circunstância desta assistência se interessar por Direito da Concorrência, é um reflexo de fenômeno maior. O Direito da Concorrência hoje, nos nossos, dias é objeto de interesse de todos os sistemas jurídicos e o fato de ele ser objeto do interesse de todos os sistemas jurídicos faz com que a maior parte desses sistemas tenham regras de direito da concorrência. E, essas regras de defesa da concorrência muitas vezes, algumas delas pelo menos, esquecem-se de prever a hipótese que é a hipótese comum em que elas vivem que é a de viverem em conjunto com outras regras de proteção à concorrência de outros sistemas. Independente de saber se, essas regras são ou não, mais ou menos uniformes e eu quando digo uniformes digo uniformes casualmente, não porque se tenha tentado que elas fossem uniformes, mas independentemente dessas regras serem próximas umas das outras, o que acontece é que a mera circunstância de elas poderem vir a ser aplicadas por autoridades estaduais diferentes levantam o problema que o nosso presidente do painel apontou, que é a hipótese de conflitos na aplicação das regras sobre concorrência. Esses conflitos nem sempre estão expressamente previstos, ou pelo menos não está expressamente prevista a sua regulamentação e tal acontece designadamente com a hipótese da qual eu vos falarei com pouco mais de cuidado que é a hipótese do Direito da Concorrência da Comunidade Européia.

Mas, a questão vem mais de trás e surge no próprio ambiente onde surgiu o Direito antitrust, isso tudo nos Estados Unidos, e ela foi de algum modo resolvida logo nos Estados Unidos por um acórdão da Suprema Corte Americana, no caso a Alcoa, onde se disse em determinada altura qualquer coisa que ficou até hoje, que os tribunais americanos tinham competência - jurisdiction para atuar o direito antitrust norte americano sempre que o comportamento em causa fosse suscetível de produzir interesses nos Estados Unidos de afetar a economia americana. Tanto foi a consagração clara e primeira da teoria dos efeitos que a Suprema Corte realizou e que veio a influenciar até hoje praticamente todas as jurisdições e todos os sistemas jurídicos. O problema da teoria dos efeitos é que ela é demasiada, ela permite um grande imperialismo na sua aplicação, ela permite que cada entidade estadual, cada jurisdição que se vá pronunciar considere que uma concentração se tomou global e vem a afetar os seus interesses, e portanto se afetar os interesses sobretudo nacional é possível responder, é possível agir face a essa concentração. É possível agir, é possível ela agir desde logo do ponto de vista normativo, não quer dizer que é possível ela agir em termos de execução, ou melhor há duas questões que aliás o Direito norte-americano identifica de forma completamente clara, fala de um a jurisdiction to prescribe

e de uma jurisdiction to enforce. É evidente que no que toca a segunda, no que toca a possibilidade praticar atos em relação aos autores da concentração, isso só é possível dentro das fronteiras do Estado em causa. A idéia de soberania permanece aí e nenhuma autoridade pode por si só praticar atos de coerção fora do seu território.

Mas, esta idéia da teoria dos efeitos teve uma longa história nos Estados Unidos e veio a ser um pouco mais tarde objeto de uma interpretação mais restrita. Mais perto de nós a Suprema Corte orientou-se para uma interpretação implica em algum equilíbrio e a Suprema Corte, devo dizer os acórdãos *Thimberlain &...* mais recentes que a aplicação do direito antitrust norte-americano se devia fazer tendo em conta um teste que iria tentar graduar a relativa importância dos interesses dos Estados Unidos que estariam em causa, que seriam afetados pela concentração e também a competência de outros Estados que seriam igualmente afetados por essa concentração. Portanto, o Supremo Tribunal Americano abdicou de uma aplicação lata da teoria dos efeitos, e essa interpretação mais restrita ainda, mais razoável, mais dentro da idéia de uma *role of reason* que inspira aliás como sabem todo o sistema jurídico norte-americano em matéria de concorrência, essa interpretação veio de algum modo a ser codificada no *Statement of Foreign Affairs* na terceira versão que é a que está atualmente em vigor nos Estados Unidos. Portanto, os Estados Unidos partindo de uma posição mais clara e nítida evoluíram mais recentemente para uma posição mais balanceada.

O que se passa na Europa e o que quê se passa na Comunidade Européia? Bem, aí nós temos o mesmo problema, aí nós temos uma solução pouco particular. Essa solução americana inspirou claramente todos os direitos nesses tribunais, dos Estados Unidos e da Comunidade Européia, e aí claramente o direito nacional mais completo e mais codificado que é o alemão, prevê desde os anos 50, desde a lei dos direitos da concorrência, uma regra que diz que os preceitos dessa lei aplicar-se-ão sempre que o ato em causa tenha efeitos num território da Alemanha. Portanto, no fundo é codificação da jurisprudência a *Alcoa*, é codificação da teoria dos efeitos que é aplicada na América, e isso veio a ser feito também em Portugal, no direito de defesa da concorrência em 83, e mais ou menos ou através de ato legislativo ou através de interpretação judicial nos demais países da comunidade. E, o que é que se passa com a comunidade no seu todo? Com a Comunidade no seu todo, a comunidade tem vá lá a sua codificação essencial do direito primário nos artigos, antigo artigo 85 e 86 hoje 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia, e tendo depois vá lá o instrumento de direito derivado mais relevante, o regulamento sobre o controle de concentrações. Quer num caso, quer noutra não há regras claras que resolvam esse problema, que resolvam portanto a questão do campo da aplicação no espaço das regras de direito comunitário da concorrência. E na ausência de regras claras a

jurisdição comunitária veio a ser obrigada a tomar uma posição nesse propósito. Essa posição foi mais ou menos variando um pouco ao longo do tempo e essa variação tem algum interesse na medida em que a evolução desta posição no contexto da Comunidade Européia, não segue as mesmas linhas da evolução da posição americana que eu acabei de me referir. O Tribunal das Comunidades teve inicialmente que se pronunciar quanto ao campo de aplicação no espaço do direito da concorrência, quanto a sua possível extra-territorialidade, aplicação em relação a concentrações ou a comportamentos realizados fora da comunidade, em relação a situações típicas dos artigos 85 e 86. Portanto, ou acordos entre empresas ou práticas concertadas, acordos entre empresas e práticas concertadas que não envolviam apenas intervenientes sediados no território da comunidade, mas que a Comissão entendia que tinham efeitos no território da comunidade e na economia comunitária. Mas, como diz os acórdãos, o tribunal procurou ater-se a um posicionamento clássico em direito internacional público e anterior ainda a idéia da teoria dos efeitos que era a idéia de que a comunidade tinha competência para regular atos de concentração ou outros, ou práticas concertadas ou acordos quando esses atos tinham contactos com o território da comunidade. Portanto, estamos na pré-história da teoria dos efeitos, estamos na idéia dos contactos, quando a situação tinha contactos com o território da comunidade. É essa a primeira posição que o Tribunal segue, mas em breve verifica que essa posição é insuficiente. Verifica que essa posição é insuficiente, porque é obrigado a confrontar-se com situações de concentração em que, em práticas concertadas sobretudo e acordos, em que a Comissão tinha aplicado o direito comunitário do artigo 85 e artigo 86, a situações em que não havia... em que os intervenientes e em que os acórdãos em princípio, muito embora tivessem efeitos sobre o território da comunidade, se colocavam fora do espaço comunitário, e o tribunal resistiu sempre por razões que não é muito claro explicar, resistiu sempre a consagração da teoria dos efeitos, que nos Estados Unidos já tinha se consolidado a muito tempo. O tribunal, utilizou no último acórdão importante em que se pronunciou sobre isto, um acórdão sobre pasta de papel, e utilizou uma fórmula um pouco estranha, eu venho dizer que as práticas concertadas, no caso de concentração, as práticas concertadas estavam sujeitas ao direito comunitário porque muito embora tivessem a sua radicação fora do território da comunidade tinham sido objeto de uma execução que tinha tido lugar no território da comunidade. Portanto, havia a idéia de que... foram praticados atos de execução no território da comunidade e que o fato de se praticarem atos de execução no território da comunidade justificava a competência da comunidade. Mas, nada se dizia sobre os efeitos, o tribunal rejeitou expressamente a proposta feita pelo Advogado Geral que tinha proposto ao tribunal que decidisse no mesmo sentido, mas através da consagração clara e nítida da teoria dos efeitos. O ficar-se na situação anterior

era mais de acordo com a clássica idéia do princípio da territorialidade e não reconhecia de algum modo a especificidade do direito da concorrência e por outro lado ficava aquém das posições que os Estados Membros já tinham assumido quanto aos direitos nacionais.

Recentemente o Tribunal de Primeira Instância teve que se confrontar com uma hipótese muito particular em relação a qual deu um salto e perfilou claramente a teoria dos efeitos. Tratava-se de uma concentração notificada por duas empresas sul-africanas que atuavam sobretudo no mercado da platina e uma delas era uma empresa subsidiária de uma empresa incorporadora em Londres. Portanto, havia algum laço com o território da comunidade uma vez que uma das empresas era subsidiária, era detida a 100% por uma empresa inglesa, isto é, uma empresa que muito embora não tivesse a sede no Reino Unido era a incorporadora no direito inglês. Ora, o que quê a Comissão concluiu? A Comissão concluiu que a concentração afetava claramente o mercado comunitário relevante, que era o mercado da platina, e que produzia efeitos no território da comunidade e sem mais aplicou o regulamento 40/94 visto que a concentração se encontrava dentro dos limiares previstos no regulamento. O regulamento não tem qualquer menção quanto a sua aplicação no espaço, mas tem como conhecem, os limiares quantitativos que no caso se verificava, e então a Comissão aplicou o regulamento e proibiu a concentração. As empresas intervenientes atacaram a decisão do tribunal, e atacaram dizendo que o regulamento não se aplicava a não ser as concentrações que se verificavam no território da comunidade, era portanto um regulamento interno por assim dizer, e para isso invocavam a ausência de qualquer preceito em contrário no regulamento, e além disso evocavam outro argumento, ainda que o regulamento pretendesse aplicar-se a concentrações que tem o lugar fora do território comunitário, essa aplicação seria ilegal porque violaria os princípios fundamentais do direito internacional público, e o tribunal teria portanto necessidade de desta vez abordar a questão de frente, e desta vez não tinha possibilidades de recorrer à solução do Tribunal de Justiça, pelo menos de forma coerente, porque tratando de uma concentração que tinha sido notificada e que não tinha sido ainda realizada, não havia atos de execução da concentração e, portanto é difícil falar na versão que tinha sido dada no acórdão por parte da Ora, quanto ao primeiro ponto, o tribunal disse claramente que o regulamento 40/94, não distingue entre concentrações que tenham lugar no território da comunidade e concentrações outras, ele aplica-se indistintamente a toda e qualquer concentração desde que os limiares tenham sido previstos. (...) Mas depois havia que encarar a questão de fundo que no fundo era a prática suscitada em termos quase de exceção de legalidade do regulamento, não era uma exceção de legalidade porque o regulamento não tinha no menor ...que se aplicava naquela caso, mas era saber se o comportamento da comissão se poderia

considerar como uma violação das regras do Direito Internacional Público. E o tribunal aí disse claramente que não, mas deu o talo passo, disse que não porque considerou que o texto a aplicar era o teste da teoria dos efeitos, e portanto que a legislação comunitária se poderia aplicar em termos conformes ao direito internacional público desde que o ato de concentração em questão tivesse efeitos diretos, imediatos, substanciais e previsíveis no território da comunidade. Portanto, o tribunal adotou claramente a posição que a teoria dos efeitos tinha sido levada a adotar, e deu um salto em relação a evolução a que essa questão tinha tido no direito comunitário. O acórdão, não foi sujeito e recurso e portanto essa doutrina ou essa primeira aplicação da doutrina permanece consagrada no sistema jurídico comunitário.

Quais são os problemas que daqui decorrem? Eu creio que no caso concreto que o tribunal resolveu e dados os fatos da causa a aplicação é justificada, mas não é isso que está aqui em causa, o que está aqui em causa são os problemas que resultam dessa posição e que são vá lá um pouco aqueles que o nosso presidente dessa seção já se referiu. A concentração com toda a certeza tinha muito mais efeitos no mercado sul-africano do que no mercado da comunidade, e então o que quê acontece, se as autoridades sul-africanas quisessem também aplicar o seu direito antitrust nesse caso. Havia aqui um conflito de normas que dificilmente poderia ser resolvido naturalmente. Ora, acontece que no caso de espécie a questão punha-se de forma um pouco particular, no caso de espécie o que quê nós tínhamos, no caso de espécie o tribunal tinha uma carta das autoridades sul-africanas em que se dizia isto: a República da África do Sul não vê quaisquer inconvenientes a esta concentração; a República da África do Sul. era uma carta escrita em linguagem diplomática, era um texto imanado do governo da África do Sul, do Ministério da Economia, e no fundo dizia que o governo da África do Sul não punha qualquer inconveniente a concentração, mas dava a entender que pelo contrário, a República da África do Sul favoreceria a concentração, mas daqui resultava claramente que podia haver um conflito de policies entre a Comunidade da África do Sul, para a comunidade interessava limitar a concentração, para a África do Sul interessava eventualmente favorecê-la, mas não havia um conflito de normas porque a África do Sul não podia impor a concentração e portanto, o que resulta do direito sul-africano era a inexistência de obstáculos à concentração, e daí o Tribunal tomou nota dessa circunstância e usou esse argumento como um argumento adicional para justificar a inexistência de conflitos positivos na aplicação de normas sobre o controle da concorrência, e portanto sem ter entrado claramente nisso, justificou no fundo pela posição em concreto no caso, das autoridades sul-africanas, justificou aí vá lá a circunstância de não ter entrado num teste mais balancê, um teste semelhante aquele que hoje a jurisprudência norte-americana preferiu depois de *Thinberlain* e ...*Mills*. Portanto, nós temos hoje no direito

comunitário uma posição um pouco absoluta, uma concentração da teoria dos efeitos em termos um pouco irrestritos que é claro não prejudica que mais tarde numa hipótese em que haja um conflito com normas de outros países, o Tribunal venha a tomar uma posição diferente uma vez que essa situação não estava no caso concreto. Portanto aqui, mas a circunstância ideal não se ter posto de neste caso não significa que o problema não se ponha em toda a sua crueza. O que fazer se por hipótese uma das 37 jurisdições referidas por nosso presidente, e se a situação ocorrer? Face a isso não há dúvida nenhuma que não é suficiente a situação que o direito comunitário atualmente consagrou, e também não é suficiente confiarmos numa aplicação nos termos da rule of reason dos vários direitos e da concorrência em presença. Não é possível, porque é evidente que não se pode evitar que em concreto essa interpretação vá chegar a situações de conflito. Portanto, a única hipótese possível, creio eu, é realmente aquele que foi sugerida pelo nosso presidente, é que num fórum mais global se caminhe para uma qualquer possibilidade de tentar prever mecanismos que prevejam e possibilitem uma articulação no comportamento das diversas autoridades em presença, porque o problema aqui não está nas regras, as regras são quase todas as mesmas e o problema nem sequer está na interpretação, quanto a saber se há ou não há efeitos significativos e substanciais quanto ao ato de concentração em diversos mercados e diversas ordens jurídicas, o problema está em como organizar uma restraint (rule) e limite de atividade da parte dos órgãos de proteção da concorrência dos vários estados. Creio que, não há alternativa para esta situação nos tempos mais próximos, e o fórum natural para se tentar essa concentração é o espaço da Organização Mundial do Comércio. Agora, também é igualmente claro que a situação embora esteja madura para isso, não se vêem sinais da parte dos intervenientes que caminhem nessa direção. Possivelmente chegar-se-á aí e chegar-se-á eventualmente como já se chegou em certas circunstâncias, por exemplo a comunidade no espaço comunitário houve uma fusão importante, uma fusão no domínio da aviação recente, McDonald Douglas, em relação a qual a comissão não levantou obstáculos ou pelo menos negociou algumas limitações que levaram aquela decisão que veio a ser possuída, não fosse uma decisão que tivesse impedido a concentração. Esta atuação das entidades comunitárias foi seguida na prática de contatos claros com as entidades americanas. Portanto, houve aí, não digo que tenha havido uma concertação, mas na prática a atitude do órgão administrativo da comunidade tomou em conta a posição do outro, das autoridades reguladores, de outros mercados onde a concentração tinha efetivamente efeitos. Ora bem, isso prenuncia da parte das autoridades comunitárias a aceitação, pelo menos ao nível da decisão política de um balance teste Portanto, as autoridades comunitárias não foram aplicar o direito comunitário da forma que aplicariam se não tivesse havido uma posição forte num outro sentido das autoridades americanas. No

fundo, se compararmos a situação com a situação que eu me referi do mercado sul-africano, portanto o caso McDonald com o caso (Gemcore) a diferença está em que no caso (Gemcore), muito claramente a África do Sul disse: nós não temos problemas com a concentração, mas não disse: nós insistimos na concentração. E, portanto aí a comunidade avançou e o tribunal cobriu a comissão, num caso em que a comissão se defrontou com uma posição clara e forte do outro país em que questão, ela adaptou a sua posição tendo isso em consideração. Então, isso significa que o balance test que o tribunal não recorreu porque não teve que recorrer foi na prática utilizado ao nível do comportamento da comissão, e isto é interesse porque apesar de não se poder identificar esta linha na evolução jurisprudencial, pode portanto identificar-se esta linha ao nível da evolução do comportamento dos órgãos de administração e isto significa que há um certo caminhar do lado de cá e do lado de lá do Atlântico ao longo das mesmas linhas. Mas o fato de até agora se poder identificar este ponto de contato, não significa que na maior parte dos casos em que a concentração global se vá fazer na sua apreciação ao nível de diversas jurisdições, o conflito não apareça em termos mais fortes e irrecusáveis quase, e que portanto parece-me que a única hipótese que há para enfrentar a situação é o estabelecimento de regras de procedimento, de regras de procedimento entre as autoridades interessadas que permitam limitar a eclosão de um conflito. Nós não podemos resolver por regras materiais neste momento a situação, não se pode dizer que será o Estado que for mais afetado que irá aplicar as suas regras, portanto na hipótese de não poder ela chegar através de uma regra material a solução será através de um procedimento de concentração ou de um procedimento que leve a aplicação restrita e limitada da competência de cada Estado ou de cada... organização internacional neste domínio

Eu ficaria por aqui reservando para comentários mais relatos, para o debate posterior. Muito obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, eu agradeço aqui a exposição do Prof. Rui de Moura Ramos. Ele me deixou muito contente porque eu vejo aqui um caminho traçado, mas fico também muito preocupado pois vejo um longo caminho pela frente nessa discussão sobre a compatibilização dos vários sistemas. O Professor Rui de Moura Ramos foi fantástico, claríssimo, em sua exposição

Vou passar imediatamente ao Dr. Mark Powell, que é sócio de White & Case, residente em Bruxelas, sendo que suas principais áreas de atuação são Direito da Concorrência, com foco em tecnologia e informática,

propriedade intelectual e comunicações. Tem atuado em nome de empresas de comunicações, mídia, de produtores de videogames e de cinema, bem como de empresas farmacêuticas. Tem grande experiência em fusões e aquisições e suas conseqüências no Direito da Concorrência. Um detalhe muito curioso é que o Dr. Mark Powell tem um conhecimento razoável do nosso idioma, pois trabalhou em Ventura e Matosinhos, em Lisboa.

DR. MARK POWELL:¹

Bom dia, antes de começar, queria agradecer ao IBRAC pelo seu convite, para falar nesta conferência prestigiosa, e penso que é importante este gênero de conferência para aumentar a transparência, para facilitar o contato entre todas as partes. Mas, em vez de massacrar a língua belíssima portuguesa, preferi falar (ufa) em minha língua materna.

So, Good Morning, what a shock! Human perceptions of the same set of circumstances can vary and this is illustrated by the famous story of Sherlock Holmes and Dr. Watson, who are lying in a field in the middle of the night, and they are looking up at the stars, and Sherlock Holmes says to Dr. Watson: "Watson, what do you do you make of this. And Watson reflects for a couple of minutes and he replies, "Well, I think astronomically, I can see thousands of stars this evening, but I realize that there are thousands of more stars that I cannot see with the naked eye. Astrologically speaking, I can see that Pisces is moving into Aries. Chronologically speaking, it's about three o'clock in the morning, and meteorologically speaking, it's a fine evening".

So Watson turns to Holmes and says: "Well, Holmes, what do you make of this?" And Watson replies, "Well, Watson, I think that someone has stolen the tent". And today I would like to give my view of global merger control and from a practitioner's standpoint and I think the conclusion that we reach, looking at transactions on a global basis is that someone has stolen the tent. So what I would like to do is to give an introduction which will look at the, a given overview of the European system. I think this is important because it's a regional form of competition policy. It's kind of unique. And I'd also like to look at how it's been working for the last ten years, and finally I will turn to the problems posed by the proliferation of competition rules on a global basis and propose some changes. I guess. Right, so that's the outline. Let's turn now to the Merger Regulation, Prof. Ramos has touched on this in the context of extraterritoriality, but the interesting feature of the EU Merger Regulation was that it took so long to be adopted, the debate took around 17 years in the Council, before they decided to adopt the Merger Regulation. And

¹ Advogado da White & Case LLP, Brussels, Belgium

why was that? Basically, because the French and the Germans and the British said: "we have a perfectly good system of merger control, we don't need anything in Brussels. However, eventually, after lengthy discussions, Merger Regulation was adopted in 1989 and it entered into force in 1990 and two months ago in Brussels, there was a conference to try to determine, you know, had this been an interesting, had this been a useful experimento And I think the consensus was that the Merger Regulation has been extremely successful. It offers a one stop shop; it is quick, and you know where you stand, it is predictable, you know what the deadlines are, when you go into a transaction, you know the timetable. And in fact it has been so successful that many European countries have taken the Merger Regulation and introduced them into their national regimes. So, I think today the majority of European countries have their own version of the Merger Regulation. Now we get continuous debate as whether the thresholds in the Merger Regulation should be lowered to catch more transactions, and then there is a tension between the business community which wants to lower the thresholds so that more transactions go to Brussels and the national competition authorities, they have just set up this new regime, and of course, they have an interest in it being used, so that debate continues in Europe. Let me turn now to what triggers a filing in the EU, while it' s a concentration of the community dimension. The term concentration causes some confusion among business people, but basically, its in mergers and acquisitions and that includes an acquisition of sole control, so if a company has joint control over an entity and it then acquires sole control, that triggers a filing under the Merger Regulation. As do full function joint ventures. So if a joint venture is set up on a lasting basis and it is an autonomous economic entity, then it has to be filed with the European Commission provided it meets the thresholds. Well, what are those thresholds? Initially, in 1989, there was a global threshold of 5 billion Euros which I used to say was around 5 billion dollars, but the Euros are having a bit of a bad time at the moment, so it' s probably less, so it' s about 5 billion dollars and two of the companies have to generate over two hundred and fifty million Euros in the European Union, so those were the thresholds that were introduced in 1989. Subsequently, there was a debate as to whether they should be reduced and the regulation was modified a couple of years ago to introduce a second green layer of thresholds and I do apologize because they are not exactly the clearest thresholds that you will find in merger law and it' s basically as if the entities have a combined tum over of 2.5 billion Euros, and two of the parties have tumover in the European Union in excess of a hundred mimon Euros. There are, the two of the parties have twenty five million Euros in three Member States and the combined tumover in those three Member States exceed one hundred million Euros. I will be testing you on this later.

The reason why the second set of thresholds is as we say in English

'a dog' s breakfast' because that was a compromise which was reached between the Member States and the Commission. Commission wanted to push the threshold, down, Member States said, no, no, no, let' s keep them up.

Next slide, please, how does it work in practice, I thought it would be interesting to describe to you what happens in Brussels. Well, there is an informal procedure which you will not find in the textbooks, which exists prior to making a filing. And what we do when we get, the company's contact us or typically it tends to be one of my partners in the transactional departments in New York, calls me up and says: "Gee, Mark, r ve got this transaction and I want to close it tomorrow. I say, "Well, it could be problematic, we have some clearances to take care of", and he says "Yeah, but I filed the Hart-Scott Rodino last week, what were you doing in Brussels?", and I say, "Well, in Brussels it takes a little bit longer", and those discussions are always, always difficult, and I haven't yet trained them yet, but I'm hoping that they will soon become experts in EU merger law. So what we do is we get this terrible phone call from the transactional lawyer saying we have to close tomorrow for tax reasons and then we come in down and then we say we've got to do a memorandum for the European Commission which describes the transaction and also describes the affected markets and so we send that memorandum into the Commission. Interestingly, here's a point on cooperation, the US antitrust authorities know that that' s what we do in Brussels, so I have had cases where the FIC has gone to the US lawyers and said let' s see the briefing memorandum that you submitted to the European Commission. So, of course, you have to make sure that your marked definitions in Europe are consistent with what you are saying in the United States, otherwise you could get into trouble. So, the briefing memorandum goes in, we then have a first meeting with the Commission to discuss the transaction and importantly what you are doing is you're negotiating with the European Commission to reduce the amount of information that you provide in the notification form. After the first meeting, you will submit a draft form c/o, a draft notification form to the European Commission and then they will take a look at it and decide whether they need more information. One of the key issues in this notification process is to determine: are there any affected markets. If there are affected markets, that is, markets where there is overlap, where the combined market share is 15%, or there is a vertical relationship with, or where one of the parties has 25% and then that's an affected market and then the form gets very complicated.

OK, so we have gone through with the preliminaries, we've had the discussions with the European Commission, now it' s the time to send, I think it's 29 copies of the Notification to the European Commission. As soon as that Notification goes in, the European Commission has one month in order to take a decision, and it either clears the transaction, or decides that the

transaction is not caught by the Merger Regulation or decides that there are substantial or serious doubts with the transaction and they will initiate a phase 2 procedure. (We could just fly to the next)

So there are strict deadlines for the decisions, as I said, within one month of the notification the Commission has to take a decision and if it doesn't initiate proceedings, it has four months in which to decide. If it doesn't decide, the transaction is cleared, but the European Commission typically doesn't fall into that trap, and does take a decision.

The one slight problem with this rigid deadlines is that the European Commission can stop the clock, if it decides that the Notification is incomplete and what we are seeing is in a number of cases now they will say: "OOP! You did not identify an affected market, therefore you must re-file and we will restart the process. But on the whole, it is giving us a good result in terms of timing.

Ah, let me just tell a word about undertakings, undertakings can be offered either in phase one or phase two of the procedure, the main types of commitments which are offered arrive at a divestiture of assets, termination of an exclusive licensing agreement, or access to infrastructure or key technology. It's a debate in Brussels as to whether it should be structural or behavioral remedies. The Commission tends to favor structural remedies such as a divestiture as opposed to a promise to behave in a certain way in the future, although in recent transactions like Honeywell Allied Signal, the European Commission has accepted behavioral undertakings and in the Court long run case referred to by Prof. Ramos, the Court said that basically it's for the Commission to decide on a case by case basis what are appropriate remedies. Another feature of undertakings is that they are mal tested, so you go into the European Commission, and you say, OK, we know you got a problem, we've solved it: here is an undertaking. Well it's really for the Commission to decide, it will go out to the market and will it with the competitors and the customers, and finally, no salami slicing, you to be the case that you could go in and you could say: "Here's a small concession, but after lengthy consideration, we are prepared to offer", and Commission would say: "No, no, no, no, no, that's too small, and then you go in with another small chunk and this process would continue. Unfortunately, now that is no longer possible because of the deadlines in Merger Regulation, you need to make concessions in phase one within two weeks and in phase two, you've got to do that within three months. The recent transaction between EMI and Time Warner fell down because they offered the concessions the European Commission and it was insufficient then, according to the press reports, they tried to make a second concession: which would have allowed the transaction to go through but they were too late, so no salami slicing.

That's just a quick overview of the timing and how this process works in practice, and at the end you do have a possibility if you don't like the decisions of the European Commission you can appeal to the Court of First Instance. Now, just to say a word about that little bit later, if we could move ahead on... yes, here's a table that we did on a transaction which will work in on last year when we were trying to compare the US and the EU clearance procedure and it's a very complicated chart and you won't be able to see it at the back, but the important thing is the benefits of the Merger Regulation is that you get a decision within a very quick period of time within five months you know where you stand, whereas the US process can go on for years in the event of a litigation.

... percent without any concessions being made and in fact, 95% percent of cases are cleared in the first phase, so that means that in 5% of cases concessions are being offered in phase one. In the second phase, this 5% of all cases notified, 36 were compatible, these are figures up to the end of last year, 36 were compatible with commitments, 11 were blocked, but with the new Commissioner we have seen an increase in the number of phase two investigations. The important thing to carry away from this is that if you go to phase two, you don't stand too much of a chance of getting cleared as you will probably have to offer some concessions. So, before turning global competition rules, there are some problems with the EU system and the first problem is that the European Commission, once it's taken a decision to go into phase two, when there are serious doubts with the transaction and they will issue a statement of objections, and once it's issued this statement of objections, it is almost impossible to get it to change its mind. You can go along to the hearing and you can have economists, and lawyers, and all the arguments would be made and they will not change their position and that is, you know, some people, who know must have said, it's not worth having a hearing, we may as well dispense with the hearing and focus on negotiating concessions with the Commission. So what's happening is that rather than go to phase two, companies are now making concessions in phase one. Just anything, putting anything, rather than going to phase two, and there is a serious problem, is that the judicial review is not an option for the majority of transactions you do not have the luxury to file an appeal and wait for the Court of First Instance to render its decision, because by that time, the transaction is dead.

Next slide.

However, despite all those problems we still prefer to go to Brussels, rather than to the individual Member States, because national filings, they are time consuming, there are significant coordination problems, we have to make sure that the lawyers in all the jurisdictions say the exactly

same things to the authorities, so whenever we have the possibility, we will try to squeeze the transaction under the Merger Regulation so that it can be filed in Brussels. However, thinking about a filing in Brussels rather than a filing in fourteen national capitals is no longer sufficient. There has been over the last decade a proliferation of merger control regimes, not only in Europe, but globally. It's estimated that there are 80 competition regimes and 60 of them have premerger filings, and the challenge of the last decade was to introduce competition policy at national level. I believe the challenge of this decade is to make sure that the laws and the procedures are fine-tuned so as not to impose an excessive burden on businesses. The case, which was mentioned by the Chairman of the transaction having to be notified in 35 jurisdictions, is not unusual and to be quite honest, this is not acceptable because it is imposing a significant burden and a significant transaction cost. The vast transactions do not raise significant antitrust issues. If you look at the record, very few have been blocked so far, in the EC is less than 5%, US is less than 2%. So let's take the US example, that means that 98% of transactions did not raise issues, and in fact, the majority of them will be pro-competitive and will generate benefits to the consumers. These transactions are being held up as a result of the, of the... oh so many merger control regimes being in place. So, let's look at a few recommendations, what can we do at a global level to try to make the situation better.

Well, firstly, the thresholds for filing need to be refined to bring them into line with public international law. They should be shaped, designed to insure that the transaction has an appreciable effect in the jurisdiction, or according to the Court in ..., an immediate substantial and feasible effect in the jurisdiction. The thresholds need to be reviewed from time to time and probably at least increased in line with inflation, and perhaps most importantly, we should consider what I call the Belgium disease. The Belgium competition authority went on strike for about six months, because it had too much work. Why did it have too much work? Because 95% of the time they were focusing on transactions which were being reviewed in other jurisdictions and had very little impact on the Belgium market. Meanwhile, the cartellists in Belgium went, "oh, this is wonderful, because no competition authorities, no resources to focus on the real competition problems in that jurisdiction, and I think it is true that a number of national competition authorities are spending too much time on merger control, when they should be focusing on the concerted practices in their own jurisdictions, so it's a question of balance.

Looking at thresholds, a number of jurisdictions have neither filing when worldwide turnover goes above a certain limit. Albania, one of the party's assets is above US\$ 364,000 and combined assets is above US\$ 1.5 million, then you need to make a filing. Surely, you say, this must be Albania.

No, it's worldwide, same thing in Argentina, regrettably, same thing also in Brazil, however I understand that the law is about to be revised. Croatia, Estonia, Ireland, I mean, the Irish competition, it just completely baffles me, there they are, they are members of the European Union, yet they still have this merger control regime that you need to file in Ireland where the worldwide turnover of the parties exceeds US\$ 27 million. No effects test, it's, it's really puzzling. Poland as well, Slovakia same thing and I have to deal with these on a day-to-day basis and it is extremely irritating.

Another problem: we have to file within a week. OK, what do we need to file, give me your turnover, broken down, country by country, and then you can also give me your market shares. (Oh, sorry, which market are you talking about?) I don't know, and the fact is no one knows, it seems really strange to have an obligation to file based on the market share test, because you know we can have two economists and both of them will take a different view of what the relevant market is, so we need to have a test which is more robust, more empirical rather than the market share, and again, those of the jurisdictions which have the market share, or some of the jurisdictions that have market share thresholds, UK has 25%, but we can live with that because filing in the UK is voluntary.

Next issue, most of the forms are excessively burdensome. In the European Commission, or the European Community, I would advocate that the form C/O is too complicated, especially when you compare it to the Hart-Scott Rodino in the US. You have to provide significant amounts of information on the relevant markets. "Don't worry" the European Commission says, we will grant you a waiver, that's the purpose of the meetings before you make a filing. OK, sometimes they give waivers, but you have to make quite a strong case to do so, to get a waiver. However, other European countries have just taken the form C/O and they never negotiate a waiver, so you always have to provide that detailed information. In my view, short form filing should be introduced, for simple transactions, or even a letter explaining to the competition authority why you think this transaction does not have a material effect in their jurisdiction. If we are going to keep forms, we should try to harmonize the requirements, so that if I have to prepare a form C/O I can also use some of that information in other jurisdictions. And then, to be avoided at all costs is the phase two information request in the United States. There you can send to the US authorities 600 boxes of documents if you get a second request.

Next slide: I'd like to see, this is my wish list, so please bear with me for a while, I'd like to see harmonization of triggering events; in some jurisdictions you have to file when there's a binding agreement; in other jurisdictions, you can file on a letter of intent, it's confused, let's have a

common approach.

Next slide, please: When there are time limits to filing. Most jurisdictions have a suspension obligation, so why do you also need a time limit. I can't complete this transaction, unless I've gotten the approval of the authority, yet, in many jurisdictions there is this script limit to make a filing. In most jurisdictions, they don't respect that time limit. If I get to the European Commission and I say I want to file within a week of signing the agreement, they will send me away. They will say: "Oh, no, it's too complicated, send us a memorandum, send us the draft, give us more information", because they want more information before the process starts, because once the filing goes in there's one month for them to take a decision.

Next slide: Introduced time limits for deciding a quite light two-step process, phase one and phase two, it means that the competition authority can deal quickly with the majority of the transactions within a month and then if the competition authority does believe that there are serious doubts with the transaction, then they should take a decision within a limited period of time, and a final point, there should be no additional requests for information unless they are absolutely necessary because we see a tendency among some competition authorities to send additional requests for information solely for the purposes of stopping the clock.

And the final slide, it is quite clear in light of the foregoing that we need increased cooperation among the competition authorities. There needs to be exchange of information between the authorities. Between the US and the European authorities, this occurs regularly because the parties authorities are prepared to waive confidentiality, bilateral actual agreements should be concluded as a framework for such information exchanges and the notion of positive ... and should be introduced. There should be an exchange of personnel, people from the Brazilian Competition Authority should work in the US, US officials should work in the EU, harmonization of disciplines and procedures as far as your region is concerned, consideration of a Mercosul Merger Regulation which would be similar to the EU Merger Regulation, which would at least limit the number of filings in this area, and then, finally we do need to work towards a global authority. OK, so that concludes my thoughts and thank you very much. Obrigado por sua atenção.

WHITE & CASE LLP
Mark D. Powell - Brussels

Global Merger Review

A practitioner's view

*innovative solutions
for dynamic markets*

one law firm around the world

una sola firma de abogados alrededor del mundo

НАШИ ЮРИСТЫ РАБОТАЮТ
ПО ВСЕМУ МИРУ

un seul et même cabinet à travers le monde

November 24, 2000

1

Introduction

- Overview of European merger law
- Comments on experiences of the EU Merger Regulation over last decade
- Lessening the impact of the increase in merger control regimes worldwide

EU Merger Regulation

- 17 years of negotiations
- one-stop shop, quick, predictable
- most Member States have issued national equivalents
- ongoing debate on thresholds

What triggers a merger filing in the EU?

- “concentration” with a “Community dimension”
- Covers
- Mergers & acquisitions
- Full-function joint ventures

Turnover thresholds

- Combined global turnover of “the undertakings concerned” > Euro 5,000 mio
- Individual EC-wide turnover > 250 mio
- Combined global turnover > 2,500 mio
- Individual EC turnover > 100 mio
- Combined turnover in 3 EC states > 100 mio
- Individual turnover in these states > 25 mio
- no effects test

The informal procedure

- Briefing memo (min. 3 days before meeting)
- 1st meeting 1-2 weeks before notification
- understand how Commission views the case
- agree information to be included in Form CO
 - draft Form CO submitted for review
- key focus the market definitions: are there any “affected markets”?

The formal procedure

- Within one week of:
 - conclusion of agreement,
 - announcement of a public bid, or
 - acquisition of controlling interest.
- Fines for late notifications (rare)
 - Customers and competitors questionnaires ready to be transmitted upon filing and Notice appears in the OJ

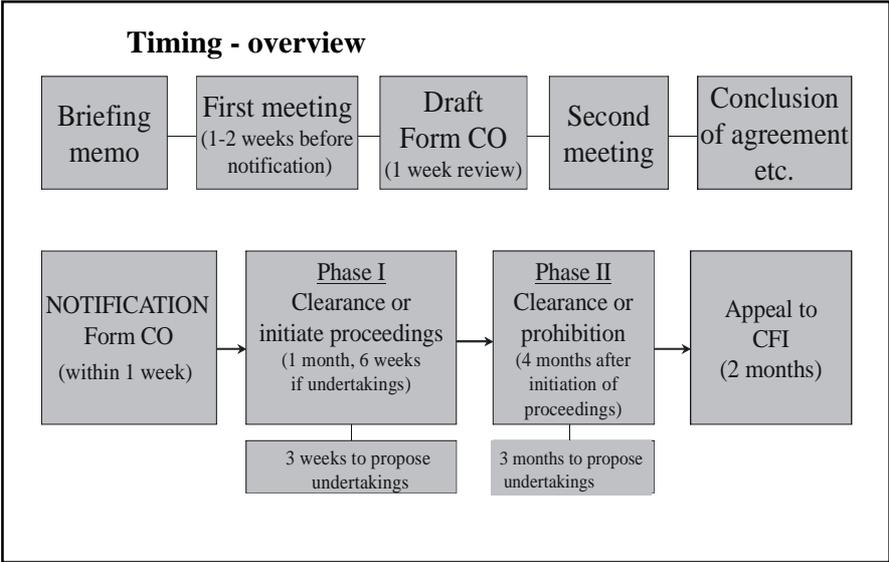
Strict deadlines for decisions

- Within one month of notification
- clearance
- initiate proceedings (serious doubts)
- two weeks extension if undertakings proposed
- Four months after initiation of proceedings
- access to file/hearing
- clearance, undertakings or prohibition
- Beware incompleteness

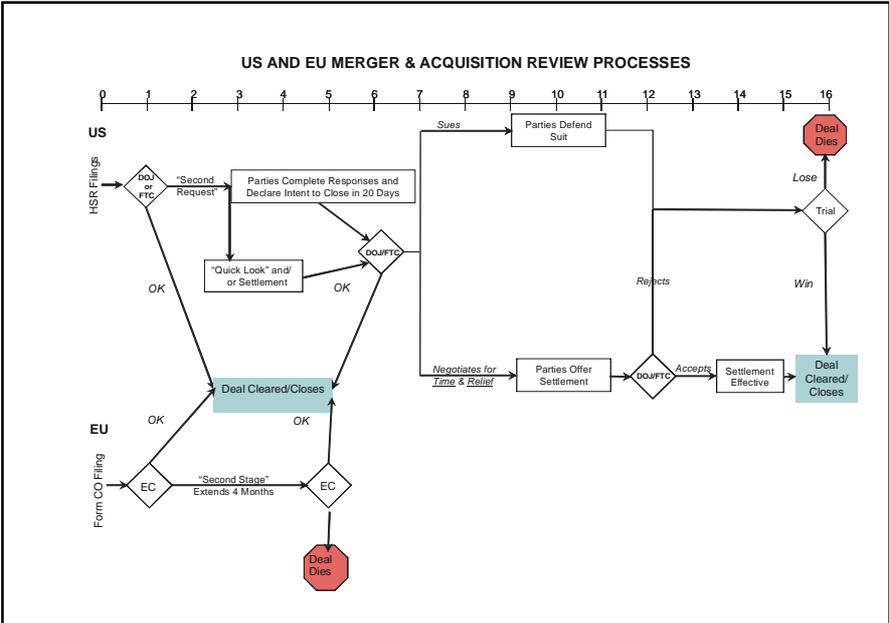
Undertakings

- Main types of commitments
- Divestiture
- Termination of exclusive agreements
- Access to infrastructure/ key technology
- Structural or behavioural remedies
- Market testing
- No “salami slicing”

Timing - overview



US AND EU MERGER & ACQUISITION REVIEW PROCESSES



Statistics (1990-1999)

- Notifications - 1228 (60-292 per year)
- Final decisions - 1160
- Compatible without modifications - 90% of all decisions
- 1st phase (cleared or referred) - 95% of all decisions

Statistics: Phase II

- 2nd phase - 5% of all cases notified
- 36 compatible with commitments (3% of all decisions)
- 11 prohibited (<1% of all decisions)
- Monti has increased the number of Phase II investigations
- very few survive a Phase II

Problems

- Commission's position is ossified in the statement of objections
- chances of surviving a Phase II are limited
- companies make concessions in Phase I
- judicial review is not an option for most transactions

Consequences of not having "Community dimension"

- National filings
- time-consuming
- coordination problems
- endeavour to reach EC thresholds

But, we must now think global

- last decade saw a proliferation of merger control regimes
- of 80 competition regimes, 60 have pre-merger filings
- this decade the challenge is to fine-tune them

The majority of transactions do not raise antitrust issues

- Few are blocked
- Australia - 5%
- EC - less than 5%
- UK - less than 1%
- US - 2%

Thresholds

- need to be refined to bring them into line with public international law: designed to ensure that the transaction has an appreciable effect in the jurisdiction
- need to be increased, at the very least, in line with inflation
- consider public policy objectives: avoid the “Belgian disease”

Notifications triggered by worldwide assets or sales

- Albania, (one parties’ assets above \$364,000)
- Argentina, (combined worldwide revenues above \$2.5 billion)
- Brazil, (any party has worldwide sales in excess of R\$400 million)
- Croatia, (combined worldwide turnover of \$98 million)
- Estonia, (combined worldwide turnover of \$6.8 million)
- Ireland, (combined worldwide turnover of \$27 million)
- Slovakia (combined worldwide turnover of \$7.25 million)

Objectively based jurisdictional thresholds

- Analyzing market shares is complex
- Brazil- 20%
- Czech Republic 30%
- Greece - 25%
- Portugal - 30%
- Slovakia - 20%
- UK - 25% (voluntary)

Many forms are excessively burdensome

- Phase I: Form CO is extremely burdensome compared to a HSR
- Some European countries have adopted the Form CO without the waivers
- short-form filings should be introduced for simple transactions, or even a letter explaining why the transaction does not have a material effect
- harmonize requirements
- Phase II: US second request to be avoided

Triggering Events

- binding agreement
- announcement of public bid
- letter of intent

Remove time limits for filing

- Belgium - 1 month
- EC - 1 week
- Finland - 1 week
- Greece - 10 days
- Hungary - 8 days
- Poland - 14 days
- Slovakia - 15 days

Introduce limits for deciding

- a two-step process
- clearance within 1 month
- Phase II transactions within a limited period thereafter
- information requests should be used proportionately, not as an excuse “to stop the clock”

Increased cooperation among the authorities

- bilateral agreements to introduce positive comity and information exchanges
- exchanges of personnel
- regular meetings to discuss common problems
- harmonization of disciplines and procedures
- a Mercosul Merger Regulation?
- a global authority?

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC eu quero agradecer ao Dr. Mark Powell e mostrar a ele como todo o auditório ficou, como havia ficado com a exposição do Prof. Rui de Moura Ramos, atento e preocupado. E eu fiquei mais preocupado ainda quando ele mencionou o documento chamado briefing memorandum, pois isso pode dar mais uma idéia de documento vinculativo e iniciador do prazo de apresentação de 15 dias.

(intervalo).

Senhoras e senhores, vamos recomeçar a sessão. Eu vou pedir aqui permissão para ser mais breve nas apresentações que vou fazer do Prof. Gesner Oliveira, da Prof3". Elizabeth Farina e do Prof. Fernando Marques, porque são pessoas já bastante conhecidas nossas. Na apresentação, posso falar sem leitura de currículos e trazendo o que nós já conhecemos.

O Prof. Gesner Oliveira foi Presidente do CADE por quatro anos e foi um grande difusor da cultura da concorrência. Ele tem a característica extraordinária de nunca fugir da polêmica na defesa de suas convicções. Além de Professor da Fundação Getúlio Vargas, é articulista e tem escrito bastante na imprensa, tanto leiga quanto especializada. Atualmente é também consultor de empresas. Não preciso falar mais pois todos o conhecem muito bem. Passo a palavra ao Prof. Gesner Oliveira.

DR. GESNER DE OLIVEIRA:

Muito obrigado ao presidente, Dr. Mauro Grinberg e meus agradecimentos aos organizadores deste Seminário Internacional do IBRAC. Congratulo a diretoria do IBRAC e em particular o seu presidente, o Dr. Ubiratan Mattos, por essa excelente organização e essa iniciativa e é uma enorme honra e satisfação poder compartilhar algumas idéias, algumas reflexões com uma platéia tão seleta e também ter a oportunidade de ter como debatedores o professor Fernando Marques, a professora Elizabeth Farina e ter aprendido tanto com os nossos ilustres convidados internacionais e expositores em palestras verdadeiramente brilhantes e ilustrativas que certamente vão subsidiar muito a nossa discussão nacional.

Comentava há pouco como ilustre Secretário de Acompanhamento Econômico, o Dr. Cláudio Considera, o quão ilustrativa é e foi a apresentação que nós tivemos há alguns minutos.

Vou falar brevemente sobre três aspectos da ótica de países em desenvolvimento. Eu vou procurar enfatizar como as operações globais ou

como a concentração global tal qual nos foi proposto nesse debate afetam jurisdições menores de economias de médio porte ou economias pequenas, em particular que estão em fases iniciais de desenvolvimento da defesa da concorrência e da regulação de um modo geral. Vou fazer alguns breves comentários apenas para contextualizar acerca das mudanças estruturais no Brasil, e a sua relação com as operações que genericamente aqui nós chamamos de operações transfronteiras. Em segundo lugar, alguns impactos relevantes sobre o controle de fusões nos países em desenvolvimento, são algumas questões para reflexão e finalmente a relação entre investimento direto e defesa da concorrência. Na verdade, eu faço uma exposição que é fruto de um trabalho coletivo, valho-me de várias contribuições, o primeiro de um papel que foi inscrito com dois alunos da professora Elizabeth Parina que prometeu e cumpriu de enviar alunos brilhantes e eu tive prazer durante um verão de estágios no CADE, esses alunos me ajudaram e que escreveram comigo esse papel que está sendo apresentado aqui e também na ANPEC. Então, é uma grande satisfação, é muito gratificante poder comentar esse trabalho, foi muito bom ter tido esse contato com esses alunos da professora Parina. Uma segunda contribuição que nós fizemos na Tendência, fiz com a Dra. Bianca Miller, de um levantamento em vários setores sobre o impacto da mudança dos patamares de notificação de fusões e aquisições, uma pequena nota que escrevemos em texto que também foi distribuído, e certamente valho-me de várias contribuições e reflexões dos meus ex -colegas de governo, de CADE que certamente os pontos serão identificados aqui. Obviamente, as posições polêmicas que eu enfaticamente defenderei são exclusivamente minhas.

Em primeiro lugar, as mudanças estruturais na economia brasileira e as operações transfronteiras. Eu não precisaria fazer uma lista muito grande das várias alterações que ocorrem no Brasil, mas sobretudo para os nossos convidados internacionais seria interessante lembrar que o ambiente macroeconômico, o ambiente da economia brasileira mudou radicalmente nos últimos dez, mesmo nos últimos cinco anos, especialmente com a desestatização da infra-estrutura e a estabilidade de preços. Quer dizer, quando nós comparamos ao longo dos séculos, chama a atenção para qualquer observador externo a diferença do período pós real em relação a um século marcado por forte experiência inflacionária, sobretudo na virada dos anos 80 e para os anos 90. Um outro aspecto que chama a atenção, infelizmente as cores não foram felizes para que o pessoal do fundo pudesse ler, é a dimensão do programa de privatização que realmente mudou vários dos segmentos da economia brasileira, chegando algo em torno a 92 bilhões isso sem incluir as privatizações que ocorrem nos últimos dias e últimas semanas que também foram até mesmo surpreendentemente altas.

Agora, o que mais interessa e aqui para o nosso debate são as

operações transfronteiras e as megafusões que tem marcado a economia mundial nos últimos dez anos e em particular nos últimos cinco anos, estão muito bem documentadas num relatório recente, o relatório de investimento de 2000 da UNCTA, com a ONU, recentemente divulgado, eu acho que vale a pena nós atentarmos para algumas dessas estatísticas. Em primeiro lugar, a ilustração de como cresceu na linha amarela as operações transfronteiras e a linha vermelha indica o investimento direto estrangeiro. É interessante verificar e é um anexo metodológico bastante minucioso nesse estudo, as diferenças estatísticas entre de um lado os dados de operações transfronteiras e de outro lado os dados de investimento direto, impedem afirmações muito conclusivas acerca de quanto do investimento direto é representado efetivamente por aquisições e fusões. Mas de qualquer forma, os números sugerem uma proximidade muito grande, em alguns países é quase de um para um, como é o caso dos Estados Unidos. Quer dizer, a forma de ingresso do investimento direto na economia norte-americana é realmente compra de empresas; em outras regiões essa relação é menor do que um, na América Latina é menor, no Brasil é menor, de qualquer forma isso tem crescido fortemente. Então, o comportamento do investimento direto tem sido pautado e tem sido fortemente influenciado pelo movimento de fusões e aquisições, e o grande boom de investimento está associado também as fusões e aquisições. Isso é um fato que é relativamente novo e em outras épocas isso ocorreu em muito menor grau, quer dizer hoje a entrada via compra e aquisição, via aquisição e fusão é muito mais comum do que em outras fases. Um outro aspecto interessante é a classificação entre as operações horizontais, verticais e conglomeradas. Chama a atenção a prevalência e isso se repete nas várias macrorregiões e nos vários países pesquisados pela UNTAC, que a participação das operações horizontais é bastante grande, representa em vários casos mais de 2/3 e, evidentemente há questões concorrenciais também nas operações verticais, mas elas são mais freqüentes e mais óbvias nas operações horizontais. Isso significa que muito freqüentemente aparecem questões concorrenciais decorrentes de operações transfronteiras e como foi bem assinalado pelo presidente, o Dr. Mauro Grinberg, de uma maneira muito abrangente no mundo afetando várias jurisdições. Muito freqüentemente dezenas de jurisdições para o verdadeiro desespero dos advogados e como foi também ilustrado aqui, os vários problemas práticos e burocráticos que isso acarreta.

Do ponto de vista da participação das operações transfronteiras no investimento direto, com as ressalvas metodológicas que esse relatório faz e para as quais nós devemos atentar, mas apenas em grandes números que nós chamamos a atenção para o fato de que realmente algumas regiões realmente há uma participação muito forte das operações de fusão e aquisição no investimento direto, isso é praticamente explicado por essas operações, e na

América Latina e no Caribe isso já tem aumentado fortemente e no Brasil também tem ocorrido em particular nos últimos quatro anos, um aumento da participação sobre o investimento direto estrangeiro de operações de aquisição e fusão. Então, isso mostra uma relação muito forte do ponto de vista de política pública entre a política de investimento estrangeiro e a defesa da concorrência. Não quero ser mal entendido aqui de que, são políticas comuns ou que devam ser objeto de um mesmo órgão ou sob uma mesma competência, mas apenas queria chamar a atenção para essa maior inter-relação entre as duas áreas e que em particular tem sido muito acentuada no Brasil. A título de ilustração apenas porque os valores são realmente mercedores de primeiras páginas do jornal, são valores altíssimos alguns operações, são algumas mega-aquisições que nós elencamos aqui, algumas delas inclusive passaram pelo CADE e pelos demais órgãos de defesa da concorrência como a Mercedes-Chrysler e algumas outras operações, e em particular que foram analisadas pelas autoridades brasileiras, algumas operações todas elas globais que certamente se enquadram na descrição que foi feita aqui de operações que afetam simultaneamente um conjunto de jurisdições, e mais interessante além da verdadeira batalha burocrática para notificar todas as operações simultaneamente e cumprindo os vários prazos nas várias jurisdições, há ainda o interesse dos efeitos muito distintos dessas operações nas várias jurisdições; as decisões são diferentes como deveriam ser porque os impactos são muito diferentes, mesmo os mercados afetados para usar a linguagem sugerida pela União Européia, também são distintos, muitas vezes são conjuntos completamente diferentes de mercados que são afetados pela mesma operação, muitas vezes em países relativamente próximos como o Canadá e Estados Unidos ou como o Brasil e a Argentina em mesmas áreas comerciais.

Quais são, para passar o segundo ponto e cumprir a promessa da brevidade, quais são os impactos relevantes sobre os países em desenvolvimento. Quer dizer, quais são alguns dos efeitos relevantes, obviamente esses efeitos só começam a aparecer no Brasil a partir de meados dos anos 90 porque é a partir de meados dos anos 90 que nós nos preocupamos com a estrutura, no caso da Argentina a partir do ano passado quando a Argentina com uma nova legislação tem um controle de estrutura e esses impactos, não só o fenômeno é muito recente como os seus impactos e o seu tratamento na legislação nas várias jurisdições é extremamente recente.

Algumas preocupações que foram mencionadas aqui, certamente a necessidade de coordenação com outras jurisdições é fundamental. O objetivo de redução dos custos de transação para essas operações deveria ser uma das prioridades e tem sido de certa forma, tanto na OCDE quanto na OMC, uma preocupação. O que chama a atenção é a dificuldade para fazer converter... certamente tem influenciado várias jurisdições e inclusive a

brasileira. No entanto a distância, a diferença ainda é muito grande. Quer dizer, o Df. Paulo destacou vários pontos que mereceriam maior harmonização, mas quando nós contrastamos os formulários, os procedimentos etc., nós verificamos que realmente é um caminho muito difícil a ser trilhado, que obviamente tem que ser trilhado, mas nós devemos reconhecer essa dificuldade de saída. Os quesitos para notificação, pré-requisitos para notificação também são muito diferentes, e eu gostaria de discutir esse terceiro ponto da relação com o investimento direto estrangeiro, porque é particularmente importante para o Brasil e em particular gostaria de refletir um pouco acerca de uma modificação proposta no anteprojeto de mudança da legislação brasileira de redução dos atuais 400 milhões de reais como patamar para notificação, para 150 milhões de reais. Há uma outra modificação relevante que é a eliminação do critério de 20% do mercado relevante, que foi comentada inclusive anteriormente, de fato a modificação do anteprojeto introduz mais objetividade do ponto de vista de critério para notificação.

O problema dessa alteração reside em dois pontos; primeiro como há uma redução para 150 milhões, possivelmente o universo de empresas atingidas será maior, como de fato nós procuraremos ilustrar e em segundo, a jurisprudência do CADE, desde a decisão lá com o (EXXON), foi a de 400 milhões de reais no mundo, o que realmente é um nível de faturamento para grupos internacionais bastante pequeno, sobretudo com a modificação cambial recente, então ficou menor ainda. E, isso tem gerado muita discussão e mereceria uma reflexão, primeiro do ponto de vista do aumento do universo de empresas. O que nós fizemos foi tomar o balanço anual da Gazeta Mercantil e analisar setor por setor, quantas empresas se enquadram no intervalo superior a 400 milhões e quantas empresas se enquadram ou estão no intervalo superior a 150 milhões. Há uma ressalva metodológica importante que, o balanço anual só tem receita líquida, portanto a receita líquida é sistematicamente inferior infelizmente, como vários setores reclamam da Receita Federal, é sistematicamente inferior ao faturamento bruto, porém como esse efeito vale para os dois, tanto para o que era antes como agora, portanto o efeito sobre a taxa de expansão não é tão grande. Então, nós temos os setores, aqui nessa primeira coluna que foram pesquisados, e o intervalo superior a 400 milhões que corresponderia ao dispositivo atual, o intervalo superior a 150 milhões que corresponde a proposta sobre consulta e a taxa de expansão em termos de número de empresas que se enquadram. Obviamente é uma outra hipótese de que o quanto maior o número de empresas que entram no intervalo maior será o número de operações a serem apresentadas, e o que nós verificamos é que para a esmagadora maioria dos segmentos, nós não incluímos o segmento de seguros que também e alguns outros segmentos onde tem havido um grande

número de fusões, mas a conclusão e a sugestão desses dados é que inequivocamente é que há um aumento grande da taxa de expansão. No total foram pesquisados 24 setores, passaríamos de um universo de 240 empresas para 573 empresas, então haveria um aumento do número de atos de concentração.

Em princípio, eu não vejo um problema em haver um grande número de casos que são notificados, deve haver um equilíbrio entre o número de casos que entra para apreciação e o tramite que é dado a esses casos, porque pode haver um filtro rápido interno a agência ou a autoridade competente, de forma que esses casos sejam descartados. Eu acho que isso é algo que certamente deve ter sido levando em conta pelos membros da comissão na proposição do anteprojeto, certamente é um tema e eu não quero invadir aqui o tema de amanhã, mas o que é interessante é que nós deveríamos ter esse equilíbrio entre o número de casos que entra e a celeridade no processamento deles e, muitas vezes é ruim haver um número excessivo de casos que entram. Então, se nós colocamos um patamar muito baixo tendendo a zero por exemplo, a gente pega a economia inteira, a gente pega todas as fusões possíveis e imagináveis; se nós elevamos demais nós perdemos o controle, então deve haver um ponto ótimo. Além disso se, se quer discriminar ex-anti se, se quer descartar casos que devem entrar para análise é preciso considerar o risco de haver algum tipo de fraude de determinadas operações no sentido de escapar através dessas válvulas de escape, e conseqüentemente o custo para a autoridade detectar ou fiscalizar esse tipo de fraude. Então, esse equilíbrio é um equilíbrio relativamente delicado, mas muito provavelmente e intuitivamente eu diria que é melhor, é melhor um grande número de casos sem uma discriminação muito rígida, mas com um filtro muito rigoroso que rapidamente descarte os casos, porque aí se evitam válvulas de escape e de outra forma se evita um excesso de casos e gargalos no trâmite, que realmente como foi descrito aqui, afetam autoridades. A minha impressão, certamente na platéia há vários especialistas que conhecem talvez em maior detalhe o que está acontecendo na Argentina, mas eu desconfio que na Argentina com o início da análise de fusões e aquisições recentes, tem havido um gargalo grande, quer dizer grande parte do tempo está sendo consumido quase que exclusivamente com análise de atos de concentração. Agora, bom isso é o problema do aumento do número de casos. O outro problema, relacionado as operações transfronteiras, é o problema de que operações que ocorrem no plano mundial, aquelas megafusões que chegam as primeiras páginas dos nossos jornais, como que elas devem ser encaradas do ponto de vista de seu impacto nos mercados relevantes nacionais. E, esse é o objeto do paper que nós trabalhamos e que realmente dá muito trabalho, porque eu preciso ver operação por operação para verificar o que quê acontece; nós fizemos de uma maneira muito esquemática e muito

esquemática mesmo nós desenhamos quatro cenários; em dois deles a operação interessa diretamente ao Brasil, e aí desenhado com todo o ufanismo. Então, nós temos uma empresa transnacional, digamos assim, que exporta para o Brasil, há um distribuidor, um importador e há uma empresa concorrente dentro de um mesmo mercado relevante. Aí, infelizmente no mundo real há 15/20 mercados relevantes, etc. tudo muito mais complicado, mas aí na transparência é tudo muito simples e com cores bem claras. Então, aí claramente há essa operação, se essa empresa internacional comprou ou adquiriu a concorrente e as suas importações, obviamente há um problema de concorrência efetiva que nós queremos analisar.

Vejam que, eventualmente como as taxas de expansão de vários setores da economia brasileira tendem a serem elevados, porque a taxa de penetração de vários produtos é muito baixa, isso significa que o valor do faturamento dessas atividades pode ser baixo, porém no tempo as implicações concorrenciais podem ser muito importantes. Então, isso vejam que em economias mais maduras e cujo tamanho relativamente ao tamanho das empresas transnacionais a diferença é menor, esse problema não ocorre no mesmo grau, então eu queria chamar a atenção para essa peculiaridade da economia brasileira.

Uma outra situação de concorrência efetiva é uma situação em que duas empresas no mundo, por exemplo Chrysler e Mercedes Benz se fundem, e isso tem um impacto. lógico ambas tem subsidiárias no mercado brasileiro, no mercado relevante e obviamente há um impacto e como vimos há uma freqüência grande de operações horizontais e provavelmente uma freqüência grande de implicações horizontais nos mercados relevantes nacionais. Então, tanto na hipótese um, quanto na hipótese dois nós temos interesse concorrencial nestas operações. Além disso, nós temos também um caso freqüente, ainda da mesma natureza do caso anterior, quando a subsidiária compra a concorrente, não são duas empresas lá fora porém há uma compra da concorrente nacional para desespero dos nossos nacionalistas e etc., e há uma desnacionalização e isso tem também ou pode ter um impacto concorrencial. E, também há uma situação distinta que é uma situação em que a empresa transnacional e aí há um pequeno equívoco, ela não está, ela está em um mercado diferente, aquele...esse os "M's" tem números diferentes, ela está num mercado diferente, porém ela pode eventualmente atuar no mercado onde empresas que são alvo de determinadas compras que estão atuando e ela pela sua história ou pelo seu posicionamento nos vários mercados, ela pode ser uma concorrente potencial no mercado um, e as suas aquisições nesse mercado interessam do ponto de vista da concorrência, embora obviamente deva ser muito cauteloso para não ser especulativo em relação ao que pode acontecer no mercado, mas é algo que interessa do ponto de vista da análise concorrencial. Esse é um outro fato que pode ocorrer, e pode ocorrer uma

conglomerado, quer dizer a empresa entra num mercado dois bastante distinto do mercado um, essa conglomerado não tem maiores implicações, então a Volkswagen decide comprar uma fazenda no norte do país, dificilmente o Dr. Considera ou o Conselheiro João Bosco teriam que se debruçar sobre o tema. Mas, esse caso de conglomerado e aí eu gostaria de fazer o ponto, esse caso de conglomerado é a minoria em uma amostra relativamente grande de casos que nós analisamos para o ano de 1999. Então, o que eu queria chamar a atenção é que quando nos tomamos uma amostra relativamente grande de casos de empresas de impactos de operações transfronteiras ou de operações que envolvem empresas transnacionais no Brasil, a maior parte dos casos, a vasta maioria dos casos tem interesse concorrencial. Ou seja, elas se enquadram no caput do artigo 54, devem portanto ser analisadas. Algo que, possivelmente fazendo um estudo comparativo com jurisdições mais maduras, isso provavelmente é distinto para jurisdições mais maduras, onde a diferença entre tamanho médio é muito menor, onde a taxa de penetração dos produtos é muito mais estabilizada e portanto a perspectiva de expansão de mercados relativamente pequenos não é tão grande, e conseqüentemente esse fenômeno não ocorre na mesma intensidade.

As operações globais propriamente ditas, aquelas que realmente afetam um conjunto de mercados e que derivam de uma estratégia global das empresas, já representam mais de 1,4 do total da amostra pesquisada. Seria interessante fazer periodicamente uma estatística acerca desse fato, aliás como várias variáveis apresentadas mereceriam um estudo no tempo bastante detalhado, mas isso realmente mostra a importância do fenômeno e também a importância do fenômeno da desnacionalização. Quer dizer, há um digamos quase metade para um pouco forçar o ponto, de casos em que há uma compra de empresa nacional por uma empresa estrangeira. O que é interessante e que poderia eventualmente gerar um certo fervor nacionalista etc., seria bom, será então que nós não devemos ter um tratamento diferenciado para casos de desnacionalização? Felizmente os dados são eloqüentes mostrando que não há nenhuma diferença entre os casos, a configuração dos casos em que há a desnacionalização e a configuração dos casos em geral sugerindo que não há nenhuma razão para um tratamento diferenciado para casos de desnacionalização. Eu acho que isso é um aspecto importante que normalmente é associado a discussão sobre megafusões.

E, finalmente do ponto de vista da relação com o investimento direto, apesar desse gráfico ter entrado numa certa penumbra, ele procura mostrar uma associação, não uma relação causal mas uma associações entre de um lado e aqui, realmente abusando da disposição de abstração da platéia, aqui em Campos do Jordão, de um lado no grau de desenvolvimento institucional dos órgãos de defesa da concorrência e do outro lado no volume

de investimento direto; De uma maneira sintética, o que se procurou demonstrar é que não há razão para supor que haja uma contradição entre maior rigor, maior controle das operações que envolvem empresas internacionais do ponto de vista da defesa da concorrência e uma certa inibição no investimento direto. Quer dizer, o investidor estrangeiro não ficaria mais inibido por estar sendo mais controlado do ponto de vista de atos de concentração. Pelo contrário, eu diria que o investidor estrangeiro ficaria mais inibido se não houvesse rigor na defesa da concorrência, não apenas em atos de concentração, mas em uma implementação equilibrada da lei de defesa da concorrência. E, de fato e agora com a luz de volta, isso que aparece nessa transparência, e um 'survey' realizado junto a um grupo grande de investidores, o que se constatou foi de que a qualidade do ambiente regulatório é uma variável fundamental para a decisão de investimento. Isso é algo que nós deveríamos enfatizar muito e é muito promissor que o IBRAC seja capaz de mobilizar e de difundir a cultura da concorrência, a seriedade na atividade regulatória de defesa da concorrência, porque realmente isso é uma variável chave na determinação do investimento direto, e o investimento direto como nós vimos no início da exposição, está diretamente ligado a fusões e aquisições no período recente, de uma maneira que alguns autores olham com certo ceticismo e de certa forma fazem críticas ao fato: bem, o investimento direto no Brasil cresceu hoje, está em torno de 31 bilhões de dólares, mas é apenas um ingresso via compras de empresas que não agrega a capacidade produtiva, etc. Essa parece ser uma visão limitada porque o que se constata é que o efeito posterior a entrada via compras, pode ser um efeito muito positivo de investimentos que seguem a entrada via aquisição ou via fusão. Agora, esse movimento de investimento que normalmente segue essa entrada inicial do investidor direto, ele depende da qualidade do ambiente regulatório como sugere esse survey e isso depende de uma boa implementação da legislação de defesa da concorrência, para o que certamente essa comunidade tão ativa está contribuindo muito no Brasil. E, eu agradeço muito a atenção e estamos a disposição para o debate, para as questões.

VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Concentração Global:
Jurisdição e Soberania

Gesner Oliveira

Fundação Getúlio Vargas
Tendências Consultoria Integrada

Campos do Jordão, 24/11/00

Sumário

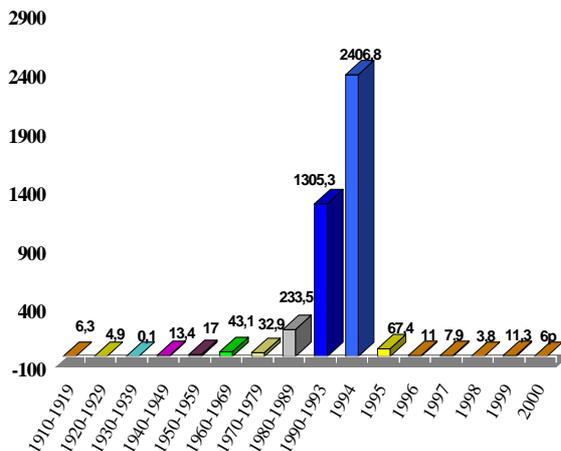
- Mudanças Estruturais no Brasil e as Operações Transfronteiras
- Impactos Relevantes sobre o Controle de Fusões nos Países em Desenvolvimento
- Investimento Direto e Defesa da Concorrência

Mudanças Estruturais na Economia
Brasileira e as Operações Transfronteiras

Reestruturação da Economia Brasileira

- Estabilidade de Preços
- Desestatização da infra estrutura
- Mudança na estrutura de governança corporativa
- Aprofundamento da internacionalização da economia
- Nova forma de gestão e novo papel do Estado

Inflação Brasileira ao Longo do Século XX - (%)



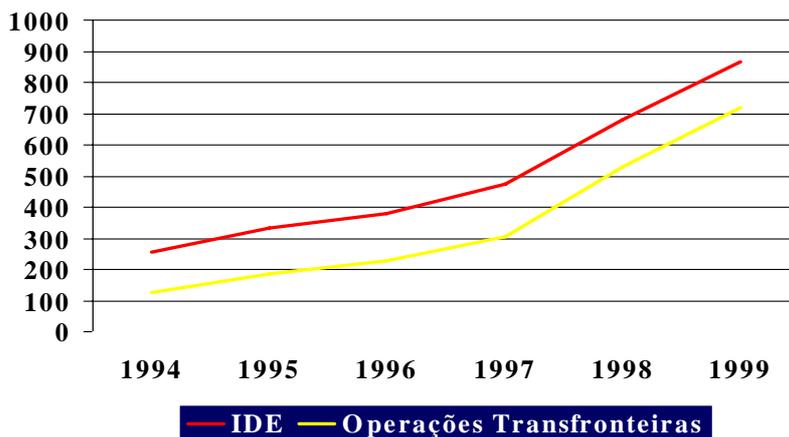
FONTE: 1910-46: Paiva Abreu(1990); 1947-85: FGV ; 1986-93: IBGE ; 1994-1999: Indicadores DIESP.

Resultados Acumulados - 1991/2000

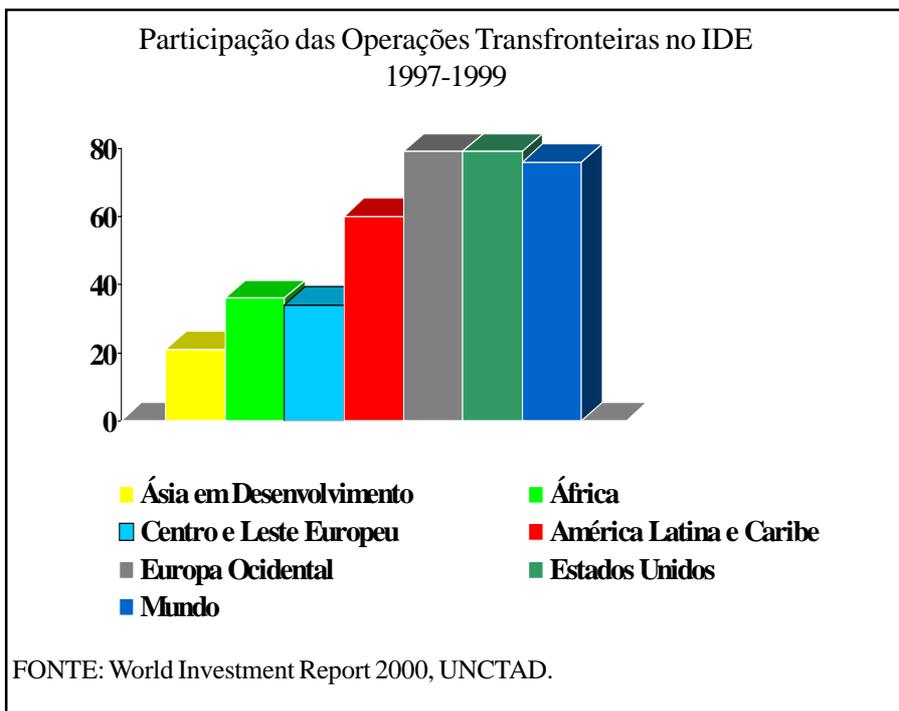
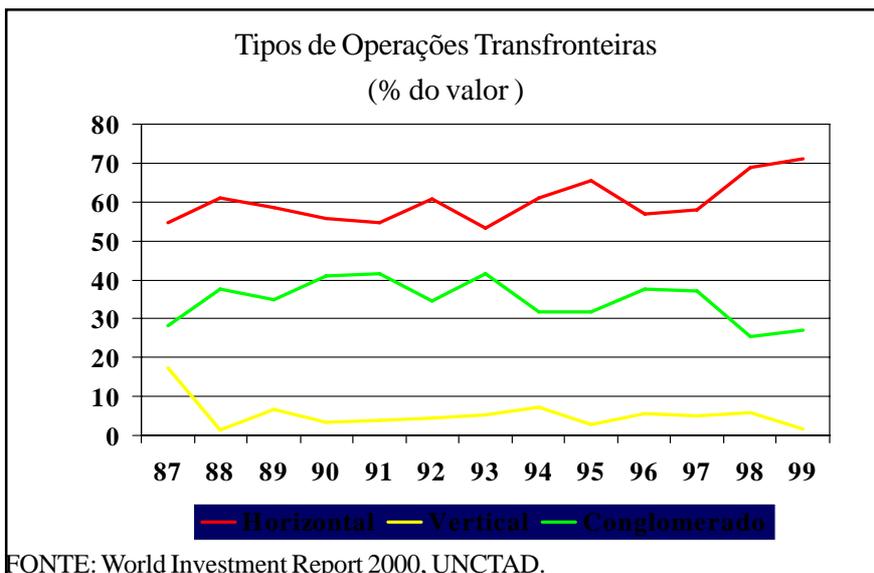
Programa	Receita de Venda	Dívidas Transferidas	Resultado Geral
Privatizações Federais	46.730	11.326	58.056
Telecomunicações	26.978	2.125	29.103
PND	19.752	9.201	28.953
Privatizações Estaduais	26.866	6.750	33.616
Total	73.596	18.076	91.672

FONTE: BNDES, até 30/06/00.

Características das Operações Transfronteiras

Evolução do IDE e Operações Transfronteiras -
(US\$ bilhões)

FONTE: World Investment Report 2000, UNCTAD.



Mega-aquisições Recentes

ANO	VALOR US\$ bilhões	COMPRADORA/ PAÍS	COMPRADA/ PAÍS
1999	60.3	Vodafone Group PLC/ Reino Unido	AirTouch Communications/ EUA
1998	48.2	British Petroleum Co PLC/ Reino Unido	Almoco Corp/ EUA
1998	40.5	Daimler-Benz AG/ Alemanha	Chrysler Corp/ EUA
1999	34.6	ZENECA Group PLC/ Reino Unido	Astra AB/ Suécia
1999	32.6	Mannesman AG/ Alemanha	Orange PLC/ Reino Unido

FONTE: World Investment Report 2000, UNCTAD.

Exemplos de Operações Globais Julgadas pelo CADE

- *Coca-Cola Company - Cadbury Schweppes PLC*
- *America Online Inc. - Time Warner Inc.*
- *Fiat Automóveis S/A - General Motors do Brasil Ltda*
- *MCI Worldcom Inc. - Sprint Corporation*
- *Grand Metropolitan PLC - GRANDMET - Guinness PLC*
(*J&B, Smirnoff ,...*)
(*Johnnie Walker, Scotch Whisky...*)

FONTE:CADE

Impactos Relevantes sobre os
Países em Desenvolvimento

Legislação sobre Defesa da Concorrência

LEI	4.137 (1962)	8.158 (1991)	8.884 (1994)
ORGÃOS	CADE	SNDE CADE	CADE SDE SEAE
ÂMBITO	CONDUTA	CONDUTA	ESTRUTURA CONDUTA
GRAU DE AUTONOMIA	-	-	CADE torna-se uma agência independente; Membros tem dois anos de mandato

Impactos Relevantes

- Necessidade de Coordenação com outras Jurisdições
 - Quesitos para Notificação
- Relações com o Investimento Direto Estrangeiro (IDE)

Efeitos da Mudança de Patamar

- Alteração dos R\$ 400 milhões atuais para R\$ 150 milhões pode aumentar e não reduzir o número de casos

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
<i>Autopeças e materiais de transporte</i>	16	32	100
Eletroeletrônico	14	30	114
Madeira, Móveis e Papel	9	22	144
Mecânica	2	11	450

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Metalúrgico	18	38	111
Mineração	4	11	175
Não-Metálicos	4	14	250
Plásticos e Borracha	3	10	233

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Química e Petroquímica	26	53	104
Têxtil e Couro	5	14	180
Atacado	13	23	77
Varejo	22	60	173

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Distribuidor de Veículos	0	2	-
Comércio Exterior	3	10	233
Comunicação	5	12	140
Construção	6	14	133

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Informática	5	19	280
Serviços	43	92	114
Transporte e Armazenagem	10	25	150
Agricultura	7	21	200

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Informática	5	19	280
Serviços	43	92	114
Transporte e Armazenagem	10	25	150
Agricultura	7	21	200

Efeitos de Novo Patamar sobre
Número de Notificações

TOTAL DE SETORES	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
24	240	573	108

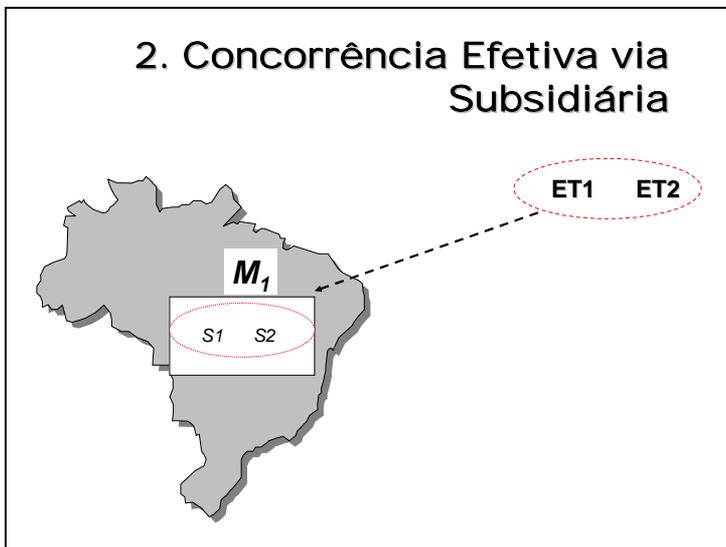
Cenários de Impacto do IDE sobre a Concorrência

- 1 Concorrência Efetiva via Exportações
- 2 Concorrência Efetiva via Subsidiária
- 3 Concorrência Potencial
- 4 Conglomeração

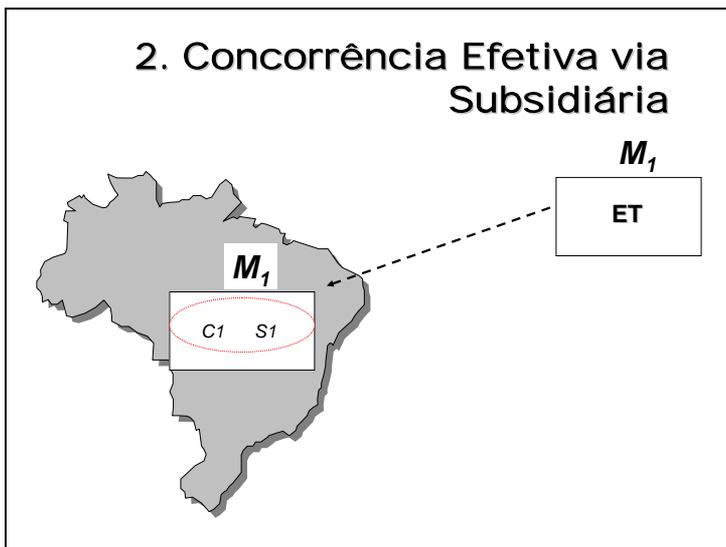
1. Concorrência Efetiva via Exportações



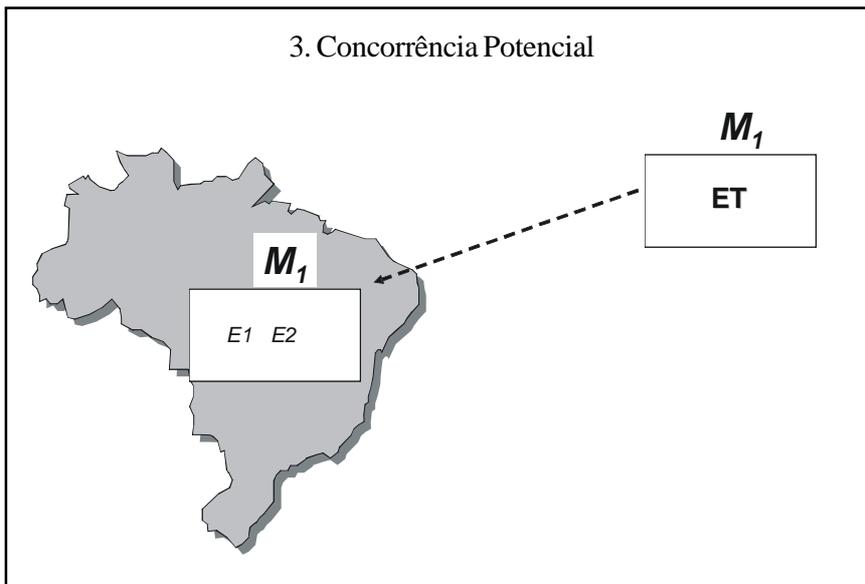
2. Concorrência Efetiva via Subsidiária



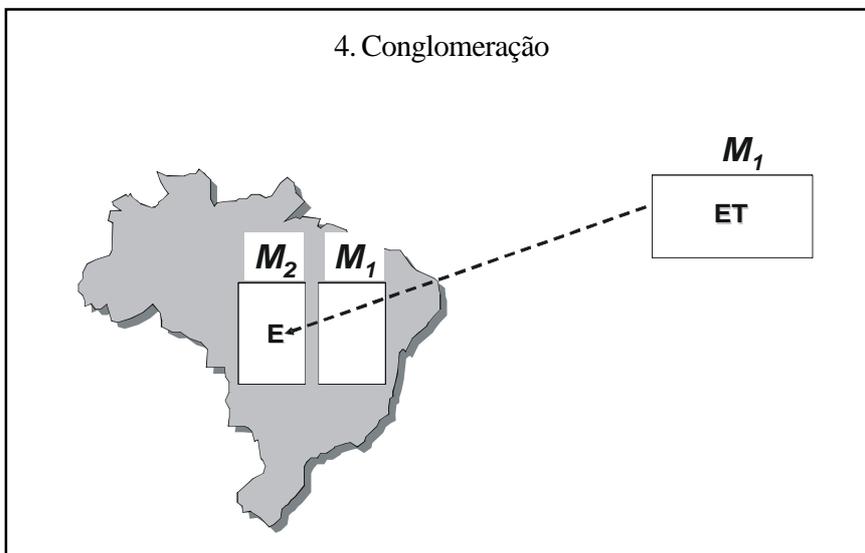
2. Concorrência Efetiva via Subsidiária

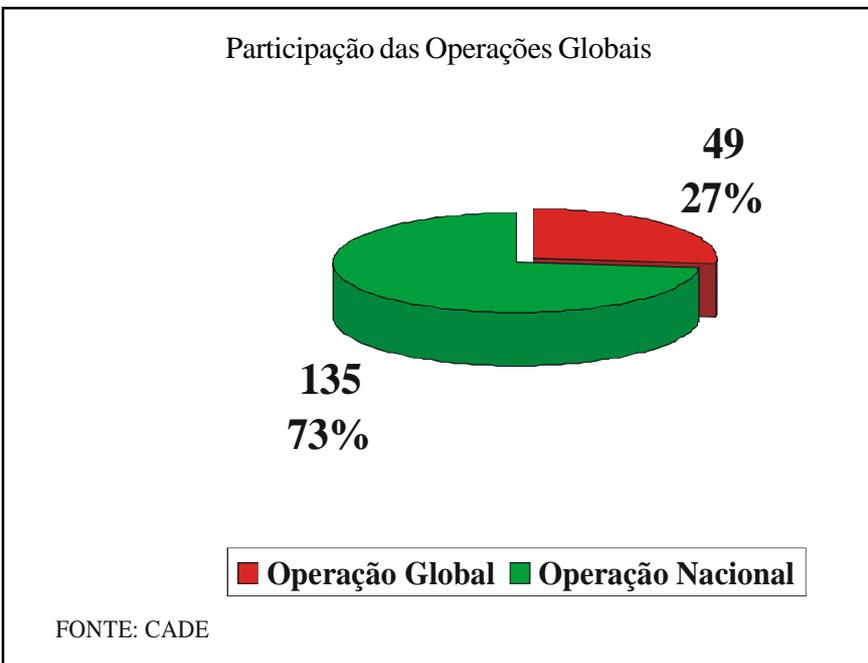
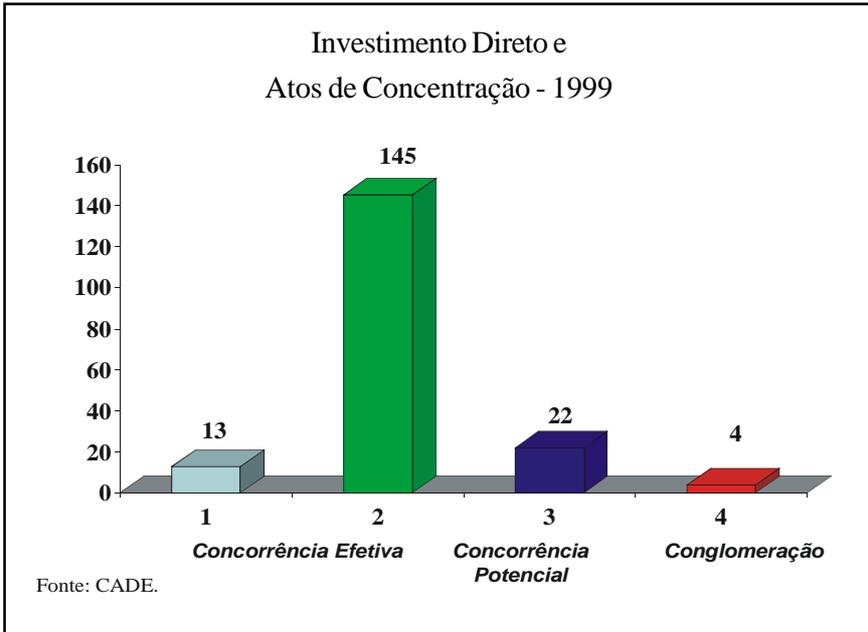


3. Concorrência Potencial

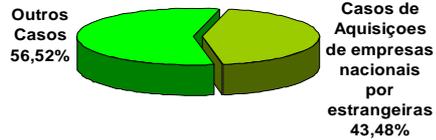


4. Conglomeração





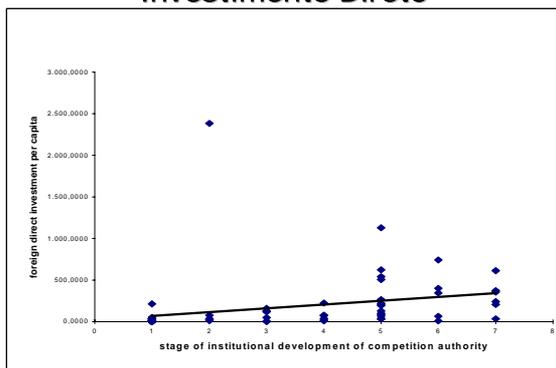
Aquisições e Desnacionalização



FONTE: CADE

Investimento Direto e Defesa da Concorrência

Defesa da Concorrência e Investimento Direto



Confiança do Investidor



A. T. KEARNEY

Risco Regulatório:
Consequências Macroeconômicas

Inadequação do marco regulatório



Incerteza



Menor Investimento



Menor Crescimento

Maiores informações...

gesner@fgvsp.br
www.tendencias.inf.br

Muito obrigado!

Dr. Mauro Grinberg:

O Prof. Gesner Oliveira, com a sua fluência e a sua clareza habituais, bateu hoje um recorde, pois conseguiu superar em apenas três minutos o tempo previsto. Em nome do IliRAC, agradeço a sua enorme contribuição para o debate.

Passo imediatamente a apresentar a Pro:r Elizabeth Farina, Professora Titular da Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo. Tem escrito muito sobre o tema e tem encaminhado vários orientandos em matéria concorrencial. O número de orientandos e profissionais encaminhados talvez seja uma contribuição impar dada ao Direito da Concorrência. É também consultora de empresas. Eu não preciso falar mais pois ela já é bastante conhecida de toda essa comunidade. Passo a palavra à Pro:r Elizabeth Farina para as suas questões.

PROFA. ELIZABETH FARINA:

Bom, nós estamos falando aqui de fusões e aquisições globais. E, grande destaque foi dado a questão da jurisdição, de soberania e etc., mesmo porque está no tema do painel. Agora, fusões globais significam estratégias globais de empresa e estratégias globais de empresas são pensadas globalmente como diz o nome; não são voltadas especificamente para mercados nacionais muito embora elas tenham em consideração o que vai acontecer nesses mercados nacionais, nem sempre a decisão de duas empresas transnacionais fazendo uma fusão na Europa, estão muito preocupadas com o que vai acontecer no mercado brasileiro, não é sempre verdade isso. Então, a minha pergunta vai nessa direção de como é que as agências hoje podem levar em conta essa estratégia global da empresa. Eu estou querendo avançar um pouco em relação a definir se o limite ou o critério de apreciação de um caso, mas uma vez que eu tenho que apreciar, uma vez que ele gera algum tipo de preocupação em termos de seus efeitos sobre o mercado, como é que eu internalizo essa idéia da estratégia global e esses efeitos que são muito diferentes num mercado como o brasileiro, como o Gesner levantou, ele tem efeitos diferentes dependendo do grau de desenvolvimento da economia e como é que então essas agências poderiam se conversar, interagir no sentido de entender melhor a estratégia global e portanto seus impactos em termos da concorrência. Eu queria fazer essa pergunta mais precisamente para o Df. Rui de Moura Ramos, porque ele citou duas questões, uma a tal da OMC da concorrência, quer dizer essa talvez fosse num nível uma organização que permitisse essa visão mais globalizada das estratégias e que talvez tivesse

algum desdobramento em relação a possibilidade de commitment das decisões. Quer dizer, apesar de eu entender as estratégias globais, qual é o poder que eu tenho de fazer valer uma decisão que impede a concentração no mercado ou um outro quando eu tenho uma organização internacional tomando conta disso.

O Df. Mark Powell, insistiu muitos nos custos que representa operações transfronteiras tanto para os advogados, acho que mais para os clientes e, chamou muito a atenção no sentido de que o faturamento é um bom instrumento para definir a necessidade de notificação, porque está claro certo. Eu sei qual é o meu faturamento, eu olho lá quanto é que tem que ser o valor da operação ou faturamento individual, qualquer que seja a sofisticação das relações aí, e não fico dependendo da definição do que é o mercado relevante, se juntar dois economistas teremos três mercados relevantes. No entanto, me parece que isso define se eu tenho que apresentar ou não, mas se tem efeito sobre o mercado ou não tem que passar pela discussão de mercado relevante; acho difícil definir se uma operação pode ser aprovada sem maiores análises se eu não tiver uma relação com os impactos econômicos em mercados do ponto de vista da concorrência. Portanto, eu acho que ainda sobre muito espaço para esse conceito ser trabalhado e aí eu queria entender um pouco, vindo aí da" experiência de submissão dessas operações, as diferentes agências, nesse primeiro procedimento que pode finalizar a história por ali, você não tem que informar quais são os impactos? Quer dizer, mesmo que você não tenha que fazer uma conta para mostrar que é 20/25 ou 30, mL pelo menos para mostrar que aquela operação está sendo apresentada por conta dos faturamentos, mas não via ter um impacto importante sobre concorrência, e aí me parece que a gente volta a questão da definição do mercado relevante.

E, por último para o Gesner, eu acho que ele tocou uma questão bem importante, da relação entre investimento direto, fusões e aquisições concorrentes, e fica muito claro que a estratégia global dessas operações tem que ser compreendidas para a gente entender a extensão pela qual o mercado brasileiro vai ser afetado, porque aí ele pode ser afetado de inúmeras maneiras; não só porque você tem operações, fusões por exemplo horizontais dentro do mercado de subsidiárias, mas porque você pode ter um efeito de reduzir o papel disciplinador que as importações por exemplo podem ter, na medida em que o seu antigo fornecedor global, ele está agora dentro do seu mercado e operando com um menor número de concorrentes. Então, de novo como é que eu internalizo essa questão da estratégia global, quer dizer quais são os elementos que a gente poderia trazer e que tipo de relacionamento interagência que poderia haver. E, só para finalizar na questão que o Gesner levantou aqui sobre o impacto de um ambiente regulatório sobre tratatividade ou não do investimento, eu acho que a gente tem que tomar cuidado com os dois lados.

Quer dizer, eu entendi perfeitamente para quer que você estava dando o recado, quer dizer existe toda uma discussão se voc não deveria ter um ambiente regulatório mais permissivo, porque daí voc atrairia o capital que é o que a gente tem uma enorme escassez. Então, e entendo que você force o ponto nesse sentido, mas de qualquer maneira e acho que quando você usa esse tipo de relação, de (esperar?) etc., que voc bem colocou não é uma relação de causalidade, ou seja, não é porque e tenho uma legislação sólida ou consistente de concorrência, que eu tenho investimento direto, quer dizer não existe uma causalidade entre eles, apenas o que você está mostrando é que eles podem conviver pacificamente, ou sej, eu posso ter um ambiente regulatório consistente, bem definido, limitado etc isso não espanta, mas não espantar também não quer dizer que atraí porqu outras coisas são o que atraí, e ambiente regulatório eu acho que é mais d que Direito da Concorrência, quer dizer é segurança jurídica, é estabilidade das regras, então a gente precisa tomar um certo cuidado também para nã exagerar na coisa de que: olha, eu preciso de uma estrutura sólida ness aspecto porque senão o investimento direto não virá. Acho que também ner tanto, não vamos condená-l o por... ele não vai afastar, mas ele também não responsável pela atração.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço a intervenção da ProF Elizabeth Farina. Peço aos componentes da mesa permissão para trazer logo as questões do Prof. Fernando Marques para que possamos unificar as respostas, permitindo maior abertura ao público.

O Prof. Fernando Marques é professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ele ministra cursos de Direito da Concorrência na PUC, de onde já encaminhou vários alunos para o Direito da Concorrência, sendo que seus alunos costumam dizer que ele é uma das cabeças mais brilhantes do Direito da Concorrência. Passo a palavra ao Prof. Fernando Marques.

PROF. FERNANDO MARQUES:

(...) isso, e eu estou me referindo ao Brasil e ao Mercosul. E não obstante, não podemos nos sujeitar a essa questão de tempo e o Brasil, como os países da América Latina estão em ritmo aceleradíssimo de estudos e elaborações de legislação para ganhar altitude, altitude essa onde a economia tem se desenvolvido no resto do mundo.

Chamo a atenção, e -gostaria de ambientar as perguntas que vou

fazer à mesa, perguntas que já adianto, farei de forma geral para os conferencistas, que no tema da soberania o Brasil tem claro na Constituição Federal a previsão expressa da tutela da soberania, logo no seu artigo 1º, a república se fundamenta na soberania. O inciso 4º deste mesmo artigo já tenciona o modelo econômico brasileiro, dizendo que vai haver a valorização social do trabalho e da livre iniciativa. Nós temos um modelo econômico próprio, interessantíssimo dentro do Brasil. O artigo 3º da Constituição brasileira: constituem objetivos fundamentais da República, garantir o desenvolvimento nacional, promover 'o bem de todos. O artigo 40 da Constituição Federal, prevê a autodeterminação dos povos e o desenvolvimento através de acordos de cooperação notadamente no que se refere a integração latino-americana de onde se desborda os protocolos e acordos do Mercosul. Acordos, cooperação, o artigo 219 é expresso na Constituição: o mercado interno integra o patrimônio nacional. Na ordem econômica, há um destaque para a questão da soberania nacional, de novo no artigo 170 inciso I, a livre concorrência no artigo 170, inciso IV, a busca do pleno emprego no artigo 170 inciso VIII. Não há dúvida de que é preciso analisar a questão e aqui, como diz já alguns pensadores num ambiente de seminário como este, se nós começarmos com certezas, acabaremos com dúvidas, mas se começarmos com dúvidas poderemos alcançar algumas certezas. É no sentido de refletir, de colocar à mesa como no ambiente econômico, onde a economia se integra cada vez mais, como realizar esse balanceamento com os interesses nacionais, com os interesses regionais porque não dizer, já que estamos aqui também mais na Europa, mas aqui também nos integrando no Mercosul e quiçá eventualmente na ALCA, como balancear isto. Sabemos todos que no âmbito da concorrência existe um protocolo assinado no âmbito do Mercosul, onde já houve inclusive aprovação mal grado as reflexões conduzi das pelo então presidente Gesner em Brasília, no seminário específico sobre o Mercosul, onde se procurou ponderar os aspectos positivos e negativos deste protocolo, este protocolo foi assinado, foi ratificado e dá direito a veto a um dos países integrantes para as considerações de impactos de mercado relativos a Mercosul.

No âmbito global portanto, não me parece absolutamente irrelevante que há uma jurisdição de concorrência no Brasil. Ou seja, há jurisdição a ser analisada no Brasil, podíamos chamar na era da Internet: a jurisdição de concorrência ponto br, existe, está na Constituição, é relevante, é preciso ser considerada e não obstante inúmeras operações cada vez mais tem impacto global, como temporizar isso? A minha pergunta é no sentido de focar essa questão no tempo e na forma, no tempo e na forma e já daríamos alguns progressos imensos no Brasil, e a pergunta que eu faço aos eminentes conferencistas: como caminhar para estabelecer uma forma e aí um formulário standard, será uma lei, será um protocolo, serão acordos de reciprocidade? E o

que tem sido pior e mais cruel porque tem ocupado a pauta do conselho de forma brutal do CADE no Brasil, o CADE tem se dedicado em larga medida de tempo a analisar a questão do momento da apresentação do ato e isto é particularmente importante nas operações globais; qual será o melhor momento para estartar a análise de uma operação para a apreciação de uma autoridade de concorrência, qual é esse marco de tempo? Há uma controvérsia imensa entre o timing que é considerado e o critério do documento obviamente que estarta esse processo, nos Estados Unidos e na Comissão Européia e no Brasil, qual será esse timing e esse documento? São as perguntas que eu gostaria de dirigir aos eminentes conferencistas para que a gente possa trazer alguma reflexão a par daquela que o auditório venha a contribuir também. Obrigado, senhor presidente.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço a contribuição do Prof. Fernando Marques. Passamos imediatamente às respostas dos expositores, na mesma seqüência em que eles se apresentaram inicialmente.

DEBATES

Prof. Rui de Moura Ramos: Muito obrigado. Eu vou tentar responder de forma conjunta as duas questões e porque parece que elas levantam roblemasto semelhantes.. No que toca a questão posta pela professora lizabeth Farina, é verdade que a situação atual assenta e conduz a um déficit de consideração da estratégia global da empresa. Eu creio que isso é um sultado quase forçoso do quadro nacional da aplicação do Direito da Concorrência Quadro nacional esse cuja legitimidade vem a ser sublinhada pelo professor Fernando. Aquilo que se passa na constituição Brasileira, contra-se noutros documentos talvez com menos força, mas não há dúvida .e a autoridade reguladora se interessa pelos efeitos da operação no seu adro ainda que esses efeitos sejam mínimos, no quadro da estratégia global s participantes, ela não deixará de pretender atuar se esses efeitos forem de)do a justificar a sua intervenção no quadro nacional. Portanto, o déficit de consideração da estrutura global da empresa é resultante do quadro de icação estadual ou regional no caso da comunidade, das entidades uladoras e é algo a que não é possível fugir no momento atual. É claro que e déficit é particularmente grave na medida em que não possibilita às idades reguladoras compreender o porque da intervenção, e portanto na fase de diálogo que há entre entidade reguladora e o interveniente, o hecimento da estratégia global

da empresa é necessário e aparece, mas rece sempre para iluminar a decisão da entidade reguladora sobre o seu campo específico que é o único que lhe interessa. Ora, explica-se essa tação do quadro nacional ou regional ao problema do enforcement. É que não há no atual quadro enforcement possível para além do quadro a se refere a atuação da entidade reguladora, nacional ou regional. Como superar isso? No atual quadro é particularmente difícil porque não só a .ção atual resulta dos considerandos que foram agora recordados, como a lação de um mecanismo global universal dentro do quadro da OMC. Não .da simples. Porque como acontece com o que se passo na União péia, a criação de um mecanismo ao nível universal implicará uma lcia de atuação das entidades reguladoras nacionais, como acontece 'o dos patamares do regulamento no quadro da União Européia, e, os que logrou discutir o regulamento na comunidade, onde a situação é apesar de tudo mais próxima entre os seus membros, podiam talvez plicar-se no quadro da OMC se, se chegasse a um quadro global. nto, eu não sou muito otimista quanto ao aparecimento de um quadro m de apreciação. Agora o que eu acho que se devia ser o papel da OMC, para tentar talvez já esse quadro comum da previsão que me parece muito permitiria desde logo melhor conhecer a estratégia global, através da circulação por exemplo das notificações, e sobretudo organizar regras procedi mentais que permitissem fasear a atuação das diversas entidades reguladoras. Quer dizer, perante uma concentração global que afetasse diferentes espaços, adaptar a forma de atuação das entidades reguladoras sem por isso limitar no seu conteúdo. Quer dizer, teria que haver limitações de forma eventualmente, mas não limitações de conteúdo, e as limitações de fonna implicariam quem deveria atuar primeiro eventualmente a partir do mercado relevante que fosse mais afetado, portanto no fundo permitir integrar nos termos da resposta a uma notificação o contexto global em que a operação aparece. É por esta via, particularmente difícil, estreita mas que me parece vá lá menos utópica do que caminhar necessariamente para o estabelecimento de um quadro global de apreciação, que eu creio que se pode caminhar.

Quanto a questão do momento. A questão do momento é uma questão que eu não sei se a sua importância deve ser exagerada. Eu diria que em geral, a questão do momento deve resultar da definição em termos jurídicos tanto clara quanto possível, como aquele momento em que as partes envolvidas na operação tenham uma clara intenção de a por em movimento. A partir do momento em que não se houvesse obrigatoriedade de modificação, as partes consubstanciaram o negócio, aí elas estão obrigadas a notificar., Portanto no fundo o problema é um problema talvez de técnica jurídica, de definir claramente qual é o momento, a partir do qual o negócio produziria os seus efeitos, começaria a produzir efeitos se não houvesse a obrigação de notificação que limita a produção desses efeitos. E, portanto aí...mas quanto a

este ponto eu não enfatizaria as dificuldades do problema, porque me parece que o essencial é ter uma resposta clara a esse propósito, porque se a resposta for clara ainda que não seja a melhor, as situações acabarão por ser notificadas com maior ou menor proximidade e parece mais importante do ponto de vista do funcionamento da entidade reguladora e do sistema do seu conjunto, garantir a sua apreciação antecipadamente independentemente da produção dos seus efeitos, mais do que ter uma definição perfeita do momento em que essa apreciação deve ter levado, porque estamos a falar de uma apreciação prévia e sendo assim o negócio fica em suspenso. Ora bem, o maior interesse dos participantes é que a intervenção da entidade reguladora decorra num momento mais rápido possível e portanto haverá creio eu, um interesse em notificar e não protelar a notificação. Portanto, parece-me que talvez se possa minimizar as consequências da dificuldade de definir corretamente no momento, porque o sistema vive talvez da prática da notificação e eu acho que o interesse dos intervenientes nessa notificação talvez os levem na prática a minorar as dificuldades tiradas desse momento.

Dr. Mark Powell

Elizabeth Farina mentioned one of my favourites subjects: lawyer's fees. That may be very clear because I risk making myself extremely unpopular that my objective is not to reduce or eliminate lawyers fees. It is true that they are significant transaction costs.

Seriously I think the most prejudicial aspects of the current system or pletore of systems the time it takes to the business people to focus on all of these issues. And while the business people are focusing on notification Slovakia and Stonia they are not implementing the transaction. I think B& T estimated with one of its recent transactions that it was loosing ten million pounds a month because it was not able to implement the transaction. I think that we sort of take that, take those concerns and modify the regime accordingly. The aim is not to avoid notifications it is to try a to simplify and to allow the authorities focus on the transactions that do generate material adverse effects in the local jurisdiction.

Moving to the questions on timing ad how is it possible to have co-ordination when different authorities expect notifications at different times in the processo It is true that I would like to see sort of harmonisation of when you file the transaction however if you look at what is happening between the European and the American authorities there the US authorities accept a filing based on a letter of intent. The European Commission wants to see a definiti ve agreement. N onetheless there is co-operation between those authorities and I then we should look very carefully at the US EC

cooperations a possible model for co-operation more generally. The US EC co-operation tends to work well where there is a problem with the transaction and the two authorities work together to try to craft remedies that will solve both of their problems. In some instances I think the German authorities have accepted the remedy been co-operated into a consent decree so that they don't need to intervene. And similarly European decisions have referred to US consent decree. So there is an indication that even though the process starts at different time .there is the possibility for fruitful co-operation.

Moving to the issue of documents should there be some law? Well of course as a lawyer I like laws, they take a long time to be implemented and of course we can be involved in the lobby processo However I don't think that is in the interest of the business community. What I think we should move towards is a pragmatically solution. The French, the Germans and the British got together and agreed on a common formo It wasn't a law, there wasn't special treaties. They just decided if a notification was received on this common form ... The form hasn't been very successful and the reason is because of those three jurisdictions only one of them has a mandatory notification system and that is Germany. 50 what companies do is they tend to use the German Form which is actually more simple than the common formo But nonetheless it does indicate that it is possible for authorities to seat around the table and agree on what kind of information they need in a notification. My recommendation would not be to go through legal route because that takes time but work towards finding more pragmatic solutions.

Gesner de Oliveira:

Queria em primeiro lugar abordar as questões da professora Elizabeth Farina. Acho que há um ponto bastante interessante levantado pela professora no sentido de, que os efeitos sobre a concorrência do investimento direto são mais abrangentes do que meramente aqueles que nós podemos detectar a partir da análise da operação por si mesma. Foi mencionado um eventual efeito sobre a eliminação do efeito disciplinador das importações, e o que é interessante também é que a rapidez com que determinadas empresas podem, isso também chama a atenção na frequência de operações do world investment report, a rapidez com que as empresas tem entrado nos mercados e comprado empresas altera brutalmente a dinâmica de vários mercados. Quer dizer, uma empresa pode estar muito bem com uma enorme taxa de expansão e pode ser comprada a qualquer momento, uma proposta absolutamente irrecusável. A facilidade de entrada mudou muito em vários mercados e também tem um efeito disciplinador e em alguns mercados simplesmente a ocupação de espaço pra não deixar um outro entrar pode ter um efeito

negativo também. Então, é fascinante a abrangência, o conjunto de possibilidades que decorrem da enorme mobilidade do capital. Quer dizer, as comparações entre o volume de exportações e o volume de transações via as subsidiárias das empresas é impressionante. Quer dizer, o comércio internacional perdeu, hoje representa menos de 1/3 da importância do que ocorre em termos de investimento no mundo, em termos de transações. Realmente, é aí onde realmente reside... é no investimento onde reside a importância econômica, da dinâmica econômica etc.

Agora, eu chamaria a atenção para um aspecto, eu insistiria embora reconhecendo a dificuldade de se estabelecer qualquer relação mais conclusiva, entre de um lado a qualidade do ambiente regulatório e do outro lado a maior ou menor atração do investimento, eu insistiria no seguinte ponto; eu acredito que o investidor, o grande problema do investidor hoje, do investidor direto está associado as relações do entrante ou as eventuais dificuldades do entrante em mercados onde havia monopólios, sobretudo monopólios estatais e há um risco muito grande de o entrante não ter acesso a infra-estrutura, inclusive esse é um problema muito comum, problema fulcral nas telecomunicações por exemplo. Com todas as limitações do ambiente regulatório das nossas telecomunicações, a verdade é que se nós comparamos com México e Argentina que tiveram problemas ainda mais profundos e em seus respectivos ambientes regulatórios, o Brasil venceu a onda de investimentos ou absorveu mais uma das ondas de investimentos em telecomunicações. Então, realmente... agora porque aconteceu isso, a grande preocupação era sempre ou tem sido sempre em que medida o problema de acesso poderá ser resolvido junto a autoridade de defesa da concorrência e daí o papel central da autoridade de defesa da concorrência no conjunto de agências que vão manter ou vão proteger a competição no país. Porque as várias agências setoriais, é claro que cada jurisdição tem a sua configuração específica, mas as várias agências setoriais recorrentemente tendem a ser menos rigorosas e menos enfáticas na defesa da competência e do acesso as várias infra-estruturas fundamentais. Então, eu diria que para a capacidade de absorção de investimento é fundamental a sinalização para o investidor, que se houver problema de acesso há alguém a quem se recorrer e reclamar daquela regulamentação setorial que está impedindo o desenvolvimento dos seus negócios. Me parece que isso para o aumento do investimento me parece muito importante, daí novamente acho que esse é um tema que mereceria da parte dos nossos ilustres representantes, tanto do CADE, quanto da SEAE e da DE, merecia uma reflexão para que realmente esses órgãos ou uma futura agência tenha um papel fundamental em sua articulação com as demais agências setoriais. Obviamente também de um ponto de vista geral, o grau de independência dessas agências é fundamental; se o investidor quer saber se realmente é uma instância técnica ou se é uma instância meramente

subordinada ao Poder Executivo.

Uma outra questão do nosso ilustre professor Oliveira Marques, sobre o formulário padrão, como chegar e como caminhar em direção ao formulário, como chegar em direção ao formulário padrão. As experiências nessa área de defesa da concorrência, as experiências mais bem sucedidas tem sido experiências de trabalho conjunto e cooperação interagências. Em geral, qualquer formulário, por exemplo entre autoridade Argentina e autoridade brasileira, se propuser um formulário por decreto ou se em algum órgão diplomático se entender que o melhor formulário é esse, provavelmente será o pior formulário, mas o trabalho conjunto, a experiência de análise conjunta de casos concretos e há tantos casos que nós sabemos que tem impactos no Brasil e na Argentina e no Mercosul, isso pelo menos geraria um caminho para uma harmonização mais produtiva. Como o presidente da mesa o Dr. Mauro Grinberg, já mandou aqui um cartão amarelo, não, um vermelho, eu não vou fazer uma consideração sobre o que deve deflagrar a fluência do prazo. Não! Mas acho que certamente isso será um tema que vai ser muito discutido e então eu me abstenho de fazer comentários agora.

Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço aos expositores pelas respostas. Vamos passar às perguntas do público até o final da sessão e na próxima sessão vamos nos reunir sob uma presidência certamente mais eficaz do que a minha.

A primeira pergunta é do Dr. Cláudio Considera.

Cláudio Considera, Ministério da Fazenda. Essa mesa está de parabéns. A qualidade de cada exposição e os debates foram realmente bem elevados. Eu gostaria fazer dois comentários, um para o Dr. Powell, em que a palestra dele me pareceu muito fortuita para a fase que estamos vivendo atualmente no Brasil, porque levanta uma série de aspectos importantes do que uma legislação moderna deve conter em termos de defesa da concorrência, e me parece que o projeto que nós colocamos em consulta pública, abrange grande parte das questões que foram levantadas pelo Dr. Powell aqui, e o que mostra que na verdade o que fizemos foi de fato copiar o que o resto do mundo tem feito e adaptando as condições brasileiras, não tem nenhuma novidade naquilo que está hoje em consulta pública. O segundo comentário que eu gostaria de fazer é a palestra do Dr. Gesner, a respeito da questão do faturamento bruto anual, e eu acho que foi esquecido e eu não sei se aqueles dados contemplam que é o faturamento bruto anual no Brasil.

Então, certamente o que ocorrerá com aqueles números será o que ocorreu quando nós fizemos o estudo para fixar o valor, haverá uma substancial redução dos casos que serão apresentados ao sistema. Volto a insistir, haverá uma substancial redução nos casos que serão apresentados ao sistema e não aumento, me parece que houve tal vez, eu não sei tal vez os dados que o Dr. Gesner mostrou não.. a situação em que uma empresa que tenha faturado 200 milhões no exterior, compra uma que faturou 100 milhões no Brasil. Este caso não será apresentado ao sistema, então é importante que fique claro: haverá redução, os nossos estudos que fizemos ao longo dos dados apresentados em 99 e 2000, haverá uma redução substancial.

Outro assunto, bastante importante que o Dr. Gesner abordou é a questão do relacionamento com as outras agências. Isso, os senhores perceberão, não está contemplado no projeto atual, estava contemplado na sua configuração inicial, o governo decidiu retirar aquilo da consulta pública na medida em que envolve na verdade relações de governo, mas esses assuntos serão discutidos a priori com as agências e o Banco Central particularmente e serão então apresentados posteriormente. Acho que é bastante importante o que o Dr. Gesner chamou a atenção a respeito dessas relações das agências de concorrências com as demais agências. Será impossível nós termos uma situação em que se estão criando agências para tudo no país e nós tenhamos que ter, todo mundo cuida dos casos de concentração na sua área, e a agência de defesa da concorrência cuida de nada de fato. Então, nós estaremos abordando essa questão junto com as agências reguladoras de forma a que a lei de defesa da concorrência seja uma única no país e os critérios sejam únicos no país. Obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

Vamos colher as demais perguntas para as respostas em conjunto. A segunda pergunta é do Dr. Pietro Ariboni.

Dr. Pietro Ariboni:

Uma primeira para o palestrante Moura Ramos e uma segunda para o palestrante Gesner.

Foi dito que afinal houve uma manifestação do Tribunal da Comunidade Européia, aceitando o princípio dos efeitos. Houve algum posicionamento no sentido de fixar alguns parâmetros, já que o sempre oprime os profissionais tanto advogados como economistas, na hora de instruir os processos são exatamente as dificuldades de quantificar os

fenômenos econômicos mercadológicos; houve alguma fixação de parâmetros para saber o que seriam os efeitos mínimos ou satisfatórios para deflagrar no caso aí a dependência? E, em relação ao Dr. Gesner: uma vez que aqui ficou claríssimo de que há uma enorme dificuldade de toda a sorte, de custos, de tempo, de estruturas para se poder analisar certas operações aí transnacionais a nível global, que podem ter influência em "N" jurisdições nacionais, há uma dificuldade enorme tanto para estabelecer o que realmente deve ser visto ou não. Não seria muito mais fácil reduzir unicamente para que os casos tipo Fiat/GM, onde os dois grupos que lá fora se juntaram estão presentes efetivamente no país com duas unidades produtivas e operantes, e não apenas um distribuidor, um representante ou alguém que esteja aqui eventualmente fazendo uma pequena operação, e o restante deixar para o trabalho efetivo inibitório da autoridade local, no caso de se verificarem comportamentos e condutas infrativas específicas. Ou seja, em vez de atingir a gênese que é difícil de mencionar e de quantificar na hora de um simples exame, atingir no caso os que tiverem algum efeito específico demonstrado que seja relatório de ato: concorrência?

Dr. Mauro Grinberg:

Vamos passar aos demais inscritos para perguntas. A pergunta seguinte é Df. Fábio Quintas.

Dr. Fábio Quintas:

Boa tarde! Fábio Quintas, Brasília. Minha pergunta é dirigida ao Dr. Rui Moura Ramos - Eu considero que a uniformização das decisões dos órgãos concorrência a nível mundial, representam um obstáculo a menos p circulação de capitais do comércio e para a segurança jurídica. Consid ainda, como ressaltado pelo senhor, que o controle de atos de central suscitam grandes discussões a respeito da soberania, principalmente no , aspecto jurisdicional. Nesta conjuntura realmente a OMC se mostra grande foro privilegiado para as discussões do Direito Comercial Concorrencial, mas até o presente momento só foi discutido aqui a função OMC como um sistema de função de resolução de controvérsias. A mÍl indagação pega outro aspecto: questiona assim, se há algum esforço da O~ de promover um acordo visando a uniformização de procedimentos tais cor se o procedimento deve ser unifásico ou bifásico e regras tais como, qual I momento adequado para a apresentação da operação, se o controle deve prévio ou posterior nos moldes daquele feito no acordo tríplice, na rodada Uruguai onde de certa forma conseguiu se fazer

um consenso sobre COJ deve ser a questão da propriedade intelectual.

Dr. Mauro Grinberg:

A quarta pergunta é do Dr. Ricardo Madrona.

Dr. Ricardo Madrona:

Meu nome é Ricardo Madrona, sou sócio do Felsberg Advogados. A minha pergunta vai para o professor Ari e também para o Mark Powell, porque e tem conexão.

Se tem falado aqui de uniformização como o próprio colega fale tendo em vista os aspectos globais no mercado de concorrência e no mercado de aquisições. me preocupa um pouco a questão de conteúdo de decisão tendo em vista que você tem uma questão super importante na minha concepção que é a individualização de mercados, de cultura, aspectos diferenciados do ponto de vista social de cada país, então não necessariamente eu acredito que possa ter uma decisão global tendo em vista que você tem mercados locais, e aí com base neste questionamento para professor Ari, eu perguntaria para o Mark, se do ponto de vista da comunidade europeia existe a possibilidade de você ter decisões parciais e diferentes nos países onde a operação tenha efeito. Obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

A pergunta seguinte é da Profª Maria Teresa Melo.

Profª Maria Teresa Melo

Maria Teresa Melo, do Instituto de Economia da UFRJ. A minha pergunta é para o professor Gesner, é a respeito do critério de submissão dos atos de concentração.

Eu acredito que os critérios de submissão dos atos devam ser tais que selecionem realmente aqueles atos nos quais haja maior probabilidade de danos à concorrência e obviamente um desses critérios tem que estar relacionado a indicadores de poder de mercado das firmas participantes dos atos de concentração, que afinal de contas o problema dos atos de concentração é que esse poder de mercado pode estar sendo reforçado ou criado por meio deles. Ora, eu pergunto: faturamento é um bom indicador de

poder de mercado, porque não usar, porque que parece que existe alguma coisa contra o indicador de 20%, usar o indicador de parcela de mercado como critério para submissão de atos de concentração, e eu gostaria de saber, entender esse argumento.

Dr. Mauro Grinberg

A última pergunta, antes da abertura para os expositores responderem, é da Prof^a Marta Asunción Henriquez Prado.

Marta Assuncion Henriquez Prado, da Universidade de Londrina. A minha pergunta era mais para o Dr. Gesner de Oliveira, porque ele colocou muito bem de que a diferença dos investimentos no Brasil e essa recepção diferentemente da Argentina estaria em direta proporção do ambiente da concorrência existente no Brasil, e a professora Farina, ela disse que não estaria completamente de acordo, o que não seria tão importante. Eu acredito que é muito importante no ambiente da concorrência para a segurança jurídica e posteriormente virão outros efeitos nesse sentido. E, o professor Gesner de Oliveira o que pensa em relação ao Mercosul, porque há a necessidade de agilizar o mais rápido possível mecanismos que façam que o protocolo de Fortaleza realmente seja aplicado e que os outros países à semelhança dessa modificação da lei na Argentina, a última sobre Direito da Concorrência, os outros países também façam imediatamente um ambiente, criem nesse ambiente de concorrência para agilizarem investimentos no Mercosul, o que mecanismos o professor Gesner poderia assinalar para agilizar isso?

Dr. Mauro Grinberg:

Passo a palavra aos expositores, na mesma seqüência, para as suas respostas.

Prof. Rui de Moura Ramos

Eu creio que é possível, no que me diz respeito em relação as perguntas que me foram feitas. A primeira questão é do Df. Pietro Ariboni, se o Tribunal disse alguma coisa de substantivo no que toca a definição dos efeitos diretos substanciais ou previsíveis. No que toca ao caso concreto, o Tribunal como instância jurisdicional não se preocupou com definir o problema de fundo, mas teve que dizer se no caso concreto havia ou não efeitos diretos previsíveis e substanciais.

Tratando-se de uma concentração anunciada, a questão dos efeitos diretos e substanciais decorriam do problema de saber se esses efeitos, se podiam ter por verificados no momento anterior a concentração, teria lugar seguidamente, o tribunal achou que sim. a questão mais importante é a do caráter substancial dos efeitos, porque é aí que as partes precisam de uma orientação para saber até onde é que se vai. Ordem no caso concreto o Tribunal não fez doutrina sobre o que são efeitos substanciais, mas ele errou no caso concreto e analisou a situação que decorreria da concentração e perante os números existentes, conclui pelo caráter substancial dos efeitos nesse caso. Não vou ler o ponto, mas no fundo o Tribunal disse isto: o nível de vendas na Europa Ocidental, na Europa Comunitária correspondia a 20% da cota mundial e a cota de mercado da entidade resultante da concentração e ele disse qual era, o número é confidencial por isso eu não cito, justificava portanto a competência da comunidade em relação a concentração. É curioso que aqui o Tribunal fundou-se no critério da parte do mercado, no critério substantivo e não tanto apenas no volume de vendas; e depois quando analisou mais profundamente a questão referiu-se unicamente as partes de mercado e acentuou que a circunstância de a empresa passar a ter uma parte de mercado entre 35 e 50% na Europa Ocidental, que isso era mais do que suficiente para concluir que se tratava de um efeito (existencial?). Portanto, houve indicações, são indicações no entanto limitadas ao caso concreto, isso não significa que o efeito substancial não exista antes disto, daqui para a frente sim, mas isso são as limitações inerentes ao funcionamento de um órgão jurisdicional. De qualquer modo, dentro da medida em que eu pude verificar o acórdão nesta medida foi bem acolhido, não aconteceu com todos os pontos, mas quanto a este ponto, quanto a caracterização dos efeitos substanciais foi bem acolhido pela doutrina.

No que toca a questão que me foi posta sobre a possibilidade de a OMC avançar com uma espécie de lei modelo, da criação de um conjunto de regras comuns nesta matéria, quanto ao momento da notificação, quando ao tipo de formulário etc., eu não sei se o desenvolvimento atual do problema entre nós já tem maturidade para justificar uma discussão a nível internacional sobre este ponto. Eu não sei se esses pontos são os pontos essenciais; parece-me que os pontos essenciais... a articulação na intervenção das autoridades e é sobre isso que eu creio que um fórum internacional se devia procurar, era como estabelecer regras de funcionamento que previna o conflito entre os vários intervenientes n:ais do que estabelecer uma forma única que não creio que se possa necessariamente encontrar facilmente e que seja particularmente importante. Não parece que haja problemas importantes qt:e decorram do fato da notificação se fazer em prazos diferentes, em momentos diferentes e a partir de pontos de partidas diferentes em vários sistemas, porque essas diferenças serão em todo o caso mínimas, parece-me sobretudo que o

necessário era articular a intervenção desde o teatro ou os atores. No entanto, muito embora não creia ser uma prioridade, não vejo inconveniente nenhum em que se tal fosse possível, viesse a ser feito, mas eu preferiria apostar nas energias existentes no outro campo, me parece mais importante.

Dr. Mark Powell:

In the interest of getting us to lunch as quickly as possible I will deal with just one question which was raised which was the relationship between the National Competition authorities and the European Commission. First point when the merger regulation was adopted the member States gave up sovereignty or jurisdiction over certain transactions. Subsequently we have seen certain member states which perhaps regretted. The French for example did not think that the European Commission should block the Aerospaciale to have a look at the merger, but it did. The Swedes thought that the European Commission should not block Volvo/Scania, but it did. Gennans thought that European Commission. should not unlock the joint-venture between (...) alid Telecom, but it did. So the advantage o European Authorities that it can take unpopular political decisions. However, there is a procedure by which if the European Commission thinks the transaction is fine but a national authority says hold on a minute, big problem in our jurisdiction. There is a procedure by which. the national authority can ask to have a partial review of the transaction to deal with the local issues. This is built in the procedure because when you notify the European Commission you provide around 30 copies of the form and then those copies go out to the national authorities and also to some of the authorities in Central and Eastern Europe. 50 it gives the national authorities three weeks in which to raise specific national issues. I think it is a quite useful model

Dr. Gesner de Oliveira: eu agradeço as perguntas, foram realmente interessantes. Primeiro em relação as questões do Dr. Considera, concordamos plenamente com a importância da articulação com as agências regulatórias, mas eu queria insistir na provocação numérica que eu fiz aqui.

O que nós colocamos foram 24 setores, retirados do balanço anual incluindo empresas estrangeiras e nacionais, quer dizer estão todas as empresas lá. Essa amostra, talvez essa não seja a melhor amostra, eu chamei a atenção para algumas ressalvas metodológicas, mas ao reduzir o patamar de 400 milhões para 150 milhões é aritmético, há um aumento do número de casos, ainda que seja no Brasil e eu entendo que é no Brasil, mas há um aumento do número de casos a julgar por esse amostra. Obviamente, eu ach que é um tema que merece... a nota que nós fizemos procura chamar a atenção para esse fato, eu acho que é um tema que merece vários estudos, a discussão

dos diversos aspectos metodológicos e etc. É interessante, porque de um lado do ponto de vista das empresas que já atuam no mercado doméstico, é preciso achar aquilo que seria um patamar adequado para não colocar como o Dr. Ariboni bem ressaltou, para não colocar casos demais, eu acho que é um objeto geral e é preciso então achar esse nível. É claro que, como há uma disparidade muito grande entre o tamanho médio da empresa nacional, o tamanho médio da empresa internacional, aquilo que serve como um bom patamar doméstico, se for aplicado para empresa transnacional será um nível relativamente grande para a empresa transnacional, alternativamente se for aplicado o para o mundo o patamar brasileira obviamente vai ser um nível baixo. Então, o que nós fizemos aqui foi uma provocação aritmética, eu não vejo como vai haver redução de número de casos com uma duplicação do universo de empresas possivelmente enquadráveis, cujas operações sejam possivelmente enquadráveis no artigo 54. Mas eu acho que é um tema em aberto para realmente estudar e eventualmente os estudos já existentes sejam mais elucidativos.

Um segundo ponto é o ponto das empresas transnacionais, aí eu insistiria no ponto que foi feito. Ao analisar uma amostra de caso, uma amostra relativamente grande, mais de 150 casos envolvendo empresas transnacionais, nós demonstramos, creio que tenhamos demonstrado que na vasta maioria dos casos são casos que interessam do ponto de vista da análise antitrust, portanto deveriam sim ser analisados. Quer dizer, eu insistiria neste ponto. Reconheço que há necessidade de retirar o fenômeno mercearia ou padaria da esquina, quer dizer realmente há a necessidade e nós poderíamos imaginar alguns aperfeiçoamentos eventualmente em várias jurisdições como utilizando também um patamar de valor de operação, eventualmente excluiria alguns casos ridículos que realmente só fariam rir. Se bem que, o filtro interno pode ser extremamente eficaz, quer dizer isso pode ser liquidado internamente e não necessariamente ex -anti, isso seria uma discussão a posterior.

A professora Teresa, levanta um ponto importante a respeito e questiona tanto a minha assertiva quanto na exposição do Dr. Paulo, acerca da importância e acredito que tenha sido também a posição da professora Farina, da importância do percentual de mercado. Eu reconheço que é importante, desde logo será importante ao longo de toda a análise mesmo que não seja o definidor da obrigação de notificação ou não. Nós precisaríamos, obviamente nós precisaríamos da proxis ideal, a participação no mercado é uma proxis mas ela tem o outro problema é... a dificuldade para o administrado de saber exatamente qual é o mercado relevante. Então se, se estabelece uma obrigação para o administrado baseado em uma variável que entendo eu, ele não deve definir, entendo ser esse também o entendimento da SEAE, de que não é o administrado que define o mercado relevante, embora nós... diviso apenas um

aspecto de que seria útil saber dele o que quê ele acha, mas de qualquer maneira não é ele que deve definir. Se não é ele que deve definir fica difícil impor uma obrigação a partir desse ponto, embora seja uma variável mais adequada do que faturamento, embora também imperfeita porque nós sabemos que a relação entre a participação c;le mercado e poder de mercado é uma relação tênue, apenas aplicável sobre hipóteses muito restritivas, mas de qualquer maneira é melhor do que o faturamento _____.

Eu acho que no tema do patamar, eu acho que alguns aperfeiçoamentos realmente seriam necessários e sobretudo, talvez quando... sem conhecer os estudos já existentes, talvez eu esteja fazendo uma injustiça, mas realmente a nossa proposição aqui da Dra. Bianca e a minha, foi mais no sentido de provocá-los numericamente para uma reflexão dos eventuais impactos que a mudança de patamar teria.

Finalmente em relação a questão da nossa professora Marta, eu acho fundamental e até me atrevo a dizer que a professora não entende o contrário, ela apenas puxou um pouco a minha orelha porque eu forcei um pouco o meu ponto, mas eu acho que eu forcei legitimamente o meu ponto, e o que a professora Marta destaca é a fragilidade das instituições no Mercosul. Discutíamos na aula do IBRAC a fragilidade institucional da defesa d concorrência no Mercosul. É inacreditável o que... o protocolo de Fortaleza tem várias limitações, a interferência política é total. Quer dizer, todas as decisões são ad referendum da comissão de comércio. Ora, decisões independentes no âmbito nacional ficam completamente subordinados a comissão de comércio, isso foi decidido numa madrugada de dezembro de 96, acredito a revelia de toda essa platéia aqui para... eu digo toda essa platéia, não nós indivíduos mas toda a comunidade, sem nenhuma participação da comunidade jurídica, da comunidade econômica etc., precisa haver uma revisão do protocolo de Fortaleza. Outra coisa, o protocolo de Fortaleza é extremamente ambicioso, tem aquela mania de uma coisa extremamente ambiciosa sem ter os meios. Por exemplo, nós temos todo um procedimento extremamente burocrático e moroso, enquanto não há mecanismos básicos de cooperação. Quantos de nós já sentou com os argentinos para ver quais as peculiaridades do controle de fusões lá na Argentina? No entanto, nós temos um documento maravilhoso que é para inglês ver, que é um documento... várias vezes, eu pergunto ao Dr. Considera ou ao Dr. João Bosco; quantas vezes os representantes brasileiros não vão ao exterior e as pessoas falam: Poxa, mas que maravilha esse protocolo do Mercosul! Eu confesso que até mesmo eu aproveitei o embalo e comecei a falar mesmo, que é uma maravilha etc. porque você fica animado, mas quando você vai ver na realidade não tem encaminhamento. O presidente já está me dando uma bronca.

Dr. Mauro Grinberg: Em nome do IBRAC, eu agradeço ao Prof. Rui de Moura Ramos, ao Dr. Mark Powell, ao Prof. Gesner Oliveira, às Prof^{as}. Elizabeth Farina e ao Prof. Fernando Marques. Esta sessão está encerrada.

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

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

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

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

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

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

Dr. Pedro Dutra: Boa tarde a todos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

negado acesso aos autos ou a documentos nele constantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

incontrastável às autoridades encarregadas daquela repressão?

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

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

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

Dr. Paulo de Tarso:

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

intervenções.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMBATE A CARTÉIS

Lições da Experiência Internacional

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

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

IBRAC 2000 - Campos do Jordão - SP

Por que combater cartéis?

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

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

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

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

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

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

Setores com maior probabilidade de cartelização

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

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

Setores com maior probabilidade de cartelização
(cont.)

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

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

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

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

Instrumentos de Combate

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

Bons resultados no combate aos cartéis dependem de:

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

Programas de Leniência

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

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

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

Programas de Leniência (cont.)

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

Nos moldes iniciais, o programa não levou à descoberta de nenhum cartel internacional.

Programas de Leniência (cont.)

Em 1993, houve uma mudança radical no programa, que ampliou as possibilidades de anistia automática. Todavia, não se alterou a obrigação de as empresas indenizarem integralmente, sempre que possível, suas vítimas nos EUA.

Foram reforçadas as punições às empresas e executivos que não colaborassem com as investigações.

Programas de Leniência (cont.)

Até então, a maior multa aplicada nos EUA não chegara a US\$ 3 milhões; hoje, multas de US\$ 10 milhões são comuns (mais de 30 casos).

Nos últimos 5 anos, cresceu notavelmente o número de empresas que aderiram ao programa. Em 97, 98 e 99, o total de multas superou US\$ 1,5 bilhão, 95% dos quais de cartéis internacionais.

Programas de Leniência (cont.)

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

Programas de Leniência (cont.)

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

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

Poderes de Investigação

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

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

Poderes de Investigação (cont.)

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

Multas

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

Multas (cont.)

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

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

Multas (cont.)

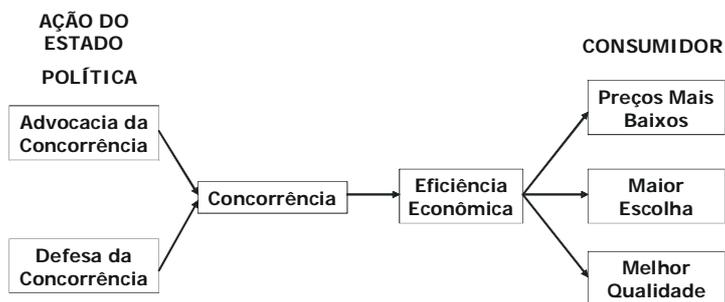
Existe também na UE a proposta de aumento substancial das multas por violações às regras processuais, atualmente de 5.000 euros.

Cooperação Internacional

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

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

Atuação da SDE na Defesa da Concorrência



Avanços Recentes no Modelo Institucional da Ação Antitruste

1) Ampliação dos Poderes de Instrução

- Notificação de empresa estrangeira na pessoa do responsável por filial, etc. instalada no Brasil;
- Regulamentação da Inspeção in loco;
- Regulamentação dos poderes de busca e apreensão.

2) Instituição do Programa de Leniência

- 3) Extensão da Taxa Processual para análise de AC's aos órgãos de instrução.

Programa de Leniência da SDE

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

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

Programa de Leniência da SDE (cont.)

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

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

Condições para celebração do Acordo de Leniência

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

Condições para celebração de Acordo de Leniência
(cont.)

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

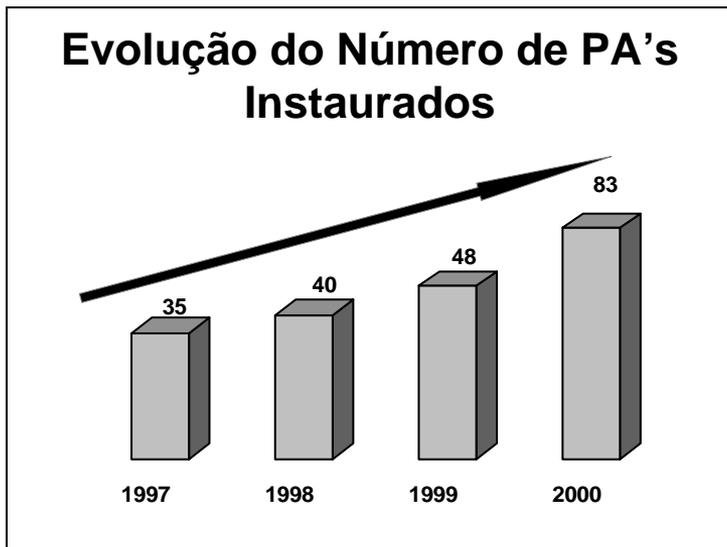
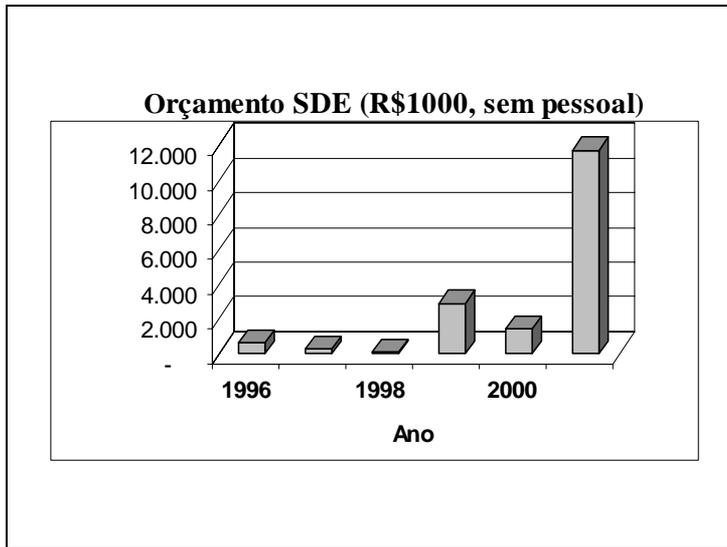
Investigações de Cartel na SDE

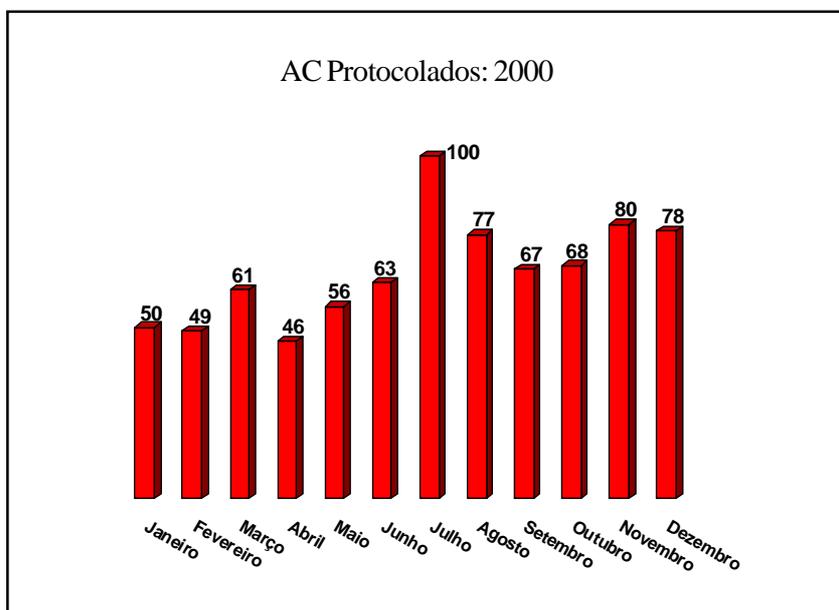
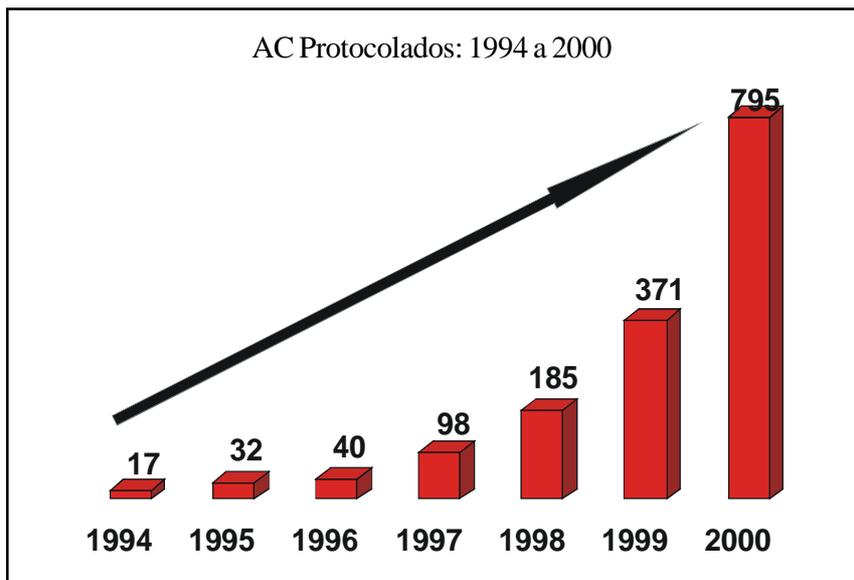
Atualmente, tramitam quase 30 processos administrativos referentes à prática de cartel na SDE, dos quais 10 se referem à atividade de revenda combustíveis, envolvendo mais de 500 postos e sindicatos.

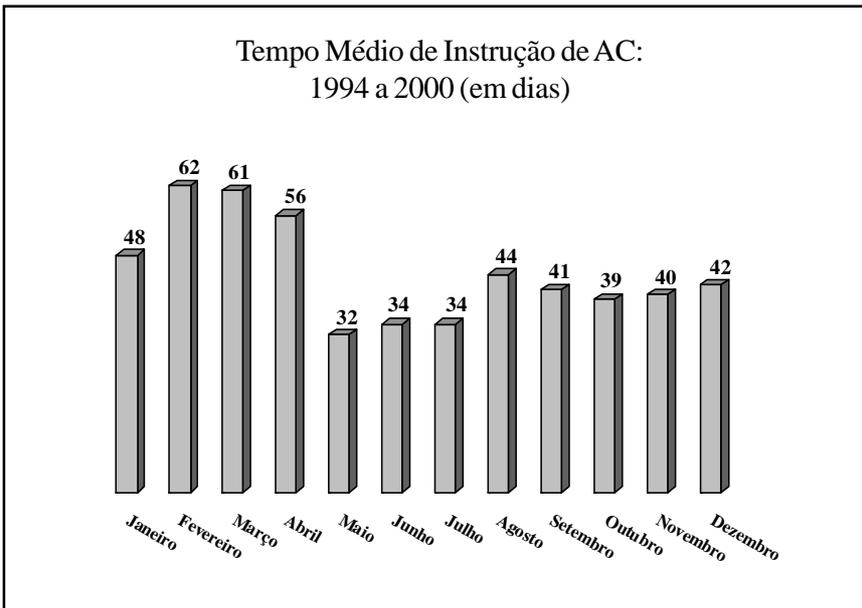
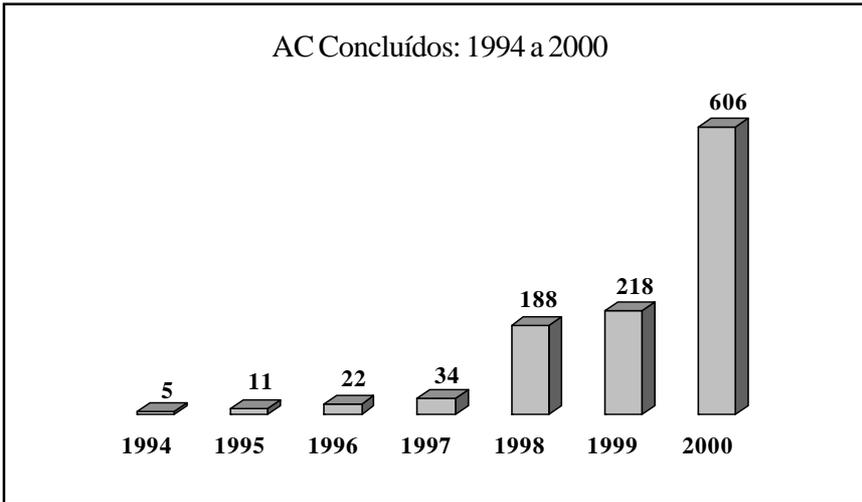
Existem, ainda, 29 Averiguações Preliminares e mais de 130 Procedimentos Administrativos.

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

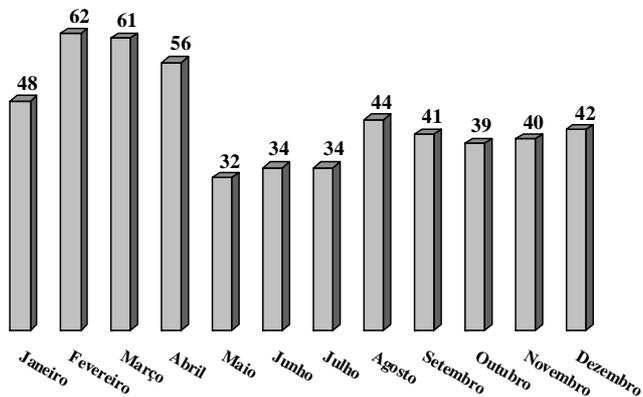
Combustíveis;	Serviços de Táxis;
Portos;	Serviços Médicos;
Farmacêutico;	Gases Industriais;
Mineração;	Insumos para Rações
Citricultura;	Serviços Fotográficos;
	Administração de Imóveis;







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



COMBATE A CARTÉIS
Lições da Experiência Internacional

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

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

IBRAC 2000 - Campos do Jordão - SP

Dr. Darwin Corrêa:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Rui de Moura Ramos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

Dr. Paulo Corrêa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Carlos Francisco de Magalhães: eu?

Dr. Láercio Farina:

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

Dr. Carlos Francisco de Magalhães:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Lâercio Farina:

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

Dr. Mário Possas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

DEBATES

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

Dr. Darwin Corrêa:

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

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

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

Dr. Paulo de Tarso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Paulo Corrêa:

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

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

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

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

Dr. Pedro Dutra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Laércio Farina:

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

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

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

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

Dr. Carlos Francisco Magalhães:

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

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

simplesmente uma penalidade porque foi feito um acordo entre concorrentes.

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

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

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Pedro Dutra:

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

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

Dr. Paulo Corrêa:

Não! Eu considero a pergunta esclarecida.

Dr. Láercio Farina:

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

Dr. Pietro Ariboni:

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

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

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

Dr. Paulo Corrêa:

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

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

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

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

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

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

Dra. Maria Tereza Mello:

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

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

Dr. Láercio Farina: Dra. Maria Teresa.

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

Dr. Paulo de Tarso:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Rui de Moura Ramos:

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

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

Dr. Láercio Farina:

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

Rodrigo Carneiro:

Rodrigo Carneiro, Pinheiro Neto Advogados.

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

Dr. Láercio Parina: Dr. Paulo.

Dr. Paulo Corrêa:

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

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

Rodrigo Carneiro:

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

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

Dr. Paulo Corrêa:

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

Dr. Darwin Corrêa:

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

Dr. Paulo de Tarso:

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

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

Dr. Cláudio Considera:

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

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

encerramento.. .

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

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

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

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

Dr. Mário Possas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Willian E. Cohen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

can likely be resolved with forethought and advance planning. In general, these antitrust issues seem likely to be solvable with practical solutions. Many can be dealt with through familiar devices and a careful selection of operating rules. The staff reported and stressed that it was not to be read as a warning of insoluble problems. Take for example information sharing. In many settings all of it might be needed, would be a good set of firewalls, or for joint purchasing appropriate limitations are those that participate jointly in aggregating their purchases or in the types of goods that are covered jointly might be all that is needed. Stickier issues may arise in preserving competition among market places, although even here some prudent avoidance of unnecessary exclusivity practices will solve many -of the concerns. B2B' sare most likely to be ruled to achieve their efficiencies and avoid antitrust problems if they consider antitrust issues at the front end, when they're developing their operating rules and bylaws considering what activities to undertake and determining other matters such as who will participate and under what terms. And what we heard at the workshop was that in most instances planning a long the line of antitrust considerations is likely to be very consistent with the business interest of the B2B. They want to persuade participants that it is a neutral market place in which they can transact their business, and a place where sensitive information that they have will be protected. Of course there will be need for periodical review to make sure that operating rules put in, that make good sense and efficiency purposes at the beginning still do so, for example, exclusivity practices that may be fine as it means for getting a B2B to be up and running may look different on the road, if it turns out that that B2B has become dominant in its relevant market.

Well, in conclusion I think looking at all these issues, it is very clear that we're in for quite an exciting time. B2B market places offer great potential to increase productivity and provide consumers with substantial benefits, but there are also antitrust issues and before proceeding into the antitrust picket anyone involved with B2B' s should be certain to be at least aware of the possible pitfaUs that lie ahead. That said I suspect that a proper attention is paid to antitrust issues upfront. Most B2B' s should be able to achieve their promised efficiencies without antitrust risk. Thank you.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

O IBRAC, gostaria de agradecer a excelência da palestra do Dr. Cohen, e acredito que ao invés de ter ascendido luzes verdes ou vermelhas, ascendeu um flash yellow light na cabeça de todos os participantes, sem dúvida gerará várias perguntas na área dos debates.

Vamos passar agora á apresentação do Dr. Cleveland Prates

Teixeira, da Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Dr. Cleveland Prates Teixeira:

Bom dia a todos! Eu gostaria, em primeiro lugar, de agradecer ao convite do IBRAC e dizer que nós, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, estamos a inteira disposição para futuras conversas e discussões que possam surgir a respeito desse e de outros temas que porventura haja interesse.

Preparei a minha exposição em duas partes: a primeira delas mostrando o que vem acontecendo, em termos de fusões e aquisições, no mercado brasileiro de Internet, bem como o tratamento que a Secretaria vem dando a esses casos; e a segunda, que vou abrir mão em função da exposição do Dr. Cohen, que estaria voltada para apresentar uma metodologia de análise de alianças entre empresas no comércio eletrônico. Enfim, vou tentar não ser redundante, pois acho que muito do que iria dizer nessa segunda parte já foi apresentado na exposição anterior.

O tema que nós temos para trabalhar hoje neste painel é "Aliança no E-Business". Assim, nada mais razoável do que, antes, entendermos o que é Aliança. Eu trouxe algumas pequenas definições: por exemplo, qualquer acordo onde duas ou mais firmas concordem em colaborar em projeto ou compartilhar informações ou recursos produtivos" ou "qualquer acordo de cooperação entre concorrentes". Como essa duas, existem várias outras que andei observando. Entretanto, mais importante do que tentar distinguir as peculiaridades associadas aos vários conceitos existentes, o que há de relevante para nós é entendermos que, em geral, alianças envolvem acordos entre concorrentes e que, portanto, têm a possibilidade de restringir a concorrência. Adicionalmente, dado o nosso tema, é fundamental que entendamos também o que vem a ser E-Business. O conceito de E-Business não envolve somente o comércio eletrônico, como a maioria das pessoas pensam. E-Business é um conceito mais amplo que envolve uma série de outros mercados que estão diretamente relacionados com a Internet. Por exemplo, E-Business pode ser entendido como a "integração de sistemas, processos, organizações, cadeias de valor e mercados através da tecnologia da Internet", ou ainda "transformação de processos de negócios chaves pela utilização da tecnologia da Internet". Assim, o ponto de partida é identificar quais são esses mercados e de que forma as alianças nesses mercados podem ser pró ou antecompetitivas.

De maneira mais genérica, nós, na SEAE, segmentamos os mercados de E-Business em três níveis, conforme pode ser observado na tela. O primeiro andar da pirâmide refere-se à infra-estrutura que possibilita a

existência da Internet, primordialmente as diversas formas de provimento, tais como acesso por linha telefônica, por cabo, por satélite, ou mesmo as tecnologias como a do tipo wireless. O segundo andar da pirâmide incorpora as aplicações, ou aplicativos, da Internet, referentes à gestão dos processos de negócio das empresas, seja através das chamadas intranets, comunicações internas das empresas, seja via extranets, conexões com o mundo externo, ou mesmo na comunicação com clientes ou com fornecedores. Finalmente, o terceiro andar diz respeito às transações comerciais propriamente ditas, incluindo o próprio comércio eletrônico.

Evidentemente, existem outras formas de caracterizar o que se entende por E-Business, especialmente se levamos em consideração outro termo em voga, o "E-Commerce": Como já falei, não vou entrar mais

propriamente na parte da minha apresentação que trata do comércio eletrônico. Entretanto, vale destacar uma definição que aproveitei para pegar do próprio FfC, qual seja: "qualquer comércio que se dá via Internet". Mais genericamente temos duas opções: o B2B, que é o comércio entre empresas e o B to C, que se refere a transações comerciais entre empresas e consumidores. Existem vários modelos de comércio eletrônico, como podemos observar no quadro exposto. Pode ocorrer, por exemplo, através de um esquema de leilão, em que uma empresa oferece determinado produto para muitos. Pode se dar também através dos chamados catálogos, em que muitas empresas colocam catálogos dos seus produtos em um determinado site e os consumidores visitam esse site e escolhem o que querem comprar.

Existe também o leilão reverso, que funciona exatamente da forma contrária ao próprio leilão. Enfim, não vou me estender nesta parte, mas podemos voltar a este quadro, se necessário, em uma discussão posterior.

Para nós, vale ressaltar que esta segmentação exposta na pirâmide apresentada permite entender mais claramente as relações horizontais e verticais existentes entre as empresas que atuam neste mercado.

Quanto às perspectivas de crescimento desse mercado, o que nós percebemos é que, quando comparamos o crescimento do E-Business no mundo com o Brasil - eu vou voltar a esse quadro já - percebemos que nós estamos em um estágio muito incipiente; na realidade, estamos apenas começando a ta tear esses mercados, apesar de haver uma expectativa muito forte de crescimento em todos os três níveis da pirâmide que mostrei a pouco. Acho que os números apresentados nos dois quadros expostos dão uma boa idéia do que estou dizendo.

Qual o reflexo deste cenário para a defesa da concorrência e o que nós na Secretaria temos observado nesses últimos meses? Só um parêntesis - estou na Secretaria há mais ou mêm um ano e quatro meses, período que coincidiu exatamente com a entrada de casos na área de E-Business. Em

primeiro lugar, o que nós temos percebido é que os casos mais comuns que aparecem são os de provedores de acesso à Internet. Também temos visto alguns casos de portais, provedores de conteúdos e operações envolvendo serviços financeiros, mais explicitamente bancos. O que seriam estes casos de provedores de acesso? Genericamente falando, estes casos, em sua grande maioria, referem-se a aquisições de empresas que geram grande parte de suas receitas com o provimento de acesso à Internet, tanto no segmento de acesso discado ("dial-up") quanto no de acesso dedicado, por outras empresas da mesma área de atuação.. Está também incluída nesta categoria a recompra de franquias de grandes provedores de acesso, que contribuem com cerca de 30% do total dos casos.

Já os casos de portais envolveram as operações associadas às aquisições ou alianças com empresas que atuavam como "portais" na Internet. Um "portal" pode ser caracterizado como páginas (ou "sites") na Internet que reúnem informações de uma área de interesse específico, chamados de portais verticais, bem como de interesse geral, portais horizontais. A principal fonte de faturamento dos portais é a venda de espaço para publicidade virtual. Por esse motivo, quanto mais visitado o portal, mais pode-se cobrar pelo espaço vendido. Em algumas operações incluídas nesta categoria, empresas que não se faziam presentes na Internet adquiriram um portal já estabelecido. Em outras, empresas que já se faziam presentes na rede adquiriram ou se aliaram a portais a fim de se utilizarem de serviços ou conteúdos já consagrados e elevarem o número de visitantes. Os casos de provedores de conteúdo referem-se às aquisições ou alianças de empresas que produzem informações diversas, tais como conteúdo jornalístico e de entretenimento na Internet, com outras empresas que, em geral, já atuavam também na Internet em segmento diferente, porém complementar. Nesta categoria, são comuns operações que aproximam empresas de tecnologia da informação com as de conteúdo jornalístico.

A categoria de serviços financeiros inclui, principalmente, as aquisições de participações no capital social de empresas provedoras de acesso à Internet por empresas que atuam no setor de serviços financeiros. Há também acordos firmados entre essas empresas que visam estender o atendimento "online" a clientes de bancos. Por último, tivemos diversos casos de difícil classificação, que envolvem operações entre empresas que prestam serviços bastante específicos ou ainda operações que não são tecnicamente analisadas como atos de concentração.

Novamente, como podemos observar no quadro, dos aproximadamente 140 casos que deram entrada na Secretaria, a grande maioria das operações, no período, está centrada na categoria de provedores de acesso. Até o final de 1999, poucas dessas operações envolviam relações

verticais ou conglomerações, sendo que a maior parte delas era caracterizada por empresas que adquiriam outras do mesmo setor, com relevância para as aquisições daquelas que ofereciam acesso discado à Internet. Pode-se inferir que, em um período de crescimento do número de usuários, a grande movimentação no segmento de provimento de acesso discado representava uma consolidação do setor. A partir do ano 2000, entretanto, cresceu o número de operações envolvendo grandes provedores internacionais e surgiram novos modelos de negócios, focando outros segmentos além do provimento de acesso discado. Cresceu também o número de recompra de franquias por grandes provedores de acesso à Internet. Isso se deveu, provavelmente, ao fato de que, após uma acomodação do setor e com a entrada de vários provedores de acesso gratuito à Internet em todo o país, os franqueados, em geral pequenas e médias empresas, por um lado perderam parte de suas receitas e, por outro, não tinham recursos suficientes para investir e competir com os grandes provedores.

De certa forma os dados refletem o que eu já havia dito anteriormente; que nós estamos em um estágio muito incipiente no que diz respeito ao Comércio Eletrônico. Aliás, me lembro da entrada de um ou dois casos envolvendo B to B ou B to C por enquanto lá na secretaria, no máximo isso. Resumindo, o que nós temos observado no Brasil, por enquanto, é um processo de concentração basicamente na área de provimento de acesso. As alianças representam muito pouco e, particularmente, na área de comércio eletrônico. Nós esperamos que este quadro mude a partir do próximo ano, principalmente porque o Brasil tem seguido a tendência internacional, inclusive com relação ao próprio provimento de acesso. Como disse, já estão surgindo os primeiros casos e nós estamos aprendendo a lidar com eles.

O principal motivo alegado para as incorporações ou alianças entre empresas que atuam em setores diferentes da economia foi a necessidade de estarem presentes na Internet, aproveitando o melhor das especificidades de cada empresa. Entretanto, existem sinergias que envolvem setores específicos que merecem destaque. Por exemplo, empresas de telefonia com provedores de acesso geram receita adicional para as telefônicas através da atração de um maior número de clientes à rede de telefonia. No caso de Bancos com provedores de acesso, a oferta de serviços e produtos "online" aos clientes diminui os custos com o atendimento nas agências. Além disso, a possibilidade de oferecer informações financeiras atualizadas com relação a seus produtos, diretamente ao usuário, pode representar um diferencial com relação aos concorrentes. Já a aquisição de portais consagrados por empresas de provimento poderia elevar o número de visitas à página do provedor e, assim, atrair mais anunciantes. Além disso, a necessidade de diversificação das fontes de receitas dos provedores tem feito com que estas empresas

foquem outros mercados, como o comércio eletrônico. Muitos dos portais adquiridos já possuíam experiência em construir "sites" e desenvolver soluções para o comércio eletrônico e poderiam contribuir com esses provedores, nestes novos segmentos. Enfim, como esses existem outros vários exemplos que poderíamos citar.

Por último, gostaria de abordar um tipo de caso que está se sobressaindo neste momento. Mais especificamente, gostaria de abordar um aspecto que diz respeito à defesa da concorrência. Me refiro a casos envolvendo operações verticais entre empresas de telefonia e provedores de acesso à Internet. Estes casos, apesar de não serem um problema a priori, merecem uma análise mais detalhada. Mais claramente, estou falando de situações em que uma empresa que fornece a infra-estrutura para provedores de acesso seja monopolista nesse mercado. Nestes casos, poderia haver algum problema no sentido de que ela oferecesse condições diferenciadas para empresas de provimento de acesso, que não fossem suas subsidiárias. Isso vai de caso-a-caso obviamente. Entretanto, mesmo nestes casos devemos procurar formas de correção desses mercados que não necessariamente passem pela não aprovação de um ato de concentração ou coisa semelhante.

Como comentei no início, eu vou simplificar minha exposição, encerrando-a por aqui e deixar para conversar sobre pontos eventuais que possam ser de interesse dos senhores na fase de discussões. Obrigado.

Ministério da Fazenda
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Seminário
“Alianças no E-business”

Novembro 2000

A “Nova Economia”

Redução dos custos



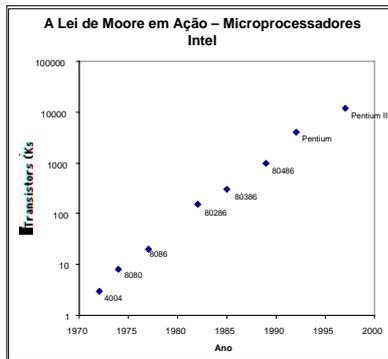
Universalização do Acesso



Incremento do e-business

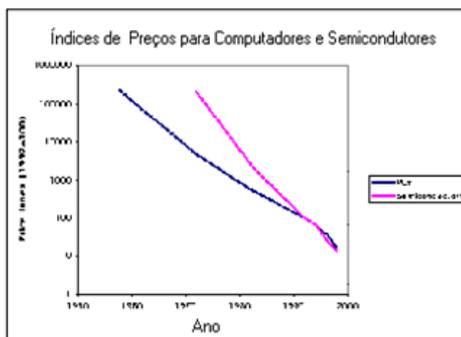
Introdução

- Redução dos Custos



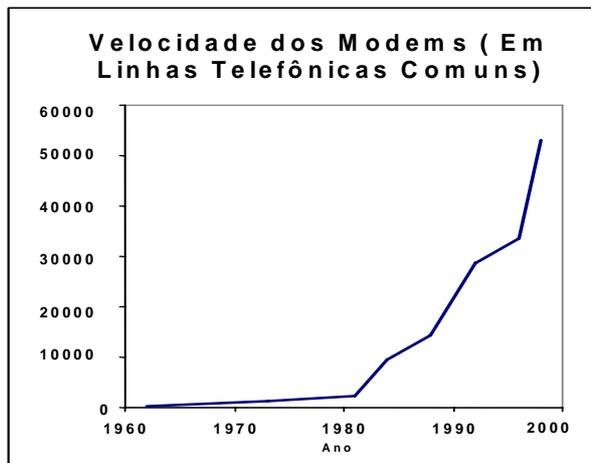
Introdução

- Redução dos Custos



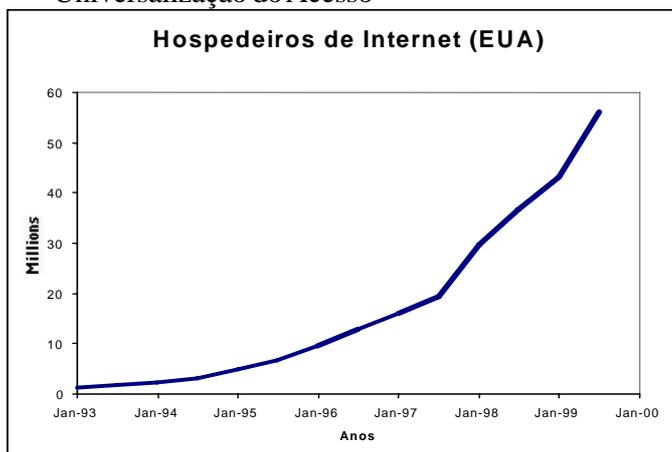
Introdução

- Redução dos Custos



Introdução

- Universalização do Acesso



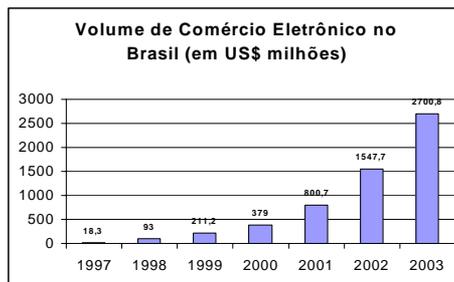
Introdução

- Incremento do e-business (mundo)

Instituto	1995-97	2000-02
Morgan Stanley	600	375000
Forrester	8000	327000
Yankee Group	850	144000
IDC	1000	117000

Introdução

- Incremento do e-business (Brasil)



Definições

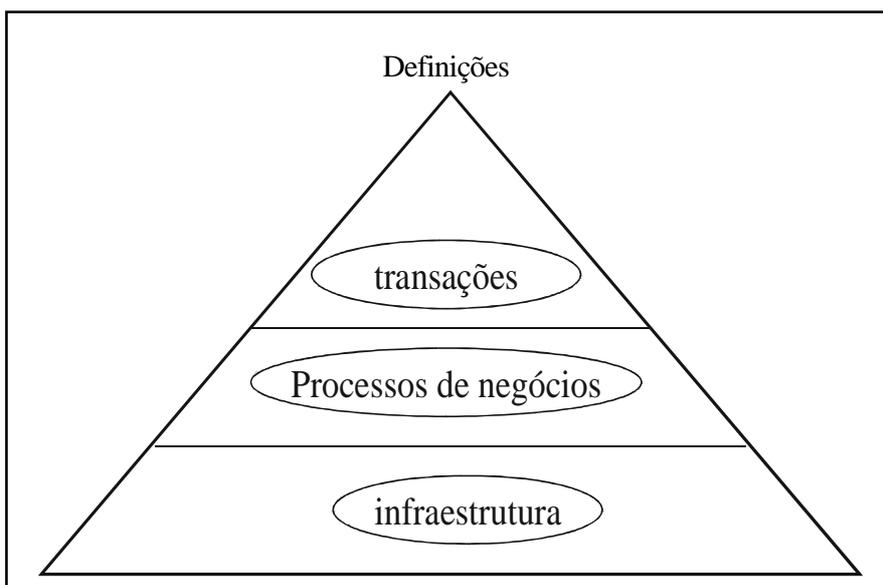
- Aliança
 - a) Qualquer acordo onde duas ou mais firmas concordam em colaborar em um projeto ou compartilhar informações ou recursos produtivos
 - b) Qualquer acordo de cooperação entre concorrentes

Definições

- E-business

– a) “e-business é a integração de sistemas, processos, organizações, cadeias de valor e mercados através da tecnologia da Internet.”

– b) “e-business é a transformação de processos de negócio chave pela utilização da tecnologia da Internet”



Definições

- E-commerce
 - “troca de informações via redes, em qualquer estágio da cadeia de fornecedores, intra ou extra empresas, entre empresas e fornecedores ou entre setor público e privado, pago ou não.” (UK Department of Trade and Industry).
 - “todas as transações de bens e serviços remuneradas entre empresas ou entre empresas e consumidores” (“E-Commerce and its Implications for Competition Policy, Discussion Paper 1, August 2000, Office of Fair Trading)
 - “qualquer comércio que se dá via Internet.” (FTC Staff Report on B2B commerce, 2000)

Definições

- E-commerce
 - a) B2B - transações comerciais entre empresas, via Internet
 - b) B2C - transações comerciais entre empresas e consumidores, via Internet

Definições

Tipos de Mecanismos de Comercialização no E-commerce

Tipo	Interação	Ajuste dos Preços	Vantagens	Complexidade dos Produtos
Leilão	Um-para-muitos	Dinâmico	Vendedor	Alta
Catálogo	Muitos-para-um	Estático	Vendedor	Média
Leilão Reverso	Muitos-para-um	Dinâmico	Comprador	Alta
Troca	Muitos-para-muitos	Dinâmico	Ambos	Baixa

Definições

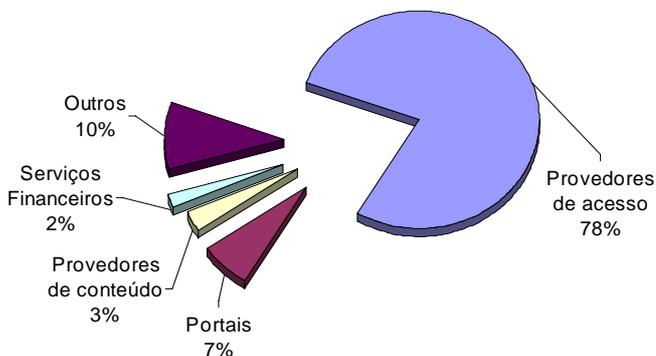
O B2B no Brasil	
Modelo de negócios:	15% dos portais apresentam modelo de receita sustentável
Modelo de receita:	32% sobrevivem através de receita de banners e taxa de afiliação
Solução B2B:	15% possuem funcionalidades avançadas de B2B
Potencial de mercado:	48% atuam em segmento mercado ocupado por mais três concorrentes
Atributos do portal:	17% estão no mercado a mais de um ano
Parcerias estratégicas:	31% estão iniciando a prospecção de parcerias comerciais
Marca:	30% dos portais dividem o mind share com outros concorrentes
Situação financeira:	cerca de 60% já receberam o primeiro round de investimentos
Unique Value Proposition:	8% possuem um UVP consistente, garantindo a sobrevivência no mercado

Definições

•Aliança

- a) Qualquer acordo onde duas ou mais firmas concordam em colaborar em um projeto ou compartilhar informações ou recursos produtivos
- b) Qualquer acordo de cooperação entre concorrentes

Internet: distribuição dos atos de concentração por categoria desde junho de 1999



Categorias Utilizadas

- Provedores de acesso a Internet
- Portais
- Provedores de conteúdo
- Serviços financeiros
- Outros

Provedores de acesso à Internet

– Categoria que inclui aquisições de empresas que geram grande parte de suas receitas com o provimento de acesso à Internet, tanto no segmento de acesso discado (“dial-up”) quanto no de acesso dedicado.

Provedores de acesso à Internet

– % menor de receita advém:

- da comercialização de espaço para publicidade virtual;
- dos serviços de criação e hospedagem de páginas (“webhosting”);
- da intermediação ou da venda direta de produtos.

– Também incluídas nesta categoria:

- a recompra de franquias de grandes provedores de acesso, que contribuem com cerca de 30% do total dos casos.

Acesso Discado (Dial-up)

- Serviço que possibilita aos usuários finais o acesso à Internet e à informação nela existente por meio de uma linha telefônica comum. Para o usuário, o provedor de acesso, ou seu ponto de presença, pode ser considerado como o ponto mais próximo à espinha dorsal da Internet (“backbone”).

Acesso Dedicado

- Serviço oferecido diretamente por um provedor de acesso a um “backbone” da Internet a uma empresa ou a outro provedor de acesso à Internet. Em muitos casos, pode ocorrer que um provedor de acesso à Internet revenda parte da capacidade contratada na forma de acesso dedicado a outras empresas e/ou a outros provedores.

Comercialização de Espaço Para Publicidade Virtual

- Venda de espaço publicitário em páginas de empresas que são visualizadas na Internet.
- Diferença entre o espaço (meio) disponibilizado na Internet e os veículos tradicionais é a interatividade.

Serviços de Criação e Hospedagem de Páginas

- Em geral, oferecido como um pacote de serviços. Trata do desenvolvimento de páginas e o armazenamento das mesmas no servidor da empresa. Há diferentes modalidades.

Intermediação ou Venda Direta de Produtos

- permite efetuar uma transação comercial via rede. Produtos ou serviços são oferecidos em páginas da Internet e, se finalizada a transação, o pagamento pode se dar de diversas formas, dentre as quais a mais comum é o fornecimento de um número de cartão de crédito;
- a receita auferida se dá, em geral, de duas formas:
 - a) disponibilização de produtos/serviços de terceiros e cobrança de comissões pela comercialização dos mesmos ou
 - b) oferecer seus próprios produtos e serviços e auferir receitas diretamente com a venda dos mesmos.

Portais

- aquisições ou alianças com empresas que atuam como “portais” na Internet. Um “portal” pode ser caracterizado como uma página (ou “site”) na Internet que reúne informações de uma área de interesse específico, chamado de portal vertical, ou de interesse geral, portal horizontal.

Provedores de Conteúdo

- Aquisições ou alianças de empresas que produzem informações diversas, tais como conteúdo jornalístico e de entretenimento na Internet com outras empresas que, em geral, já atuavam na Internet em segmento diferente, porém complementar.
 - Os principais provedores de conteúdo são veículos de notícias, principalmente jornais de grande circulação na mídia impressa e revistas

Serviços Financeiros

- Aquisições de participações no capital social de empresas provedoras de acesso à Internet por empresas que atuam no setor de serviços financeiros.

Outros

- casos de difícil classificação, operações entre empresas que prestam serviços bastante específicos ou ainda operações que não são tecnicamente analisadas como atos de concentração.

Conjuntura

– Grande parte dos casos incluídos nas categorias apontadas no gráfico como “portais” e “provedores de conteúdo” representam aquisições de provedores de Internet por empresas de outros setores. No ano corrente, tem crescido o número de operações que envolvem integrações verticais e conglomerações.

Razões

- Os motivos alegados para as incorporações ou alianças entre empresas que atuam em setores diferentes da economia é a necessidade de estarem presentes na Internet, aproveitando o melhor das especificidades de cada empresa.

Exemplos hipotéticos de sinergia entre empresas

- Empresas de telefonia com provedores de acesso;
- Bancos com provedores de acesso;
- Empresas de energia elétrica com provedores de acesso;
- Provedores de acesso com portais;
- Empresas de tecnologia da informação e provedores de conteúdo.

Tendências

– As alianças representam ainda um percentual bastante pequeno dos casos apresentados neste relato. De acordo com a definição adotada, somam apenas cerca de 2% dos casos notificados e situam-se, sobretudo, nas categorias “provedores de conteúdo” e “portais”.

– A expectativa é, entretanto, que estas cresçam em importância, ainda que não se possa afirmar em qual das categorias as mesmas estarão concentradas.

E-commerce e Defesa da Concorrência

• Mercado Relevante

– a) o e-commerce cria novos mercados ou se constitui apenas em um novo canal de comercialização, que compete com os canais tradicionais mas ainda participa do mesmo mercado

– b) qual o impacto da alteração da estrutura de custos, da discriminação de preços ou de alterações nos custos de busca e nos custos de mudança sobre a definição do mercado relevante ?

– c) o mercado geográfico deve ser expandido devido à reduzida importância da localização geográfica dos compradores e vendedores em um ambiente de comércio eletrônico ?

E-commerce e Defesa da Concorrência

- Eficiências do E-commerce
 - menores custos de busca
 - criação de novos mercados
 - redução dos custos administrativos
 - redução dos custos de menu
 - redução de compras não autorizadas
 - possibilidade de compras compartilhadas
 - melhor gestão da cadeia de fornecedores
 - outras possibilidades de cooperação (projeto de produto)
 - reintermediação

E-commerce e Defesa da Concorrência

- Possíveis Efeitos Anticompetitivos
 - colusão
 - poder de monopólio
 - condutas exclusionárias
- no mercado de produtos
- no mercado de empreendimentos de e-commerce

E-commerce e Defesa da Concorrência

- Conclusão
- (...)

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Nós vamos passar agora imediatamente a apresentação do Df. Marcelo Calliari, que também será feita via transparências, via também power point, então ficaremos ainda um pouco ao lado da mesa. (Pausa) (final do lado B fita 01).

Dr. Marcelo Calliari:

Na verdade a inovação que eu vou tentar trazer é o enfoque, eu vou tentar dar um enfoque um pouco mais pragmático com relação à prática, do dia-a-dia na construção de um portal business to business; quais são as considerações que devem ser levada em conta e como responder a elas, tentar resolvê-las e evitar os aspectos concorrenciais.

Bom, basicamente eu vou abordar o que são esses portais, os tipos e suas finalidades, as preocupações antitrustes que surgem na construção de portais B2B. Algumas já foram tocadas, eu vou tentar dar esse enfoque mais pragmático e vou me concentrar apenas nesses três elementos e depois eu estou trazendo um pouco uma jurisprudência, como o próprio Dr. Cohen já deixou claro, a jurisprudência em termos de decisões de autoridade Antitrust é muito parca e eu estou trazendo dois casos da União Européia que foram decididos nesse sentido, e quais as considerações que foram feita naqueles casos que levaram à sua aprovação. Num deles por exemplo, houve a exigência de uma série de medidas para que o portal fosse aprovado.

Bom, o que são os portais; muito bem essa é uma definição da própria Federal Trade Commission: ambientes virtuais constituídos por diferentes softwares que permitem a comunicação simultânea via Internet, de diferentes empresas possibilitando a realização de um número ilimitado de transações. Quer dizer, é uma definição genérica para a gente ter isso em mente. Na verdade como o próprio Dr. Cohen já falou, são muitos os tipos de portais que existem. Eles podem variar com relação ao tipo de bem que é transacionado, ele mencionou o exemplo clássico, assim um portal de empresas da indústria automobilística que vai comprar material de apoio, por exemplo clips ou lápis ou papel ou impressora ou qualquer coisa, que não são utilizadas no seu processo produtivo por excelência; outros são os portais por exemplo, na mesma indústria automobilística comprando peças ou insumos diretamente utilizados na sua produção. São tipos de portais diferentes.

Com relação a organização e nesse sentido especificamente com relação a B2B, uma das definições que se dá e elas variam muito: são portais

horizontais que afetam a vários mercados diferentes ou verticais que pegam várias etapas da cadeia produtiva de um mercado. Quanto a propriedade do portal, existem portais que são criados e mantidos pelos próprios players do mercado, por empresas daquele mercado; podem ser as empresas numa etapa da cadeia ou podem ser fornecedores e os consumidores abaixo na cadeia se juntando para criar um portal, ou há portais criados por terceiros; são empresas da área de tecnologia especializados na criação de portais, eles criam como se fosse um shopping center, eu construo ali e convido as empresas do setor a se instalem naquele espaço, no caso o espaço virtual.

Outros tipos de portais quanto a operação realizada, isso já foi colocado pelo Dr. Cohen e o Cleveland explicou com bastante detalhe, , mas podem ser então catálogos, leilões unidirecionais só de um lado, trocas que permitem os leilões dos dois lados, compras conjuntas também foi mencionado e eu vou voltar a esse assunto. Quer dizer, as empresas no portal se juntam e vão fazer compras, e fazem uma oferta coordenada conjunta para os seus fornecedores. Elas na verdade podem incluir ainda outros serviços, de logística, gerenciamento de projetos, informações de mercado, fornecimento dessas informações, seguros com relação a realização da transação, quer dizer você paga e eu sou o intermediário eu garanto que você vai receber essas mercadorias, tendências de mercado, tabulação de dados estatísticos isso passa a ter muito valor hoje em dia. Esse tipo de serviços adicionais muitas vezes são oferecidos conjuntamente com principalmente os portais mais complexos de exchange, de trocas bidirecionais nesse sentido.

Isso aqui é um modelo para explicar um pouco, o que é um tipo de joint venture. Acho que fica mais claro, a gente visualizando um pouco do que falar no espaço virtual. Esse é um dos exemplos, é, um caso de portal de troca, quer dizer bidirecional; você tem vendedor A, B e C que são competidores entre si, no mercado se juntam e fazem uma joint venture, cada um tem uma certa participação, a joint venture vai operar um portal, um B2B exchange. Um caso clássico onde todos os vendedores A, B e C que são proprietários da empresa que mantém o portal, também participam do portal. Eles não só são sócios daquela empresa, recebem dividendos pelo seu lucro como eles também participam como vendedores, eles estão lá com a sua lojinha instalada naquele espaço virtual. Ao mesmo tempo você tem outros vendedores que não participam como sócios do portal mas que também estão participando, evidentemente esse é um caso em que isso é permitido, é apenas um modelo; eles entram apenas com vendedores, vão lá e pagam uma taxa para acessar, uma taxa de manutenção e se instalam no portal também. E, o outro lado você tem os compradores que entram diretamente no portal, para comprar e fazer leilões assim como ou fazer ofertas a leilões dos vendedores. Evidentemente você pode ter sistemas as vezes... modelos em que os compradores também,

são os sócios do portal, ou que nenhum dos participantes do mercado, aí simplesmente há uma empresa que constituiu um portal e ofereceu o espaço como eu havia dito. Quer dizer, esse é um dos modelos, na verdade um dos mais comuns embora seja um dos mais complexos que é o tipo do portal que eu chamando de B2B.

Exemplos de portal. Eu vou dar só uma idéia de alguns, listar alguns... o convincente que foi um dos mais, um dos mais conhecidos sem dúvida que foi o que teve aquele tratamento no FfC, que foi aquela luz amarela, dizendo: nós não temos informações suficiente ainda para achar isso um problema, por enquanto vá em frente. Outros, o Mayercraft é interessante, é um portal com relação a insumos para o setor de aviação civil, esse portal é o único caso que eu tenho notícia, eu acho que podem me confirmar aqui as autoridades já votada no Brasil. Teve uma decisão recente do CADE, acho que há duas semanas, na verdade esse portal depois já teve uma adição lá fora, é um portal internacional que foi notificado também no Brasil, ele envolvia primeiro os participantes, os fornecedores de insumos e logo, na verdade no dia em que ele foi aprovado no Brasil, saiu a notícia de que lá fora as empresas de aviação, as companhias de aviação ou diversas delas, como a American Airlines, Delta e United e tal, haviam entrado também no portal. Quer dizer, até então esse é aquele portal vertical em que você tem as empresas fornecedoras de insumos e os compradores também participando.

Outros casos, como o do setor de plásticos e petroquímica, Metal Site da indústria de aço norte-americana; dois que eu vou citar particularmente são duas decisões da Comissão Européia, aquelas que eu me referi que eu vou tratar mais adiante com mais detalhe. Um outro, que eu achei curioso quando eu descobri, o World Fruit, que é um que envolve atacadistas do setor de frutas na Europa, envolve algo em tomo de três bilhões de euros e de movimentação, na verdade está crescendo também nesse sentido. Uma das vantagens de lidar com produtos perecíveis é realmente a velocidade das transações, então viabiliza uma série de negócios. Há uma série de outros que eu poderia ter citado, no setor petrolífero ou de mineração que inclui a Alcoa, inclui a própria Vale do Rio Doce, muitos desses estão ainda em fase de elaboração, a gente ouve no jornal ou vê nos grandes jornais: Ah! Criou-se tal portal. Como o próprio setor, muitas vezes há uma carta de intenções, ele não está operacional ainda e as decisões concretas mesmo das agências de concorrências são muito poucas ainda.

Bom, porque criar um portal B2B ? porque que as empresas ou o grupo de empresas decide se juntar para fazer isso? Eu vou passar muito rápido porque isso já foi citado, são as clássicas conhecidas, as eficiências... Há uma redução de custo e transação, e custo e transação envolve uma série de elementos, inclusive alguns que estão citados abaixo, mas a facilidade de

busca, de encontrar o seu parceiro comercial seja o seu fornecedor ou seja o seu cliente, a possibilidade de comparação de preços mais rápida. Existe outro tipo de redução que é de custos administrativos, você pode ter me estoque porque você tem uma confiança, uma facilidade maior de renová-gerenciamento da cadeia de fornecimento. Intermediação e confiabilidade um elemento interessante, às vezes a gente não pensa muito, mas toda novidade em termos de: eu vou conseguir comprar de um fornecedor (diferente que eu não tinha acesso ou que eu descobri na Internet, e o elemento; será que ele é confiável ou não. Isso é um custo de transação também) dúvida que você tem, será que eu vou exigir uma garantia. Muitas vezes portais eles próprios oferecem essa garantia, pelo que eu havia mencionado como seguro; eu sou o intermediador, se você fizer a compra aqui eu faço uma seleção dos meus membros ou dos participantes e eu garanto transação. Então, especialmente lidando com acesso a novos mercados acesso a novos parceiros comerciais, esse elemento é crucial e é um elemento que os portais podem trazer também em termos de redução de custos e estímulo a novas transações.

Bom, preocupações antitrustes, quais as preocupações que surge partir daí.. Boa parte do que eu vou falar, vai se referir a portais envolvem um joint venture entre concorrentes, mas não necessariamente apenas a essas, esse é o caso mais clássico, na verdade por exemplo que sistema brasileiro justificaria a notificação as autoridades, é uma associação; entre concorrentes, se tem faturamento superior a 400 milhões entra no art. 54, tem que ser submetido. Há uma série de preocupações então que eu (ressuscitar?) agora mas não se aplicam apenas a esses.

Bom, risco de colusão e acesso a informações, eu vou abordar a isso mais detalhadamente mais à frente. Exclusão e (faltoso?), na verdade são dois elementos básicos que surgiram no tratamento que a agência alemã Bundeskartellamt, deu ao próprio caso convincente que foi julgado na Alemanha, e as três perguntas que o presidente do Bundeskartellamt anunciou que eram as grandes preocupações dele, eram: o portal aumenta risco de ação coordenada, exatamente risco de colusão, confidencialidade na troca de informações é garantida, acesso a informação e se o portal oferece acesso livre. Ele colocou isso como se fossem as três perguntas principais a serem respondidas para entender os efeitos concorrenciais do portal, e essas três perguntas se referem aqueles dois primeiros elementos. E, finalmente item monopólio no caso de portais que prevêm compras conjuntas. Vamos tratar rapidamente dele, eu vou tentar passar mais rápido por aquilo que já tratado nas outras apresentações.

Essa é uma situação que eu achei muito interessante, de um estudo feito pelo Office of Fair Trade, da Grã-Bretanha com relação a porte tecnologia da Internet parece oferecer um microclima ideal para a colusão,

dada a maior comunicação e transparência no mercado, bem como potencial para interações de mercados mais frequentes. Quer dizer, a preocupação existe já pelo próprio clima, pelo ambiente que os portais criam de transparência, de facilidade de comunicação, de acesso a essas informações. Então, o que quê a atuação através de um portal pode fazer, ela pode levar a uma padronização de custos entre as empresas, muitas vezes elas estão fazendo compras juntas ou participando nesses leilões e as interações reiteradas dessas operações ou a reiteração dessas operações pode levar a uma padronização de custos entre as empresas, e a possibilidade projetar, isso foi mencionado pelo Dr. Cohen, de projetar a produção das concorrentes: eu estou comprando conjuntamente, eu sei quanto ela está comprando de insumos, eu posso prever quanto ela vai produzir depois. É uma informação relevante concorrencialmente, mas pode valer para outros elementos de informação disseminados no portal. Então, esses elementos podem levar a colusão tácita, as empresas passarem a se comportar de forma semelhante porque elas tem essas informações; eu sei quanto ela vai produzir, e isso eu posso usar para pautar a minha produção.

Quais são os fatores relevantes com relação ao tratamento de informações, então para evitar que aquilo acontece. Eu vou listar alguns principais e evidentemente não é uma lista exaustiva. Fatores relevantes: estrutura de mercado e marquetear os participantes; isso também já foi mencionado antes, então eu vou passar rapidamente. Mercados são mais tendentes a colusão no mundo real, serão também no mundo virtual que na verdade nada mais é do que um canal para a realização dessas operações. Então, mercados com alto grau de concentração, elevadas barreiras a entrada, com estabilidade tecnológica, há uma tecnologia madura e que é um avanço também e a homogeneidade de produtos são aqueles em que a preocupação Antitrust é maior. Quer dizer, seja no mundo normal, seja através dos portais, os mercados que tem tais características suscitam maior preocupação.

Qual o tipo de informação compartilhada no portal; isso vai depender muito do propósito, do que se quer obter com o portal. Como também já foi dito antes, informações sobre preços, sobre condições de vendas, descontos, prazos, volumes de produção são informações concorrencialmente sensíveis cujo compartilhamento deve ser evitado. Outra questão interessante é o nível de agressão; você ter acesso a informações específicas, sabe aquele vendedor fez tal venda por esse preço é muito mais complicado, é muito mais preocupante do ponto de vista concorrencial do que o acesso a agregados. Quer dizer, você junta todas as transações realizadas no ano passado através do portal, sem identificar os vendedores, sem identificar os compradores, o acesso a essas informações é menos preocupante do ponto de vista concorrencial, mas na verdade ela pode ser muito útil para o mercado inteiro.

Um exemplo de seguros é clássico, para fazer os cálculos necessários para calcular prêmios e riscos, eles usam dados da indústria inteira; eles não são identificados, são dados agregados nesse sentido fornecem uma informação fundamental para o funcionamento daquele mercado, sem trazer preocupação concorrencial dado o nível de agregação.

Outro fator, atualidade dos dados compartilhados, também já foi citado. Dados históricos passados são muito mais ou menos preocupantes do que dados atuais ou dados futuros. Há o caso já citado pelo Dr. Cohen das empresas do setor de aviação civil americano, que tiveram que assinar um acordo com as autoridades e cessaram a prática de compartilhar informações de tarifas projetadas, para o futuro. Na verdade, o que é histórico é uma questão também em aberto, quer dizer em alguns mercados há a necessidade do transcurso do tempo para que aquela informação não seja preocupante do ponto de vista concorrencial varia muito, especialmente mercados de alta tecnologia, informação de três meses atrás pode estar totalmente desatualizada, então ela já não causa preocupação. Então, isso vai variar muito e na verdade não só esses, mas cada um desses itens varia muito de mercado para mercado.

Outros fatores ainda relevantes com relação a informação; a disponibilidade das informações fora do portal. Se eu já tenho acesso aquelas informações por outros meios, o fato de elas estarem disponíveis no portal não é uma preocupação ou então o fato de o portal estar disponibilizando informações que não seriam acessíveis de outro modo merecem mais atenção.

Exclusividade nas transações; também é uma questão de formação relativa a possibilidade de colusão. Se o portal exige que os seus participantes só façam transações lá dentro ou façam um certo mínimo de transações dentro do portal. Uma das alternativas que tem sido discutida, é a criação de tetos máximos, por exemplo eu vou criar... limites impostos às transações no portal. Por exemplo, você só vai poder comprar 30% da sua aquisição de determinado insumo através do portal liberando ou forçando que ele faça o resto das transações por outros canais, e a outra então... e quando há algum tipo de restrição ao acesso a outros canais, porque você vai ter que ser exclusivo ou vai ter que comprar um mínimo nesse portal, é preciso analisar a justificativa dessa restrição. Quer dizer, não pode ser imotivada, ela tem que ser uma justificada razoável, é uma preocupação grande com relação a possibilidade de concorrência entre portais, que é uma outra questão interessante que eu não vou entrar agora, mas é qual o grau de preocupação das autoridades ou que as autoridades devem ter com relação a concorrência entre portais, ou as vezes se um portal só pode não gerar nenhum efeito anticompetitivo pode ser mais eficiente, tem a questão dos efeitos de rede, dos _____ em que é mais benéfico para os participantes entrarem

num portal, para as empresas de um setor entrarem num portal que já tem muitos outros participantes porque ele vai ter mais opções de vendedores ou de compradores, então pode não fazer sentido exigir outros portais. Então, é uma questão ainda em aberto, na verdade como o Dr. Cohen colocou é uma preocupação das autoridades á limitação do acesso á outros canais, mas ainda não há muita definição até que ponto essa preocupação vai ser aplicada em cada mercado específico.

Finalmente, a questão da propriedade e controle do portal. O que eu havia colocado, há portais que são de propriedade e controlados pelas empresas do setor, e há outros que são de terceiros. Portais que são das próprias empresas concorrentes tendem a suscitar um pouco mais de preocupação com relação ao acesso a informações do que terceiros. Quer dizer, um dos competidores vai ter acesso... a possibilidade um competidor que é sócio de um portal, ter acesso a informações de outros é mais preocupante do que no caso do portal ser de terceiras empresas que não tenham a ver com aquele setor. Então, são esses elementos que vão ser analisados. Além do final, esse era absolutamente crucial, que é quem tem acesso a informação. Quer dizer, como está montado o portal, a estrutura mesmo técnica dele, também é uma decisão aí dos sócios, quem vai ter acesso a informação.

Nesse sentido, há uma discussão também, como eu já havia dito, um terceiro ser o dono do portal é uma alternativa mais tranquilizadora, mas mesmo no portal que já seja de empresas do setor, eles podem contratar um terceiro para fazer a gestão do portal e instituir uma série de controles, de mecanismos que evitem as _____ também mencionadas pelo Dr. Cohen, que evitem que mesmo os próprios tenham acesso a informações de outros participantes.

Surgiu um termo novo, como a Internet adora neologismos, que é o neutralmídia, que seria o intermediário neutro, aquele que participa como gestor de um portal, impõe uma série de restrições de acesso, ele controla o acesso a informação, e pode na verdade ter uma série de outros papéis como inclusive aquele que eu havia mencionado antes, de garantia das transações. Seria o gestor terceiro contrato que evitaria preocupações concorrenciais controlando o acesso as informações, entre outras coisas.

Bom, além da questão de informação e potencial de colusão, uma outra preocupação é a questão da exclusão e o _____, não é um termo em inglês eu lamento, mas ele é utilizado na verdade no mundo inteiro, com a possibilidade de excluir concorrentes de parcela importante do mercado. Na verdade, nesse sentido seria a questão se eu excludo um participante de um portal que é tão importante, que sem estar, presente naquele portal ele está excluído de uma parte do mercado. Isso na verdade é

uma questão mais prospectiva pensando, se um portal for realmente muito bem sucedido e se boa parte ou a imensa maioria das transações naquele mercado, passar a ser feita através do portal, você estar excluído do portal pode ser uma barreira grande, pode estar fechando parte do mercado para esse concorrente. Então, aí as questões que surgem são a existência de outros canais de compras; se há outros portais, que parte das transações são feitas fora do portal, são feitas por meios normais ou por redes privadas, diretas entre os fornecedores e os clientes. E, começa a surgir um pouco a discussão se mais a frente, se realmente acontecer de um portal assumir esse papel de relevo, se eles podem ser tratados como uma of _____ Facility, como aquela doutrina que é usada muito em setores de telecomunicações, de eletricidade; de uma empresa que tem um canal que é absolutamente indispensável para a concorrência ter que compartilhar esse canal com outras empresas, então uma que tem as linhas de transmissão de eletricidade, uma empresa que é obrigada a compartilhar isso com uma outra, por exemplo porque ela é considerada uma - Facility. É um conceito fluído, ele muda de acordo com a tecnologia, ele é muito menos usado hoje em dia do que já foi, mas é uma discussão que começa a surgir assim; será que esse é um meio adequado de se olhar para essa questão, será que um portal pode chegar a esse ponto, e de repente há a obrigatoriedade de incluir permissão de acesso para outros participantes.

Muitos portais tem sido criados e incluem algum tipo de restrição de acesso. Então, a preocupação não é: é proibido excluir e sim como é feita a exclusão. Eu vou citar mais á frente um tipo de um portal que criou uma exclusão _____ que foi aceita, e os critérios que eles definiram, o acesso e a permanência no portal, os critérios para isso devem ser neutros, objetivos, não discriminatórios e razoavelmente justificáveis. Então, no caso eu vou voltar a isso, mas só para ilustrar um pouco, era a exigência de um portal que envolvia empresas do setor financeiro, e eles exigiam que as empresas participantes estivessem de acordo com as regras da Convenção da Basiléia, com relação a requerimento de capital e uma série de outros. Foi considerada uma restrição aceitável, eles queriam garantia a solidez na unidade das empresas participantes, exigindo um critério que era não discriminatório para todo o mundo. Há outros critérios por exemplo, uma empresa poderia exigir certidões negativas de dívidas ou alguma coisa, para não ter problemas fiscais envolvidos no portal, ou questões como essa. Então há uma série de considerações de critérios de restrição que podem ser aceitos, desde que sejam neutros os objetivos e não discriminatórios e justificáveis.

A questão do monopólio, eu vou passar muito rapidamente. No caso de compras conjuntas que podem sempre criar aqueles problemas anteriores que eu havia citado de acesso a informações sobre compras gerando

a possibilidade de projetar produção futura, mas eles podem também possibilitar o exercício de poder de monopólio, levando a uma situação subótima de alocação de recursos na economia, como o Dr. Cohen já havia citado. Nesse caso a preocupação é: qual é o peso dos compradores no produto específico. E, há o caso, o mesmo caso que ele citou e eu até usei o mesmo exemplo de lápis inclusive, que é o caso das mondadoras se juntando para comprar lápis e provavelmente por maiores que elas sejam, a sua participação no consumo de lápis vai ser muito pequena, então elas não vão ter poder nenhum, mesmo que elas façam todas as suas compras de lápis conjuntamente, elas não vão ter o poder de influenciar o preço no mercado de lápis. Já, se elas estão comprando peças para amortecedores, elas podem ter esse poder. Então, essa preocupação vai surgir e em nenhum momento eu estou dizendo que se eles tiverem esse poder, eles estão fazendo isso, essa prática seria proibida e sim que ela mereceria uma atenção mais cuidada em sopesamento para analisar os seus efeitos sobre o mercado.

E, eu vou passar agora para a parte de jurisprudência, é um caso que foi julgado pela União Européia por meio na verdade, recebeu uma _____, é o caso (Fall Brucker?) que é um portal de corretagem eletrônica formado por vários grandes bancos e como eu disse foi aprovado pela União Européia após uma série de compromissos que eles assumiram com relação ao acesso á informações. A gente vai passar meio rápido, mas o portal e aqueles Bancos membros do portal, assumiram compromissos com relação ao pessoal e a gerência da joint venture que opera o portal: não terão qualquer vínculo contratual ou de outro tipo com os sócios da joint ventura. Então há uma desvinculação jurídica entre os funcionários do portal e as empresas sócias. A joint ventura, no caso o portal, ficar em local distinto, geograficamente distinto das sócias, não vai ser uma sala dentro da sede da sócia. Os representantes das sócias, no conselho da joint venture, não terão acesso a informações comercialmente sensíveis de outras sócias ou de terceiros; nenhuma das sócias terão acesso a tecnologia ou ao sistema de comunicação da joint venture, exatamente criando essa empresa separa realmente e o pessoal, os funcionários da joint venture, terão instrução, eles serão instruídos sobre a confidencialidade ou essa exigência de confidencialidade e sobre as sanções que recairiam sobre os funcionários e sobre as empresas, se essa confidencialidade for quebrada. Quer dizer, a União Européia, a comissão exigiu essas garantias para aprovar esse portal nessa conformidade, então esse já uma boa idéia do tipo de preocupação que se deve ter, de elaborar, de criar um portal ou então de constituir um portal, a incorporação de elementos como esses já com certeza facilitaria, tranquilizaria as autoridades com relação a análise Antitrust.

O outro caso, um caso de joint venture, também julgado

recentemente, é um portal... é um portal de que fornece tecnologia para a certificação da identidade eletrônica de agentes envolvidos em E-Commerce. Também foi aprovado pela União Européia e na decisão eles destacaram uma série de elementos como importantes para essa aprovação. Um deles: a admissão aberta a não sócios e a possibilidade de entrar como sócio vinculadas ao cumprimento de normas neutras e objetivas e o envio da convenção da Basiléia como eu mencionei. Então não há a exclusão, qualquer empresa do setor pode entrar, inclusive pode virar sócio desde que cumpra essas normas que são exigíveis de todos, inclusive dos próprios sócios; a igualdade de tratamento de direitos e de obrigações para todos os participantes, sejam sócios ou não, ou seja, não há discriminação dentro do dia-a-dia do portal entre aquelas empresas que são sócias e as que não são; não exclusividade sendo livre a participação em outros portais do mesmo tipo. Essa é aquela questão que foi colocada, assegurou-se aqui que outros canais poderiam continuar abertos, mesmo outros portais nesse sentido, aquelas empresas que participassem de dentro poderiam também, teriam toda a liberdade de participar desses outros portais.

Eu coloquei apenas um outro exemplo aí, que é o Metal Site, que é aquele do setor de aço americano que eu mencionei, em que ele está ainda em construção, ainda há uma série de normas que ainda não foram estabelecidas, não há o estatuto, mas já por cautela eles estão sempre em todas as reuniões do conselho, incluindo um advogado especialista em concorrência para orientá-los sobre o que eles estão tratando e como elaborar esse portal, como constituir.

Bom, recomendações a partir disso e na verdade elas são uma decorrência dessas decisões e um pouco do pouco que se tem de discussão a esse assunto, vai ser uma consolidação na verdade do que a gente já disse e que já ouviu nas outras apresentações, a mesma preocupação citada pelo Bill: incluir preocupações concorrenciais já na constituição do portal. Isso é muito importante e facilita muito a análise depois, e a chance de o portal não encontrar problemas. Quer dizer, que essas preocupações sejam embutidas já na própria constituição do portal. Preocupações quais: acesso a informações deve ser restrito e se possível controlado por terceiro; acesso ao portal e não exclusivo, quer dizer são duas questões, eu não vou excluir ninguém de entrar no meu portal e não vou exigir que aqueles que entrem tenham exclusividade, vou permitir que eles possam participar de outros portais; tratamento não discriminatório seja entre sócios e não sócios ou seja entre diferentes participantes do portal, limites a compras conjuntas é uma coisa que pode contribuir para tranquilizar também; qualquer restrição que seja imposta a esses elementos deve ser justificável razoavelmente, deve ter uma ligação com o objetivo do portal, com o funcionamento dele e ressaltando sempre

que, toda a análise disso e todas as discussões que estão sendo feitas sobre esse assunto, seja nos Estados Unidos, na União Européia ou mesmo aqui, tratam dessa questão com base na regra da razão. Então, buscar eficiência que na verdade elas são muitas, então é um elemento que contribui também para análise.

Apenas para concluir, trazendo isso para a legislação brasileira. Portais, por exemplo que envolvem associações entre concorrentes, terão que ser submetidos com base no artigo 54 desde que preencham os requisitos, isso é evidente. O ponto é apenas, como qualquer outra transação, a aprovação de um portal não implica em liberdade para fazer o que quiser a partir daí, não evidentemente que os artigos 20 e 21 com relação a conduta do portal, após a sua aprovação continua valendo, quer dizer a conduta tem que ser evidentemente, quer dizer nada de novo nisso, conforme a legislação Antitrust, mas isso é apenas um início de um guiazinho com relação a preocupação prática de, vamos constituir um portal e como fazê-lo e forma não competitiva. Era isso que eu tinha para dizer, eu agradeço muito.

**Tozzini
Freire
Teixeira
e Silva**

São Paulo - Brasília - Rio de Janeiro - Porto Alegre - New York

Portais Business-to-Business

Aspectos Concorrenciais

Marcelo P. Calliari
Seminário IBRAC 2000

SUMÁRIO

Portais B2B

- tipos e finalidades

Preocupações Antitruste

- risco de colusão/acesso a informações

- exclusão e foreclosure

- monopsônio

Estudo de casos e recomendações

O que são Portais B2B?

Ambientes virtuais constituídos por diferentes softwares que permitem a comunicação simultânea, via internet, de diversas empresas possibilitando a realização de um número ilimitado de transações (FTC)

Tipos de Portais B2B

Quanto ao bem transacionado

- material de apoio ou insumos para a atividade principal

Quanto à organização

- horizontais ou verticais

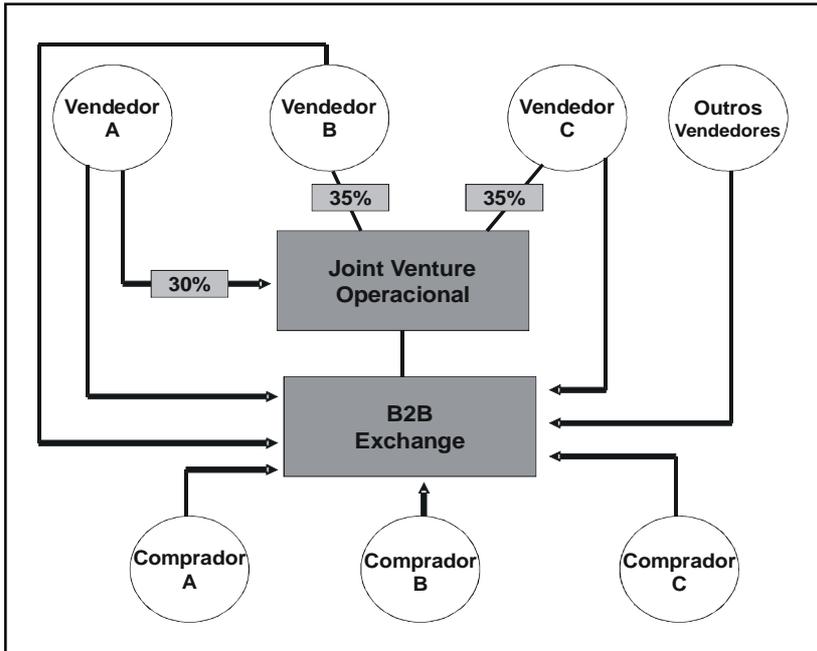
Quanto à propriedade

- Player

Tipos de Portais B2B (cont.)

Quanto à operação realizada

- catálogos
- leilões unidirecionais
- trocas (exchanges)
- compras conjuntas
- outros serviços (logística, gerenciamento de projetos, informações de mercado, seguro, tendências, tabulação de dados estatísticos)



Exemplos de Portais B2B

Covisint
 MyAircraft
 Chemcom
 MetalSite
 Volbroker
 Idenrus
 worldoffruit

Por que criar um Portal B2B

- Redução de custos de transação
- Redução de custos administrativos
- Gerenciamento da cadeia de fornecimento
- Intermediação/Confiabilidade
- Acesso a novos mercados

Preocupações Antitruste

Risco de colusão e acesso a informações

Exclusão e foreclosure

Bundeskartellamt no caso Covisint:

- o portal aumenta o risco de ação coordenada?
- a confidencialidade na troca de informações é garantida?
- o portal oferece acesso livre?

Colusão/Acesso a Informação

“A tecnologia da internet parece oferecer um microclima ideal para a colusão, dada a maior comunicação e transparência no mercado, bem como o potencial para interações de mercado mais frequentes”

OFT - agosto 2000

Colusão/Acesso a informação

■ Atuação através do portal pode:

- levar a uma padronização de custos entre as empresas e
- à possibilidade de projetar produção dos concorrentes com base nas compras, estimulando colusão tácita

Fatores relevantes

- Estrutura dos mercado e market share dos participantes
 - concentração, barreiras, estabilidade tecnológica, homogeneidade
- Tipo de informação compartilhada
 - preços, condições de venda, produção
 - nível de agregação
- Atualidade dos dados compartilhados históricos X atuais ou futuros

Fatores relevantes

- Disponibilidade das informações fora do portal
- Exclusividade nas transações
 - tetos máximos para compras no portal
 - restrição a outros canais justificável como razoavelmente necessária
- Propriedade e controle do portal
- Quem tem acesso a informação
 - terceiro neutro (neutrmediary)

Exclusão e foreclosure

- Possibilidade de excluir concorrente de parcela importante do mercado
- Existência de outros canais de compra e outros portais B2B no setor (essential facility?)

Critérios para acesso e permanência no portal devem ser neutros, objetivos, não discriminatórios e razoavelmente justificáveis

Monopsônio

- Compras conjuntas, além dos problemas citados antes, podem possibilitar exercício de poder de monopsônio

Notar peso dos compradores para o produto específico (insumo principal ou secundário, operacional - ex. lápis)

Caso Volbroker.com

- Portal B2B de corretagem eletrônica formado por JV entre Deutsche Bank, UBS, AG, Goldman Sachs, Citibank, JPMorgan e NatWest

Aprovado pela Comissão da UE por “comfort letter” após compromissos relativos a acesso a informações

Volbroker.com (exigências)

- Pessoal e gerência da JV não terão qualquer vínculo contratual ou outro com sócias desta
- JV ficará em local distinto das suas sócias
- Representantes das sócias no Conselho da JV não terão acesso a informações comercialmente sensíveis das outras sócias ou terceiros
- Sócias não terão acesso à tecnologia e sistemas de comunicação da JV
- Pessoal da JV terá instrução sobre confidencialidade de dados e sanções

Caso Identrus

- Portal B2B de tecnologia para certificação de identidade eletrônica de agentes envolvidos em e-commerce

Aprovado pela Comissão da UE destacando diversas características do portal proposto quanto a acesso, igualdade de tratamento e exclusividade

Identrus (aspectos relevantes)

Admissão aberta a não sócios e possibilidade de entrar como sócio vinculadas ao cumprimento das normas neutras e objetivas, incluindo Convenção da Basiléia

Igualdade de tratamento, direitos e obrigações para todos os participantes, sócios ou não

Não-exclusividade, sendo livre a participação em outros portais do mesmo tipo

MetalSite - advogado especialista em concorrência presente no Conselho

Recomendações

Incluir preocupações concorrenciais já na constituição do portal

- Acesso a informações restrito, se possível controlado por terceiro
- Acesso ao portal livre, não exclusivo
- Tratamento não-discriminatório
- Limites a compras conjuntas
- Restrições razoavelmente justificáveis
- Análise regra da razão: buscar eficiências

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Bom, vamos aproveitar a confusão para fazer o nosso intervalo para café, de dez minutos! (Intervalo).

E, eu queria lembrar a todos que logo depois da palestra do Df. Franceschini, nós vamos passar a parte de debates, aos comentários do Df. Barrionuevo e do Dr. Pietro Ariboni, e os demais participantes estão convidados a depois formularem as suas perguntas, fazendo inicialmente a sua apresentação e a que escritório pertencem ou se são eventualmente profissionais liberais. Dr. Franceschini, a palavra é toda sua.

Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini:

Muito bom dia á todos. E, para mim sobrou uma parte muito árdua porque já fizeram as minhas palestras, então ficou complicado trazer alguma coisa nova.

E, isto aliás me deixa muito feliz, porque os nossos colegas economistas sempre sabem as coisas e traduzem isso de uma forma muito sintética e muito palpável a compreensão de todos. Isso é muito natural, porque nós advogados, em primeiro lugar aguardamos normas ou leis ou regulamentos e estas normas, lei~ ou regulamentos só podem surgir a partir da experiência social, da experiência humana, da experiência empresarial. Portanto, eu mais do que uma apresentação, eu queria colocar algumas crises existenciais vamos chamar assim; o jurista Sheakespeare diria: Be or not to be, seria a questão de sabermos quem somos, onde estamos, para onde vamos, se é que queremos. Então, esta é a postura do advogado, acredito que é o máximo que ele possa fazer num ambiente ainda muito incipiente, muito prematura, qualquer avaliação do ponto de vista jurídico evidentemente, tendo em vista que embora se fale muito que o B2B, o B2C trará uma série de eficiências, aparentemente isto ocorrerá, deve ocorrer pelo simples fato de que está todo mundo correndo atrás e querendo fazer, e querendo discutir e querendo negociar, embora os resultados práticos ainda sejam relativamente pequenos, mas certamente o assunto da moda, o assunto do futuro.

O problema portanto que tem um advogado e eu vou talvez ser um pouco mais prático é; como é que isto deve ser visto do ponto de vista jurídico, como é que isto deve ser analisado. E, hoje o advogado não apenas tem uma postura consultiva, mas ele também uma postura de negócio, ou seja, como é que ele deve orientar, como é que ele deve proteger o interesses dos seus (...) fica, e toda a vez que surge um tema novo há um grande risco; toda a vez que surge um tema novo surge um direito novo, todo mundo quer fazer

um direito novo, é um t^{er}cio genius. E o t^{er}cio genius, significa nada mais, nada menos que começar de novo toda a experiência que já se sabe aonde vai dar. O grande problema é surgir logo-logo o direito do B2B, que eu quero ver como é que vai ser traduzido, vai ser interessantíssimo, com a série de disciplinas e regulamentos, com uma linguagem extremamente arresada onde ninguém saberá entender, será escrito num econômes provavelmente e será perfeitamente entendido apenas pelos advogados, porque de outra maneira não será... assim é a vida. Isto gera uma preocupação muito grande que é, mas esses nascituros, estes que estão agora sendo apresentados, estes casos que estão surgindo; o Brasil tem um caso já público que foi mencionado pelo professor Calliari, que é o caso da Mayercraft, recentíssimamente julgado pelo CADE, é o primeiro e que mostrou, eu diria não se empírica ou conscientemente uma postura extremamente útil e pragmática. Começou por uma análise de que mercado estar-se-ia falando; o mercado seria portanto o mercado da prestação do serviço ou seria dos produtos das empresas que participariam ou seriam sócias do portal? O CADE, tomou uma decisão muito rapidamente e entendendo que se trataria do mercado do próprio serviço, isso me parece muito útil nesta fase inicial pelo menos, de que nós tal vez tenhamos uma necessidade, pelo menos nessa primeira fase de considerar como o mercado, aquela prestação de serviço, o novo canal de comunicação, o novo canal de colocação e de distribuição e de colocação de produtos no mercado. Por quê, a análise dos produtos das empresas sócias ou participantes nesta primeira fase pode tornar esta análise praticamente inviável dada a dinâmica deste mercado; as empresas se associam, se dissociam, tem as vezes uma participação temporária, uma participação indireta e isto significa uma inviabilização na prática da análise de atos de concentração que estejam submetidos as autoridades. E, aí vem aquela minha preocupação anterior: toda a vez que surge um caso novo, aquele caso novo que merece uma atenção especial no sentido da celeridade da análise, por que, se as eficiências são semicertas, os riscos anti-trusts são incertos, e portanto a análise célere é fundamental para o desenvolvimento desta matéria, a geração de casos concretos e se reservando as demais questões que foram todas abordadas nas apresentações anteriores para um tratamento como conduta, para isto existe a lei.

Então, do ponto de vista jurídico, nós temos que ter em mente uma coisa: todo ato de concentração se presume legítimo. Se ele se presume legítimo, a menos que haja algo visivelmente ou palpável como restritivo da concorrência e tem um tratamento estrutural adequado, o resto é conduta. Então, a primeira coisa é: não se pare o mundo para se imaginar uma realidade virtual, que no caso é concreta, é uma contradição nos seus próprios termos, para que haja um sobrestamento eventualmente de análise de uma série de processos, porque quer se saber o que é que poderia ter sem se saber

exatamente o que é. Nós precisamos ter sempre em mente de que a burocracia, e não é só apenas a brasileira, tem um viés pela produtividade que é realmente espantoso e isto pode prejudicar sensivelmente a análise e evolução de uma doutrina que está sendo formada agora, e que nós no Brasil estamos tendo o privilégio de participar desde os seus primórdios.

Então, o que é que nós temos, nós temos que concluir que a análise desses processos em nada é apenas, pelo menos nessa fase, diverso da análise de qualquer outro processo. Se inicia pela determinação do mercado relevante, que por enquanto nos parece que o mais correto, o mais adequado seria a análise do portal como prestador de serviços, mais um canal de disposição a disposição do mercado, relevando a questão dos produtos de cada um dos participantes, mesmo que sejam concorrentes entre si muito mais por uma análise de conduta quando e se, isto ocorrer, é claro que se a análise estrutural demonstrar uma preocupação aí no início se resolve logo inicialmente. Definido este mercado com base na prestação de serviços, passa-se a análise da probabilidade ou não, de um exercício de poder de mercado, inclusive obviamente a existência ou não de barreiras e em seguida passa-se a análise das eficiências como qualquer outro processo. A minha grande preocupação é que não tenhamos, digamos pesadelos ou preocupações noturnas: será que eu perdi alguma coisa, porque nós estaremos evitando o benefício social, o bem estar social de eficiências que são visíveis, pelo menos aparentemente visíveis na medida em que caso contrário as empresas não celebrariam aquela operação, e em prol de uma pesquisa de algo que não se sabe bem o que é, e se permitiria uma análise, uma criação de normas, eu acho muito perigoso como eu disse; toda a vez que se cria uma norma nova, na realidade está repetindo uma norma velha com as mesmas palavras, mas cometendo os mesmos erros de quando aquela anterior foi promulgada. Então, a questão é muito mais da análise econômica, da análise técnica permitindo uma celeridade na formação de uma conscientização, ou seja, deixe que as coisas aconteçam, a legislação existe, eu acredito que 80/90% dessa legislação brasileira é perfeitamente adaptável a qualquer dessas situações em particular. Como nós vimos, não há possibilidade neste momento de se definir um perfil muito preciso da multiplicidade dessas operações, e uma hipersegmentação por exemplo por participante e não pelo serviço em si, pode efetivamente tornar inócua a análise prejudicial a coletividade que vai ser desservida pela não prestação dessas eficiências mais rapidamente.

Eu só gostaria de lembrar para incluir, porque não tem muito mais para falar; é que o caso da United, um caso envolvendo a United Technology, que deu origem ao processo da Mayercraft. O que é louvável neste processo, eu estenderia os meus parabéns, eu ia dizer focado, mas focado é uma colisão de focas, então eu vou evitar a palavra focado para dizer que este caso ele é

meritório pelo fato de ter sido rapidamente analisado do ponto de vista do portal em si, entendido o mercado como a prestação do serviço em si, e sem maiores preocupações nesta fase preliminar dos produtos e serviços dos participantes, embora ambos integrantes de um mesmo mercado relevante quanto ao produto de seus respectivos interesses.

Concluindo, peço e que estimulem o debate, porque é isto que é o objetivo da minha apresentação. Não vamos perder tempo com algo que é ineficiente e causador de retardo de uma jurisprudência para o Brasil, pioneiro em termos mundiais, junto com outros poucos países e o debate que deve se seguir muito mais para levantar problemas do que para imaginar respostas que possam ser dadas, a não ser respostas meramente descritivas. Muito obrigado aos senhores.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Queria agradecer ao Df. Franceschini. Não só ele ficou dentro do tempo, como economizou o tempo.

Vamos passar imediatamente aos comentários e debates, iniciando pelo Dr. Arthur Barrionuevo.

Dr. Arthur Barrionuevo:

Bom dia à todos! Em primeiro lugar, agradeço na figura do Df. Bessa o convite do IBRAC, pois é sempre importante participar dos Seminários de Defesa da Concorrência promovidos pelo IBRAC, porque é o lugar no Brasil onde se tem a maior possibilidade de discutir questões concorrenciais. E, em particular é muito importante discutir um tema ainda novo, o do e-commerce, como bem mostra o trabalho do Dr. Cleveland.

Nesses comentários, devo analisar duas questões:

1. a primeira delas é a de se saber até que ponto o E-Business, que é de uma certa maneira um novo canal para realizar de transações, tem especificadas que fazem com que ele seja um mercado diferenciado de um outro canal de distribuição tradicional;
2. a segunda é a de discutir - como foi bem colocado pelo Dr. Cohen e pelo Df. Marcelo Calliari - quais são as práticas anticoncorrenciais que se originam do funcionamento desse canal ou mercado.

Sobre esse segundo aspecto, como mostrou o Dr. Franceschini

quando analisou o primeiro caso julgado no Brasil, já aparece uma convergência com a experiência internacional e um entendimento inteligente do CADE sobre o funcionamento desses mercados.

O E-Commerce como a globalização, a Internet, etc. são temas que dado origem a uma vasta literatura, da qual - uma boa parte - tem sido útil apenas para enriquecimento dos autores. O que realmente tem se conseguido em termos de conhecimento de um fenômeno novo, ainda é algo bastante controverso.

Um trabalho a ser citado nessa área, a começar pelos autores Hal Varian (provavelmente um dos economistas mais eminentes a estudar esse tema) e Carl Shapiro (especialista em antitrust) (vide Shapiro C. e Varian, H. "Information Rules: a Strategic Guide to the Network Economy" Boston: Harvard Business School Press, 1999) defende que os mercados de informação são caracterizados por operações que tem um custo fixo alto e um custo marginal, ou seja, um custo variável por informação, praticamente igual a zero. Portanto, são mercados que naturalmente tem altas economias de escala.

Ou seja, se nós tivéssemos o que os economistas chamam de Mercado Perfeitamente Competitivo, onde o preço é igual a custo marginal, todas as empresas teriam prejuízo. Logo, é natural nesses mercados que os preços estejam acima dos custos marginais de curto prazo. Portanto, as economias de escala indicam uma tendência de mercados mais oligopolizados para a prestação desses serviços.

Existem motivos adicionais para mostrar que há uma tendência de ização, seja nos mercados de business to business (B2B), seja no business to consumers (B2C).

Quais seriam esses motivos?

Prefiro analisar a parte que conheço mais, a de business to ~rs, que não é exatamente o nosso tema mas que tem características lente comuns com o business to business.

Em primeiro lugar, nesses mercados a questão da publicidade é fundamental para o sucesso e a sobrevivência das empresas. Para que o Idor, que tem um custo de busca de informações, saiba da existência ite e que, portanto, se torne usuário dele, ele necessita da informação pela publicidade.

Existe um estudo interessante feito por dois estudiosos do Xerox Institute, onde eles mostram, usando os dados da America On Line, que nos Estados Unidos, 10% dos sites recebem 82% de todos os visitantes de uma representativa do total. A mesma análise realizada por temas revela que os mesmos 10% recebem 60% das visitas daqueles que freqüentam sites e 75%

dos que freqüentam sites educacionais. Demonstrando que já está havendo um processo de concentração dos usuários em determinados sites.

Ao analisar o *business to business*, essa tendência também está presente. A jurisprudência apontada pelos outros palestrantes mostrou que já ute até se alguns portais podem ser caracterizados como "essencial :s", ou seja, negócios que não podem ser replicados por concorrentes que haja competição, todos os concorrentes tem que ter acesso a esses em condições isonômicas.

Então, claramente se mostra que há uma tendência de oligopolização mercados que são tipicamente de Internet. É claro que eles estão ao mesmo tempo substituindo outros mercados, é só pensar na Amazon, Barnes & Noble e outros, que estão substituindo parcialmente as livrarias, os vendedores de CD etc., mas, ao mesmo tempo, estão criando também um ramo de negócios que tem as suas especificidades.

Um segundo motivo para que se tenha essa tendência de oligopolização, é que em geral os negócios realizados por via de sites, estão fortemente associados à logística. Ou seja, quem vende a informação ou quem faz o negócio pela Internet, tem uma boa logística ou então o site não será bem sucedido como um facilitador de negócios. Pois, a redução de custos e transação necessita da melhoria de logística, que por sua vez, significa investimento em ativos fixos da chamada velha economia, relacionada a transportes, armazéns etc.

Finalmente, outro motivo que pode levar à concentração, é o valor da marca e de processos de busca na Internet. Ou seja, não é por acaso que várias empresas internacionais, sejam elas provedores de acesso" portais ou outros, que preferiram entrar no Brasil através da compra de operadores já existentes. Apesar de, teoricamente, ser tão fácil abrir um novo portal, ou novo provedor, as empresas preferiram a compra porque já existe a marca, o relacionamento com os clientes etc.

Dadas essas tendências de concentração, voltamos novamente à Varian e Shapiro, que colocam que o progresso tecnológico nas economias de rede tem trazido uma série de alterações na forma de realizar negócios, tem aumentado a produtividade etc. Entretanto, as regras e as leis econômicas tem se mantido. Portanto, se quisermos analisar os efeitos concorrenciais de qualquer operação, provavelmente o que vamos fazer é usar os padrões de análise econômica que já detemos para analisar seus efeitos nesses mercados.

Como bem colocou o Dr. Franceschini, começaremos pela análise do mercado relevante, ou seja, efetivamente utilizando os nossos padrões de análise antitrust para entender o que ocorre nesses mercados. Isto não significa dizer que eles não tenham suas especificidades.

Partindo desse entendimento, considerar-se-á os efeitos da

existência de marca, das tendências de concentração, do investimento complementar em logística. E, esses fatores apontam que no futuro, possivelmente, nós enquanto advogados ou consultores na área - teremos muito trabalho vindo de E-Business, porque, certamente, mercados concentrados dão mais margem à práticas anticoncorrenciais, a efeitos negativos de atos de concentração etc.

Esse, é o quadro geral que gostaria de colocar para que se pudesse discutir o tema.

Quanto às questões mais concretas, em minha opinião, o trabalho da Federal Trade Commission citado na exposição muito interessante do Dr. Cohen, colocou as questões mais importantes que estão surgindo com a economia de rede, com o business to business, alianças estratégicas, etc.

Discute inclusive aqueles três ou quatro práticas anteconcorrenciais que já fazem parte da jurisprudência, como a troca de informações entre concorrentes, os efeitos do monopólio, a exclusão vertical e a questão de se práticas no B2B podem desviar de maneira indevida negócios de outros canais tradicionais, como por exemplo, os de distribuição ou comercialização.

Esses pontos são os fundamentais, e como eles já foram amplamente discutidos, gostaria apenas de fazer uma referência ao que ocorre no Brasil. Sobre isto, devo fazer referência ao trabalho do Dr. Cleveland, que mostrou muito bem a situação em que nos encontramos no momento. A maior parte de processos de E-business ainda são atos de concentração, em geral, de provedores de acesso, portanto, um estágio muito anterior ao que se encontra nos Estados Unidos. A grande discussão que houve até agora, pelo menos pelas repercussões na imprensa, foi a de saber se o IG poderia, ou não, ser de graça, se era, ou não, concorrencial. Discussão essa, que morreu antes mesmo de chegar a ser decidida pelo CADE.

Quanto às outras questões concorrenciais, abordarei rapidamente a troca de informações e a exclusão vertical, que me parecem as mais importantes. A troca de informações entre concorrentes no Brasil deveria, como no guia da FfC, Ter uma regulamentação do CADE que definisse quais são os tipos de informações que podem ser trocadas. Infelizmente ainda não temos essa regulação, mas, ° bom senso, e as decisões anteriores do próprio CADE podem balizar a troca de informações.

Antes de passar ao comentário sobre as formas de exclusão vertical, só gostaria de ressaltar um ponto, porque estamos em época de discussão de reforma institucional, alternado a Lei 8.884/94. O Dr. Cohen mostrou que a aplicação do Sherman Act (uma norma legal de mais de 100 anos), seções I e II, consegue abranger - mesmo nesse mundo de nova tecnologia - as novas práticas anticoncorrenciais.

A seção I proíbe as restrições de negócios, os acordos entre

empresas, e a seção II, a tentativa de monopolizar. Na União Européia, os artigos 85 e 86 coíbem as restrições aos negócios, a tentativa de monopolizar, avançando na questão do abuso de posição dominante. São diplomas legais suficientes para tratar com a nova economia.

Ora, na lei 8.884/94, o artigo 20 é quase uma cópia do Sherman Act e da visão européia do abuso de posição dominante. O inciso I do artigo 20, é quase uma cópia da seção I do Sherman Act, que abrange as restrições de negócios. O inciso II do artigo 20, que define a tentativa de monopolizar, é uma cópia literal da seção n do Sherman Acts e, o inciso IV do artigo 20, é equivalente ao abuso de posição dominante da tradição européia. Logo, regras que são estáveis permitem a evolução de conceitos abrangendo situações de grande mudança. Portanto, isso é um indicador de que não existe qualquer justificativa plausível para a mudança do artigo 20 da lei brasileira.

Para concluir, um breve comentário sobre exclusão vertical. No Brasil, está havendo, como no resto do mundo, uma grande mudança nas cadeias de distribuição e, a economia digital, a facilitação de acesso permitida pela Internet, a simplificação de transações, a redução de custos de transação etc., certamente terá um impacto importante nessa reestruturação das cadeias de distribuição.

O problema aqui é que as restrições verticais precisam de uma análise muito mais complexa do que as restrições horizontais, onde os efeitos anteconcorrenciais são evidentes e as eficiências são menos claras. Por isso, restrições verticais, como por exemplo, na forma de contratos de exclusividade, como se mostrou na jurisprudência que foi apresentada, coloca a questão das condições isonômicas de acesso àqueles equipamentos que são essenciais. Portanto, fica a questão se os concorrentes devem, ou não, ter acesso à portais. Seria importante que o CADE se manifestasse de alguma forma sobre essas questões. Seria melhor do que esperar a punição de alguma empresa para saber exatamente o que se pode ou não fazer.

E, tendo em vista que há uma tendência de reestruturação nessa área essa seria uma tarefa urgente, dentro do possível, dentro é claro das condições que os órgãos de defesa da concorrência tem.

Para não exceder meu tempo, concluo por aqui. Obrigado.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Nós vamos passar agora ao Dr. Pietro Ariboni, e já temos duas observações para o Dr. Franceschini, e o Dr. Cohen em seguida ao Dr. Ariboni, farão já alguns comentários a respeito dos comentários.

Dr. Pietro Ariboni:

Bom, realmente eu considero a tarefa mais importante do jurista a simplificação. O que é mais fácil no mundo é complicar e em vez o que nós temos que buscar é descomplicar e simplificar as coisas, traduzindo-as nos princípios que devem orientar efetivamente o comportamento humano na sociedade, seja ele na área econômica ou civil.

O fato é que, nós estamos apenas discutindo sobre mais um novo fenômeno mercadológico, como muitos já surgiram no passado e como muitos continuarão surgindo necessariamente em função dos novos desafios que o mercado global nos põe, já que acirra-se a concorrência não mais entre empresa do mesmo bairro, mas entre empresas de continentes diferentes, necessariamente também estimula-se a criatividade. Então, necessariamente nós teremos talvez a cada ano em que nós aqui viermos para discutir assuntos de concorrência, teremos que enfrentar novas situações, novos desafios. Então, é muito importante a gente não fugir dos nossos princípios que devem nos orientar para que não se tenha realmente a fraqueza, de querer para cada situação como esta, buscar soluções legais diferenciadas, capítulos novos dentro da lei, etc.

Nós tivemos aí já várias situações em que houve mudanças radicais dos tripshops que sempre existiram, passaram para os shopping centers, do sistema de distribuição verticalizada das empresas que sempre quiseram fazer tudo mediante filiais, hoje nós temos a franquia. Então, tudo isto trás evidentemente uma série de situações novas de desafios, mas continua tudo sendo perfeitamente ajustável e todas as soluções se encontram dentro dos princípios gerais. Nós temos um princípio único que é a ordem econômica que é instituída, tendo-se como base a livre iniciativa e a livre concorrência, e essa dicotomia só existe na medida em que tiver como elemento dinâmico, portanto o cinematismo que faz com que este sistema dicotômico possa realmente funcionar para glória do consumidor final, é exatamente a lealdade concorrencial. Tudo o que se falou aqui a respeito de eventuais comportamentos que poderiam ser criticáveis, todos eles encontram perfeito enquadramento nas normas que colocam, que definem deslealdade concorrencial, e tudo isso encontra perfeito agasalho jurídico na legislação atual, não precisamos fazer modificação nenhuma, temos apenas que ter idéias claras sobre esses princípios que deve nos orientar, como se constitui um portal, a medida em que os gestores ou os financiadores desse portal possam instituir determinadas situações, isso é a coisa mais fácil do mundo para se identificar, exatamente porque se aplicam os mesmos princípios da lealdade concorrencial que deve imperar em qualquer ato de relação concorrencial. Então, as vendas on line são exatamente iguais as vendas off line; existem apenas a utilização sim de instrumentos tecnológicos novos, como os haverá

sempre à disposição para o futuro. Então, nós precisamos ter idéias claras, precisamos saber exatamente o que pode e o que não pode ser feito; isto já está na lei, nos princípios gerais, não precisamos mudar absolutamente nada. Os cartéis, os aglomerados, qualquer tipo de situação em que alguém junta-se tentando com isso dificultar deslealmente a vida do concorrente, isto é naturalmente censurado pela lei, pelo que nós temos hoje, não precisamos fazer nada de novo.

Eu então, dentro do meu papel que é mais de atizar o (...) de situação patológica concorrencial, através dos portais e do comércio eletrônico, colocar tudo nas soluções que se buscam para qualquer tipo de aglomeração de acordo entre concorrentes. Então, as normas se aplicam sempre segundo os mesmos princípios para qualquer situação como essa. Eu, apenas pediria porque esse é uma tema que por estar realmente em discussão, eu pediria ao mister Cohen, para nos dizer como foi enfrentado nos Estados Unidos, pela FTC ou DTJ, o problema da competência jurisdicional toda vez que, é o caso mais comum nessa área da Internet, em que os interlocutores e os protagonistas sejam empresas ultranacionais normalmente não alcançáveis pela legislação interna. E, pediria ao companheiro Cleveland Teixeira, que nos dissesse apenas o seguinte: nestes poucos casos que foram submetidos a SDE, teve muitos aí que foram mais justamente temas limitados de estrutura de portais, mas alguns casos em que houve e nós verificamos aqui que uma das possíveis conseqüências é a padronização de preços ou mesmo uma padronização de comportamento de um grupo ou de compradores ou de vendedores. Se, no exame ainda que seja limitado destes casos, se a SDE encontrou alguma dificuldade para investigar, para reunir provas e para se pronunciar, utilizando dos mecanismos atuais, do artigo 20 atual que é um artigo maravilhoso que permite a aplicação para qualquer situação atual ou futura de quebra das normas concorrenciais, e do artigo 21 que tipifica alguns casos apenas deixando porém sempre ao abrigo do intérprete a possibilidade de ampliar essa área através do artigo 20 que é feito em termos de resultados e conseqüências. Então, no caso aí de fixação de preços onde poderia se imaginar uma aglomeração tipo cartel, uma espécie de cartelização eu perguntaria se teria havido alguma dificuldade que para fazer estes exames iniciais ao ponto de ter que se admitir que teria que se dispor de outros tipos de instrumentos jurídicos ou estruturais. Obrigado senhor presidente.

DEBATES

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Obrigado ao Dr. Pietro.

Enquanto nós passamos agora aos comentários do Dr. Franceschini,

Dr. Cohen e Dr. Cleveland pela ordem, eu pediria que aqueles que desejam fazer perguntas comecem a se identificar por questões de nós podermos depois seguir a seqüência. Vamos então passar ao Dr. Franceschini para alguns comentários adicionais.

Dr. Franceschini: Muito pouco na realidade. O que nós vimos inclusive dos comentários e quais são os temas que são abordados pela mesa e em todas as discussões. Nós temos joint ventures, cláusula de exclusividade, coordenação, restrições verticais que são todos temas já desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência e que podem neste primeiro momento servir perfeitamente para resolver essas questões. É óbvio que o B2B ele potencializa essas questões, o que não está se dizendo, é que não se deva aguardar que haja alguma alteração se necessária, de acordo com a realidade dos fatos. Por exemplo, a minha preocupação é com a inversão, ou seja, a colocação do carro diante dos bois, o que é muito comum no Brasil, por exemplo nós temos um adorável Estatuto da Criança e do Adolescente, é fantástico; só que nunca funcionou. Quer dizer, isso é que é a minha preocupação e que se criem normas antes que os fatos exijam.

Eu costumo usar uma expressão que: antes de saber o know-how da análise, é preciso saber o know-why dessa necessidade, porque é que isto preciso e porque é que isto é necessário subverter eventualmente um ritmo de análise de processo. Então, não se pretende e o Direito não se prestaria a isso de qualquer maneira, que haja um refrear da atividade criativa, mas essa atividade criativa que seja para resolver fatos sociais, fatos econômicos que se mostrem necessários ter uma disciplina no mercado. Só essa questão, obrigado.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Já que o Dr. Cleveland foi mencionado, se quiser responder a pergunta do Dr. Pietro.

Dr. Cleveland Prates Teixeira:

Vou responder à pergunta do Dr. Pietro.

Primeiro, eu queria lembrar que apresentei aqui somente casos que se enquadram no artigo 54: atos de concentração. Até o presente momento nós não vi nenhum caso de conduta apresentado nessa área e não vimos razões para abriremos algum tipo de investigação. Assim, não dá para se afirmar que o artigo 20, da forma como está hoje, seria útil. Entretanto, devemos entender que, no caso, por exemplo, de uma investigação de cartel, o procedimento é sempre o mesmo, tanto no E-Business, como em qualquer outro setor. A forma de se buscar as informações é sempre a mesma. Então,

dado que existe um problema com a legislação vigente, seria difícil, realmente, averiguar se há formação de cartel nesses mercados específicos. Já que o artigo 20 foi citado neste painel, eu gostaria de fazer um comentário com relação a uma de suas peculiaridades. Este artigo tem um pequeno defeito, pois mistura causa e consequência. Mais especificamente, quando se fala em posição dominante e aumento arbitrário de lucro. Aumento arbitrário de lucro nada mais é do que a consequência. Eu vejo as pessoas me procurando e falando: olha, porque vocês não punem determinada empresa por aumento arbitrário de lucro? O problema é que não dá para se definir qual o percentual que caracterizaria aumento arbitrário de lucro. Seria de 10%, 5%, 20%? Aplicado a qual indústria? De qual setor que eu estaria falando? Então fica difícil! Devemos entender que o aumento arbitrário de lucro é muito mais uma consequência da existência de posição dominante que, digamos, seria a causa do problema. Aumento arbitrário de lucro não é algo deveria ser pesquisado com em percentuais ou valores.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Bom, nós temos quatro debatedores inscritos, temos um quinto agora. O rapaz de cinza na quarta fileira, aqui por favor, o primeiro debatedor inscrito. Se identifique por favor.

Pedro Garcia: Verona Advogados. Antes de mais nada eu gostaria de agradecer as valiosíssimas exposições. Meu ponto é o seguinte, uma questão que aflige a muitos dos profissionais que atuam em concentrações de empresas que atuem com tecnologias baseadas no protocolo Internet, é a questão da delimitação geográfica do mercado relevante. Apesar de ter sido pincelada, eu acho que a questão ainda não foi diretamente atacada.

Na verdade nós temos duas tendências aí para interpretar qual é a delimitação, na primeira seria que pelo fato de o consumidor ter acesso a Internet, então você um acesso on line spy em qualquer lugar do mundo, você tenderia a que o mercado relevante é global, porém como perfeitamente indicado pelo Arthur, se você for levar em consideração a questão da publicidade e marketing, fora o conhecimento do consumidor dos local care, ias operadoras de telefonia local, você teria uma segunda tendência a dizer lue o mercado relevante é local. Então, eu gostaria que os expositores ;omentassemisso.

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Algum expositor em específico ou...

Pedro Garcia: Acredito que o Cleveland e o Willian Cohen, seriam

mais...

Dr. Antonio Fernando Bessa: Perfeito! Vamos passar ao próximo lebedador, lá no fundo. Vamos fazer primeiro todas as perguntas e depois serão todas respondidas em seqüência.

Giovanni Ribeiro Loz, eu sou da Faculdade de Direito da UFMG. A minha pergunta é endereçada ao Dr. Marcelo Calliari, a quem eu gostaria laturalmente de parabenizar pela excelente apresentação.

Bem, Dr. Calliari como se sabe o mercado E-Business, possui algumas peculiaridades assim como não há uma perfeita relação entre o click e o brek e da mesma forma não existe uma relação direta entre a dominação .e mercado e o faturamento, a exemplo dos provedores gratuitos. Enfim, eu :ostaria de saber a sua opinião a respeito do requisito único do faturamento 'ara notificação prévia obrigatória dos atos de concentração com relação ao E-B usiness especificamente.

Dr. Antonio Fernando Bessa: Terceiro debatedora, é a Dr^a. Elizabeth Farina, aqui na frente.

Elizabeth Farina: Bom, a mesa mencionou a importância das restrições verticais, no caso do uso do B2B, e que os efeitos positivos e negativos são menos claros do que as relações horizontais, o que eu concordo; e eu queria saber do Dr. Willian Cohen, se já foi tratado ou se já apareceu a seguinte situação: para que o comércio eletrônico ocorra, para que você faça compras conjuntas por exemplo por meio do comércio eletrônico, você tem que ter muito bem definido padrões, eu tenho que saber exatamente o que eu estou comprando, o preço se refere a quê. Para vários produtos industriais isso é muito óbvio, porque eles são padronizados, para outros nem tanto, por exemplo o site world of fruit certamente tem uma complexidade a respeito de padrões muito maior do que na compra de lápis. E, acontece que esses padrões podem ser adotados de maneira privada, ou seja, as empresas que estão criando ou se reunindo para fazer essa compra, elas estão definindo qual é o padrão de compra, a adoção de padrões tem a mesma característica de cenalidade de rede que tem o uso da tecnologia de informação, porque quanto mais pessoas adotam o padrão mais ele vale, e isso pode gerar alguns problemas de exclusão, não só de participação no site, mas exclusão da própria atividade e segmentação de mercado. Quer dizer, tende a ter uma proliferação de padrões privados. Eu não sei se esse tipo de discussão já apareceu, se ele tem enfim criado algum tipo de pensamento a respeito.

Dr. Antonio Fernando Bessa: O último debatedor, por favor.

Carlos Alberto, advogado em Brasília. A minha pergunta se dirige ao Dr. Marcelo. Eu queria fazer primeiro uma colocação como eu vi a evolução da troca de informações eletrônicas, no Brasil principalmente aqui no começo da década, começa com a exclusão do chamado BBS e aí são

coisas pontuais, são curiosos e aí ela depois começa a virar um pouco de empresa, depois vem a Internet com o browser depois, isso é aquela chamada aplicação assassina, que onde eu aí a Internet toma conta e aqui no Brasil começam a surgir os chamados provedores de acesso. As antigas BBS são engolidas, ou se transformam ou elas vão acabar saindo do mercado ou se transformando, então vem os provedores que também ainda são pequenas individuais e aí aparece, começam a aparecer os grandes provedores. Nesse momento o que é que está preocupado, é a informação, apenas provimento de informação. Com o crescimento desse mercado, os próprios provedores de acesso começam a ser, vamos dizer assim entre aspas engolidos pelos provedores maiores, e o que vem ocorrendo são as grandes multinacionais que vem, o que é que está acontecendo, uma concentração desse mercado de provedores. Isso aí me parece que a legislação hoje ela dá perfeitamente conta para analisar esse tipo de concentração, e agora a gente está aparecendo uma nova evolução disso em função principalmente do comércio eletrônico e desse desenvolvimento que é o surgimento desses portais. Quer dizer, a coisa ela já deixa de ser, ela já evoluiu e isso rapidamente, ela já deixa de ser apenas a troca ou o acesso a informação, mas ela já serve como uma base para os negócios.

A minha consideração é a seguinte; isso, a questão da formação dos portais como foi muito bem colocado por todos os debatedores, ela não levaria apesar e pegando um gancho ali do Dr. Franceschini, dessa questão da realidade e essa contradição da realidade e da virtualidade, não seria a possibilidade do aparecimento de um chamado cartel virtual. Virtual porque, não palpável, as condições não estariam mais favorecidas para isso? A outra questão, como se controlar esse tipo de acordo se a Internet, e o próprio mundo dos computadores, ele não tem essa questão delimitada da geografia; onde está a informação, onde está o provedor eu posso ter no mundo todo, pegar um pedaço daqui outro dali, ter um portal; eu posso utilizar para fazer por exemplo como eu estava lendo ontem na Gazeta, um leilão reverso, eu posso contratar um portal nos Estados Unidos, eu posso contratar um portal na Europa e eu estou aqui. Então, a gente tem bem claro essa questão da possibilidade do cartel, a dificuldade do estabelecimento de onde está essa base física; isso aí leva por consequência imagino, uma dificuldade do controle; não haveria por consequência, voltando a discussão de ontem da jurisdição e soberania, de uma necessidade de uma maior integração entre as agências regulatórias?

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Queremos agradecer a sua pergunta. Aliás, você fez várias já, quase que daria outra palestra e eu pediria aos debatedores agora que se limitassem a

responder em no máximo cinco minutos, cada uma das perguntas. Vou iniciar pelo Dr. Willian Cohen, para que ele responda as perguntas que lhe foram formuladas.

Dr. Willian E. Cohen: (em inglês - sem tradução).

Dr. Antonio Fernando Bessa:

Vamos na seqüência para o Dr. Calliari, por favor.

Marcelo Calliari: Bom, vou começar com a questão do faturamento. É uma questão muito interessante e na verdade eu não sei se eu vou ter como te dar uma resposta satisfatória nesse sentido. Eu estava pensando um pouco na aplicação da legislação atual para esse casos. Por exemplo, o caso da Ronewell, e United Tecnology que é uma aircraft que eu mencionei e que foi mencionado pelo Dr. Franceschini; foi notificado que você tinha empresas com faturamento superior a 400 milhões, que se juntaram, constituíram uma nova empresa e esse novo negócio tinha efeitos no Brasil que é venda de peças para o setor de aviação civil, que eram adquiridas aqui, imagino que nenhuma delas era produzida aqui por essas empresas, era apenas utilização do artigo 2º, limite de conexão feito no Brasil, empresas com faturamento superior então teve que ser notificada.

É muito fácil imaginar e eu estava pensando naquelas alternativas que eu citei de constituição do portal, em que o portal fosse criado por um terceiro, um especialista em portais com um faturamento inferior a 400 milhões, essas outras empresas todas entram como locatários de espaços virtuais nesse mercado. O efeito na prática seria quase o mesmo, a única diferença é de não serem os sócios, mas isso é um dos elementos. Quer dizer, você poderia ter vários outros elementos de preocupação com relação a esse portal e ele não seria submetido porque não preencheria os requisitos. Então, nesse sentido e em muitos casos isso vai acontecer, eu não sei quanto a participação no mercado, quer dizer o outro critério, não só o faturamento mas o critério de participação no mercado relevante, também não resolveria, você teria um portal novo, uma empresa nova sendo constituída e ela é controlada por exemplo por uma empresa de tecnologia que pode ter uma parcela muito pequena no mercado de tecnologia de construção de portais. Então, seria muito difícil você ter o elo aí para exigir uma notificação, então na verdade eu acho e pensando um pouco agora e talvez eu esteja enganado ou prevendo algum ponto importante, mas acho que o tratamento dessas questões em larga medida vai ser na verdade através de conduta mesmo, de como o portal se comporta. É evidente que muitos casos os próprios concorrentes que estão se

juntando e vão querer fazer o portal, e vão querer ter o controle, nesse sentido vão submeter como o artigo 54, se eles tiverem faturamento superior a 400 milhões e tiver algum efeito no Brasil. Em relação ao efeito no Brasil há doutrina, mas a doutrina jurisprudência do CADE tem sido clara no sentido de que basta o efeito em termos de importações no Brasil, então nesse sentido um portal constituído em algum lugar que envolva participantes que exportem para o Brasil cairia nessa regra também, o que coloca uma outra questão é a questão do inforcement, quer dizer você decide alguma questão dessa e você quer aplicar a sua decisão ou concretizá-la e pode encontrar uma série de dificuldades e que entra na pergunta seguinte na verdade, que é uma ligação já direta com relação... Exatamente ao componente internacional e as dificuldades que isso trás e a necessidade de integração mesmo, quer dizer na parte de inforcement é muito claro mas isso pode ser percebido também na parte de investigação. Embora, no caso de portais você possa pensar que parte das informações vai estar acessível para qualquer autoridade por que vai estar por exemplo no próprio portal. O caso das empresas aéreas que foi mencionado pelo Dr. Cohen, por exemplo qualquer um com acesso ao sistema de reservas e que tivesse o trabalho meticolosíssimo e detalhado ao longo de anos que foi feito pelas autoridades americanas, de coleta dos dados, de comparação das propostas que eram feitas e do efetivo preço adotado pelas empresas depois, quer dizer que... (...) tem empresas de fora dos Estados Unidos, sem qualquer ativo no país. Quer dizer, a questão do enforcement sem dúvida é uma das questões que tem suscitado a necessidade de uma maior integração e também na parte de investigação que afinal de contas sem dúvida se dificulta nesse sentido.

Agora, com relação e voltando só a outra pergunta, eu acho difícil quer dizer, conceber um critério que fosse capaz, eu nem sei se seria interessante conceber um critério capaz de pegar todas as informações de portais, e de repente a preocupação maior vai ser com realmente com a conduta, quer dizer vão ter aquelas que vão estar entrando normalmente, mas muitas vão passar ao largo provavelmente, legalmente vão passar ao largo. Quer dizer, estão fora dos critérios oficiais e vão ser apreciadas de acordo com o comportamento que elas efetivamente tiverem ou o efeito no mercado; elas podem ter os mesmos efeitos, um portal de um terceiro do que um efeito de um portal criado por concorrentes, só que ele não vai ter sido submetido, se for uma prática ou um funcionamento do portal com efeitos competitivos aí vai ter que ser apreciado como conduta, é o que eu imagino agora a princípio.

Cleveland Prates Teixeira: Queria fazer um comentário com relação à definição de mercado relevante. Eu fico muito satisfeito em saber que eu não sou o único que tem problemas em definir mercado relevante. Eu vou contar um pouquinho minha experiência, bem rapidamente - quando eu

cheguei à Secretaria, como eu já havia dito, começaram a chegar esse casos, para minha felicidade ou infelicidade. Então, eu comecei a tentar entender um pouquinho mais sobre esse mercado. A primeira coisa que imaginei era que eu precisaria contratar um engenheiro, principalmente na parte de infra-estrutura, para entender um pouco mais como funcionavam os mercados de Internet. Mas me lembrei de uma coisa; nós definimos mercado relevante a partir do consumidor. Em outras palavras, eu me pus a tentar entender quem era o consumidor do produto específico Internet; como ele agia e quais eram suas opções? Deixe-me dar um exemplo mais claro e simples, que, por sinal, nós estamos tentando formar uma jurisprudência a respeito. No caso de provimento de acesso discado, o que nós observamos é que o consumidor desse tipo de serviço opta sempre por um provedor na sua cidade. Dessa forma, se todos os provedores desta cidade resolvessem aumentar o preço ou, ainda, se houvesse um único provedor, o custo deste consumidor em migrar para provedores em outras cidades, dependendo da região, seria muito alto, inviabilizando a contratação desse serviço fora de sua cidade. Então, essa seria uma questão que definiria o mercado geográfico mais localmente. Já nos casos de B to C e B to B o mercado geográfico depende - depende muito de cada produto, depende do consumidor de que você está falando. Se você pensar em termos de publicidade virtual, também depende muito - depende de quem você quer atingir. Então, sempre a análise deve ser feita caso-a-caso; não dá para você, a priori, falar: olha, o mercado é esse sempre. É realmente complicado e eu acho que as coisas vão se complicar cada vez mais, na medida em que as tecnologias se aproximam, mas nem tanto. Você não sabe até quando elas vão se aproximar. Então é uma questão que deve ser constantemente pesquisada e revista. Nada impede que, amanhã ou depois, surja uma tecnologia totalmente nova, que permita que se incorpore tudo, ou que, eventualmente, a Anatel crie uma legislação que acabe com a diferenciação de cobrança de pulso entre as regiões. Então, precisamos ter muito cuidado com isso. É importante que tenhamos dados concretos para definir esses mercados e que permitam ter uma posição minimamente confiável. É claro que não se pode simplesmente ampliar excessivamente o mercado relevante, mas, à medida em que novas tecnologias forem aparecendo, estaremos analisando e eventualmente incorporando-as.

Dr. Antonio Fernando Bessa: Pois não, Dr. Calliari adicionará alguma coisa ao comentário.

Marcelo Calliari: Na verdade, é uma informação muito breve que eu acho que ilustra esse ponto do Cleveland, que é o caso que aconteceu na Espanha, em que se tinha, como no Brasil no início uma variedade muito grande de provedores de acesso a Internet locais, como aqui o mercado era considerado local dado o custo de uma ligação interurbana. Então, você tinha

provedores pequenos em cada cidade, como aconteceu no Brasil no começo, centenas de provedores aqui. Uma decisão da autoridade de telecomunicações da Espanha, que permitiu exatamente, criou como se fosse um 0800 específico para acesso a Internet, de um dia para o outro o que é que aconteceu, revolucionou esse mercado, o consumidor de qualquer cidadezinha tinha acesso aos grandes provedores que estavam em Madri, mas não tinha um número local que ele pudesse acessar e num prazo muito curto de tempo, de 600 provedores, eu estou chutando mas era da ordem de várias centenas, de mais de 500 provedores caiu para menos de 20. Quer dizer, todos os outros quebraram, acabaram uns sendo comprados, mas a maioria quebrou porque os grandes poderiam, não precisa nem comprar os outros para ter acesso as pequenas cidades, eles eram acessados por um 0800 que para o consumidor era o mesmo custo de ligação e tinha acesso a um conteúdo muito maior e muito mais elaborado e tal. Então, houve um processo de concentração brutal com uma norma de regulação. Na verdade, o Brasil está passando por um processo de concentração semelhante, mas a Anatel está em discussão e estudando já faz algum tempo na verdade; uma norma de asteria, um efeito imagino semelhante no Brasil também e o mercado relevante nesse caso muda de um dia para o outro. Quer dizer, em função dessas barreiras regulatórias também, quer dizer tem essas questões ainda para interferir como o Cleveland colocou na discussão de definição de mercado, era apenas para adicionar.

Dr. Antonio Fernando Bessa: Muito obrigado. O Dr. Franceschini fará os seus comentários finais, apesar que houve uma pergunta dedicada especificamente a ele, como se fosse uma pergunta virtual já que nós estamos num painel eletrônico, e em seguida faremos o encerramento.

José Inácio Franceschini: Bom, só dois pontos para complementar, diante do que foi exposto; um sobre a questão do faturamento que o nosso companheiro havia mencionado e outro sobre a questão do mercado geográfico. As respostas foram muito bem dadas, mas a questão do faturamento esta é uma questão que eu já venho abordando inclusive na tribuna do CADE com inúmeras vezes, e portanto não é nenhuma novidade. O que acontece é que na minha modesta opinião o CADE muitas vezes extrapola na sua autoconcessão de competências, para mim o CADE transforma o parágrafo 3º que são os critérios objetivos de faturamento e de participação em mercado como se privilegiado em relação ao caput do artigo. Ou seja, ao invés de pensar primeiro esse processo, esse caso pode ou potencialmente poderia causar um mal à concorrência, porque a lei que ato sob qualquer forma manifestado desde que potencialmente possam... então, causa ou não causa? Se não causasse não tinha que perquerir sobre o faturamento e nem participação de mercado e nem nada! Então, na minha opinião eu sei que é voto vencido, mas há uma auto-outorga de competência do CADE e que

caberá um dia quem sabe ao Judiciário resolver essa questão e, certamente um dia o fará. Mas, então a questão do faturamento leva a circunstâncias como por exemplo, o caso da Mayercraft, na minha opinião sequer deveria ter sido apresentado, porque as empresas tem indiretamente interesse, eles exportam para o Brasil eventualmente partes e peças de aeronaves em valores não muito substanciais no caso concreto, não haveria razão nenhuma para a sua apresentação, porque não havia potencialidade sequer em tese para causar qualquer efeito antecompetivo no Brasil. Então, é um problema de interpretação do CADE, e quanto a necessidade... e há casos em que inclusive é interessante, dado a essa exacerbação, data máxima vênia da competência do CADE, há casos interessantíssimos, há casos de B2B operações globais que estão sendo apresentados apenas no Brasil, apenas no Brasil, dada esta interpretação digamos assim tanto quanto exultante que existe e auto-afirmação do CADE no plano mundial. Só o Brasil analisou uma operação global em que ninguém mais achou que tinha necessidade de examinar.

a último ponto, quanto a questão do mercado geográfico que embora sendo um detalhe, mas eu acho que é importante além da questão do preço que foi levantado, é uma questão de logística. Não adianta eu ter acesso no mundo inteiro se eu não consigo levar o caminhãozinho a mais de 500 quilômetros, então não tem...há vários aspectos que levam a uma análise caso-a-caso. Então, por exemplo pegamos um portal que trate de publicidade eletrônico; eu acesso isso no mundo inteiro, no Brasil todo, etc., mas quem fez um anúncio no jornal por exemplo, ele objetiva uma determina região ou porque ele não pode atender ou porque ele foi direcionado para aquela região. Então, a resposta é extremamente simples e ao mesmo tempo extremamente complicada, cada caso é um caso.

Antonio Fernando Bessa: Muito bem! Em nome do nosso presidente Ubiratan Mattos, o IBRAC se sente muito feliz em ter contado nesta manhã com as excelências das apresentações: Dr. Cohen; Cleveland; Calliari e Pranceschini e enriquecidas pelos comentários do Dr. Barrionuevo e Dr. Ariboni. Eu peço uma salva de palmas à mesa. Muito obrigado! E, o próximo painel tem início às 14:00 horas.

PAINEL IV - ALTERAÇÃO DA LEI 8.884

THE REFORM OF BRAZILIAN COMPETITION LA W

Coordenador: Dr. Ubiratan Mattos

Dr. Ubiratan Mattos:

Boa tarde! Antes de propriamente iniciar este painel, eu devo fazer uma ressalva que diz respeito ao prêmio IDRAC/ESSO. Ontem nós premiamos o terceiro, o segundo e o primeiro lugares e não foi feita a menção ao quinto e ao quarto colocado, porque a informação que nós tínhamos era de que eles não estavam aqui; mas o quarto lugar merecedor de menção honrosa está aqui. E nós achamos por bem destacar este esforço do candidato que se inscreveu sob o pseudônimo de "O advogado". Ele vem de Belo Horizonte, é aluno também da professora Maria Isabel Vaz - acho que tem um complô mineiro por aqui - ele cursa o oitavo semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; apresentou o trabalho sob o título "A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE"; e o nome dele é **Giovani Ribeiro Loss**

O quinto lugar não está presente, mas apresentou-se sob o pseudônimo de Eduardo Nogueira, vem da Faculdade de Direito da PUC de São Paulo, cursa o quinto ano e o trabalho apresentado teve o título "Associações Setoriais e a Cartelização no Direito Antitrust Brasileiro", e o nome dele é Ricardo Noronha Inglês de Souza; fica anotado para os anais do IDRAC que será também incluído na revista do ffrAC.

Abrindo o painel, e eu vou dispensar a apresentação da mesa, porque ela é de todos conhecida, temos o Dr. Amauri Serralvo, Procurador Geral do CADE; Dr. Celso Campilongo, Conselheiro do CADE; Dr. João Bosco Leopoldino, Conselheiro senior do CADE; Dr. Grandino Rodas, Presidente; Dr. Cláudio Considera, da SEAE; Df. Paulo Corrêa, Secretário Adjunto; Dr. Paulo de Tarso, Secretário de Direito Econômico e Df. Darwin Corrêa, diretor do DPDE. E, com esta mesa, não seria demais notar e ressaltar o seguinte; as pessoas que estão aqui são homens de governo, são governo e como pessoas sacrificaram um fim de semana longe de suas famílias, longe dos seus prazeres de fim de semana, do seu descanso, para estar conosco como nossos convidados; e o que eu queria ressaltar é o significado disto, sob dois aspectos. São pessoas que apresentam as virtudes que se esperam da autoridade pública; é o governo vindo à presença da comunidade trocar idéias, debater; a virtude está na transparência e no cuidado com os assuntos

públicos, e mais do que isso, eu vejo esta atitude como uma demonstração inequívoca de respeito pelo público, pela coisa pública, pelos assuntos públicos, respeito por nós todos, respeito por esta platéia que hoje representa a sociedade interessada no direito concorrencial. Então, só por isto eles merecem de nós a mesma reciprocidade. Queria abrir este painel fazendo um agradecimento em nome do IBRAC.

A a respeito do tema que nós vamos discutir, o IBRAC não tem ainda uma posição institucional. O IBRAC está neste momento coletando dentre os seus associados e fora dos seus associados as opiniões coincidentes. Nós já temos um rol de pontos que foram identificados como preocupação comum. A posição do IBRAC, qualquer que seja, não será uma posição da crítica pela crítica. A posição institucional do IBRAC será no sentido de se for criticar, ao mesmo tempo apresentar alternativas. Nós queremos e insistimos é participar deste debate, participar do desenvolvimento dessa legislação e contribuir com ela, porque no final das contas é a nós que ela se destina e nós temos aqui uma oportunidade única de debater - sociedade e governo - esse tema que tanto nos interessa.

Algumas regras foram estabelecidas para este painel; nós vamos iniciar dando a oportunidade a cada uma das instituições de apresentar as suas ponderações a respeito deste projeto, num tempo de até 30 minutos. Teremos 3 exposições de cerca de 30 minutos, após o que serão abertos os debates. A manifestação é livre, e pode ser feita em forma de perguntas, pode ser feita em forma de comentários sobre aquilo que for falado aqui. Só que essas manifestações, apenas e tão somente por uma questão de espaço na agenda, e de tempo, porque nós vamos ter que terminar este Seminário às 18:00 horas eu peço aos senhores utilizar a regra da razão para não se estenderem muito nos comentários. E, com essas considerações iniciais eu passo então a palavra ao ilustre Secretário de Acompanhamento Econômico, Dr. Cláudio Considera, que pode falar ou da mesa ou do púlpito, como lhe for mais confortável.

Dr. Cláudio Considera:

Boa tarde! Eu agradeço ao IBRAC por esta oportunidade de vir debater com uma platéia tão seleta, que representa na verdade a nata do anti-trust no Brasil e, no fundo, buscar de vocês uma ajuda no sentido de aperfeiçoar um projeto que não é de ninguém, mas é um projeto hoje do governo. Quando nós começamos a trabalhar para apresentar esse projeto sociedade, nos foi exigido que fizéssemos isso em dois meses. Isso nos exi uma dedicação bastante grande de forma a termos um projeto apresentável sociedade. Insistimos que ele deveria ir para consulta pública, de forma os enganos que cometéssemos pudessem ser corrigidos nesse período. En esse não é um projeto que seja a menina dos olhos da SEAE, da SDE ou CADE,

ele é o projeto do governo e chegamos a ele através de um processo muito intenso de discussão e por uma determinação do presidente república, ele já nasceu com uma certa orientação: deveria ser uma agêl nacional de defesa do consumidor e da concorrência; deveria ter as três instituições que tratam do assunto, aliás as quatro porque poderíamos contar também com uma separação dentro da SDE entre os departamentos concorrência e do consumidor que tratam dessa questão. Essa foi uma determinação de governo, e não cabe aqui, da nossa parte, sequer discuti-la. Não precisamos estar aqui defendendo uma determinação que partiu presidente da república.

Esse projeto, deve ter vários problemas, alguns nós já identificamos através de trocas de idéias com várias pessoas da área, já participamos alguns debates inclusive um preliminar a este, na Universidade de São Paulo, que tem sido bastante útil. Alguns desses debates propiciaram várias sugestões que certamente serão incorporadas quando for feita a revisão projeto; a consulta pública tem esta intenção. Considero importante cham atenção que, o governo tem um projeto e levará esse projeto à frente da forma como ele está constituindo, evidentemente corrigindo os problemas que possa ter esse projeto, essa proposta não é uma jabuticaba como costuma dizer o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, porque só tem no Brasil, não! Ele existe em vários países; nós podemos encontrar similaridades em várias outras jurisdições de forma que não é nada diferente do que existe em vários outros lugares. Atentamos para as especificidades do Brasil, mas ele é encontrado em várias partes do mundo.

Então, o que nós na verdade estamos aqui é pedindo aos senhores, que representam, como falei no início, a nata do anti-trust no Brasil, que nos ajudem a melhorar esse projeto naquilo que ele possa ter de eventuais problemas.

Dizem que essa lei brasileira é nova e que, portanto, nós deveriam dar um tempo para mudá-la. Nós achamos que não! Achamos que tem muita coisa nessa lei que pode ser aperfeiçoada; acreditamos que nos cabe nessa oportunidade fazer esse aperfeiçoamento. Eu poderia citar, a questão leniência que existe em vários países, a questão da submissão prévia que existe em vários países e é um dos pontos importantes para, vamos dizer certa forma não impedir que o Tribunal desfaça algumas fusões, coisa que é comum ocorrer nos lugares onde a submissão é prévia; a simplificação dos procedimentos de forma a tomar mais ágil análise dos atos de concentração, bem como dos processos administrativos a respeito de conduta. Então, nós acreditamos que isso é também possível fazer, simplificar esses procedimentos de forma que diminuam os custos dos administrados e que a sociedade tenha respostas mais rápidas no que diz respeito a questão tanto consumidor quanto da defesa da concorrência. Outra inovação que nós acreditamos que contém o projeto é a

separação entre instrução e julgamento que hoje não está clara e não é feita desta forma; acreditamos que esse é um outro ponto importante de aperfeiçoamento.

Existem então uma série de pontos que nós acreditamos que a gente está conseguindo aperfeiçoar a lei e aperfeiçoar a institucionalidade dos procedimentos. Não acredito que muitas críticas que foram feitas ao sistema tenham a ver com o fato de termos instituições diferentes tratando desse mesmo assunto, já que esses procedimentos todos se complementam como deveria assim ser; mas acreditamos que a reunião das três instituições num único órgão virá a trazer uma maior celeridade nesses procedimentos.

O projeto tem uma série de inovações e, muitas das críticas que nós temos visto em jornais, artigos assinados, entrevistas, seu objeto, de fato, não está no projeto; algumas coisas que têm sido ditas em algumas dessas críticas publicadas, parecem-me, sinceramente, decorrer da leitura de outro projeto. Portanto, é fundamental que se leia o projeto que está em consulta pública e que se façam as críticas que ali são possíveis em função de problemas que venham a se encontrar. Tem outras coisas, que o projeto não contém e que nós achamos que não deva conter, esse é o caso por exemplo de questões relativas a emprego; projeto que visa a defender a concorrência não tem que promover emprego, ele promove emprego indiretamente ao promover a concorrência, é isso que nós acreditamos. O projeto não contém e não conterá qualquer coisa a respeito de promoção de emprego, proteção de emprego. Acreditamos que a concorrência é a melhor maneira de promover o emprego.

O que eu vou falar aqui em termos de projeto está contido num texto que foi distribuído que eu mandei antecipadamente ao IBRAC. Acreditamos que essa agência que se está criando é uma agência que preenche um ponto da agenda do governo em prol do crescimento econômico. Acreditamos que a concorrência promove o crescimento econômico de forma eficiente e mais justa, é isso que acreditamos e é nesses pontos que nós estamos, digamos levando o projeto ao seu limite em termos de defesa da concorrência.

Eu vou falar sobre alguns dos pontos que estão contidos, que me parecem que resumem um pouco o que é o projeto, e que estão na página dois. Acreditamos que essa agência será uma instituição independente, capaz de zelar por um ambiente competitivo sem interferência política, com tempo de análise e custos reduzidos para o administrado; tem uma clara distinção entre instrução e o julgamento com a preservação de um tribunal da concorrência independente. O controle prévio das concentrações pela qual a agência emite os seus juízos em relação a operações antes de sua consumação, acarreta tanto a maior colaboração das partes envolvidas para a celeridade da análise quanto a ampliação das opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. A divisão de competências entre a direção e o

tribunal de concorrência no controle de concentrações permitirá a agilização do tramite dos processos sem eliminar o sistema de freios e contrapeso; por esse sistema apenas os atos de concentração em que houver riscos de efetiva concorrência seriam submetidos a análise do tribunal, não teríamos mais uma situação como a de hoje em que cada conselheiro do CADE tem 80 processos na sua mão e que provavelmente quanto julgar o 80º terá mais 80 para julgar a seguir e provavelmente julgará o 80º daqui há três anos. Muita coisa, não há qualquer necessidade de julgamento; uma recompra de franquias não tem que ir para julgamento, será eliminado por um processo administrativo antecipado em coisa não superior a vinte dias. Ou seja, o sistema hoje sobrecarrega o tribunal, tira ele das suas funções fundamentais que é discutir as questões de mérito existentes em atos que efetivamente são anti-competitivos.

Um critério mais preciso para a unificação dos atos de concentração, pelo qual eles serão sujeitos a notificação apenas as operações que possam causar efetivamente impacto na economia brasileira, ou seja, aquelas que estiverem registrado faturamento anual no Brasil equivalente a 150 milhões de reais; sendo abolido o critério de notificação baseado no domínio de percentual de parcela de mercado após a concentração. Evidente que a questão da concentração é um ponto fundamental na análise dos atos de concentração. Os senhores podem ver no nosso guia para análise de atos de concentração, que nós só seguimos adiante com um ato, quando ele representa uma incorporação superior a 20% de concentração. Evidente que isso então é fundamental para análise, mas não é para submissão. As empresas não tem o direito de definirem qual é o seu produto relevante e nem o seu mercado geográfico relevante, isto é um assunto da instrução. Empresas evidentemente querem, geralmente, definir um mercado de produto mais amplo possível e o mais amplo possível tanto em termos do seu escopo de produto quanto em termos do seu escopo geográfico. Isso evidentemente faz com que a aceitação seja facilitada e isso poderia levar não a submissão de diversos casos e, leva também uma insegurança jurídica da empresa saber se o critério que ela adotou para definir qual o grau de concentração será o mesmo que o investigador do ato de concentração levará em consideração.

Um sistema de análise de operações de concentração simplificado, pelo qual a maioria dos casos seriam decididos em até 30 dias e o prazo máximo para análise sob pena de aprovação da operação por decurso de prazo, é de 120 dias. Eu já comentei isso anteriormente.

Um tribunal da concorrência ágil e dedicado exclusivamente aos problemas de mérito e que passa a dirigir por meio do conselho relator a instrução dos processos administrativos oriundos de atitudes antecompetitivas, isso é uma atribuição nova que se dá ao tribunal que anteriormente era dirigido pelo diretor da SDE.

O fortalecimento do combate as condutas anti-competitivas com ênfase na repressão a cartéis. Essa é uma novidade importante em função do que já se fez em termos de cartel nesse país até recentemente. Eu gostaria de lembrar que, cartel não é uma coisa nova, quem teve a oportunidade, nós tivemos essa oportunidade de nos encontrar naquela belíssima Gran Place de Bruxelas, e pudemos ver lá aqueles prédios belíssimos que devem datar de 1300/1400, eu imagino, e que eram os prédios de Guildares, das Associações de Classe dos Cervejeiros, e diversas associações de classes. Ali estavam os cartéis construídos, erigidos ali que não eram certamente os primeiros; Adam Smith em 1776, escreveu na Riqueza das Nações, o pai da economia, escreveu na Riqueza das Nações, que os homens de negócio geralmente se encontram para bater um papo e essas conversas geralmente vão para a área de preços, para a área de quantidades e geralmente derivam para verdadeiros atos contra o povo. Então, Adam Smith, criador do mercado, da idéia de mercado, já dizia isso em 1776; a partir de lá eles sofisticaram bastante e esse é um ponto importante em termos de ataque da nova agência, assim como entendemos.

Finalmente, uma coordenação nacional da política de proteção ao consumidor que seja capaz de propor diretrizes gerais aplicáveis nacionalmente, de divulgar adequadamente a legislação pertinente. Não se trata de um proconzão como algumas pessoas podem estar pensando, mas se tratará evidentemente de um órgão capaz de fazer essas articulações e a importância disso dentro da agência está dada por duas diretorias que comporiam essa agência.

Eu termino dizendo que esse projeto de agência, não visou tirar ou dar poderes a nenhuma das instituições que ali estão presentes, mas dotar o Estado Brasileiro de condições, de combater efetivamente os cartéis e proteger o consumidor através da prevenção com atos de concentração que possam levar a comportamentos anticompetitivos. Eu passo a palavra então ao Paulo Corrêa, para completar a apresentação da SEAE.

Dr. Paulo Corrêa:

Boa tarde a todos! Eu dividi esse final de exposição em dois basicamente: Primeiro, alguns breves comentários sobre as críticas q sendo mais freqüentes e depois uma explanação mais geral sobre a mudança que eu considero ser a mais profunda na institucionalidade do antitruste no país: a alteração no procedimento de decisão com melhor representação do interesse público.

Sobre o critério utilizado para a notificação prévia dos concentração, primeiramente, que há muita divergência em relação a definição de mercado relevante. Mantê-lo implica dotar o critério de notificação prévia de grande subjetividade, o que toma mais difícil a vida das próprias empresas. Em

segundo lugar, vários países já estão implementando alteração legais no sentido de excluir este critério. E, por último, numa recente revisão feita pelo OCDE da política de concorrência no país, constatamos uma recomendação parecida. Nesse sentido, estamos bastante confortáveis para introduzir ou propor essa modificação. O novo critério no Brasil, seria baseado no faturamento de 150 milhões. Com isso, 10 a 15 % dos atos de concentração examinados pela SEAE deixariam de ser apresentados. Uma outra crítica bastante freqüente tem sido sob a extinção do nome e o eventual desprezo à representação daquilo que essa marca supostamente significa. Não tenho nenhuma dificuldade em admitir que em nenhum momento isso foi uma proposta do grupo de trabalho: foi o próprio regulamento que o criou que definiu a elaboração da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

Sobre a conveniência de juntar a política de concorrência e a política de consumo, não há nenhum absurdo. Eu reconheço que existam preferências antagônicas a esse respeito, mas tanto na experiência internacional quanto do ponto de vista conceitual há argumentos para as duas visões.

Em relação a questão das competências com as agências reguladoras. Esse é um tema muito importante e não foi tratado de maneira exaustiva pelo grupo de trabalho. Na versão que os senhores têm do anteprojeto ele não foi sequer mencionado e a razão disso é que o governo necessita de mais tempo para negociar com a agência essa questão. A opção, portanto, foi de não incluir no projeto que iria para consulta pública um tratamento preliminar do assunto. Mas esse tema já está sendo tratado com o Bacen, com a Aneel e a Anatel; a ANP e ANS. Na proposta final, vai estar sendo contemplada; relação entre a ANC e as demais agências.

Os dois outros pontos são a concentração de poderes do diretor geral e a vinculação do mandato da direção com o presidente da República. Estes assuntos estão tratados nesse documento que eu disponibilizei para os senhores.

Eu acho que a crítica da concentração de poderes não procede por algumas razões: a primeira é que toda a decisão terminativa do diretor geral é passível de revisão; a segunda e mais importante será a atribuição, do tribunal, de julgar todos os conflitos existentes entre o diretor-geral e as empresas requerentes ou representadas. Como esses litígios ocorrerão nos casos mais importantes, caberá ao tribunal a decisão de mérito nos casos em que uma concentração ou conduta envolver algum potencial ou efetivo prejuízo para a concorrência. Portanto, as decisões substantivas que fundarão uma jurisprudência robusta em matéria de antitruste no país serão tomadas pelo tribunal. Todas as demais atribuições do diretor-geral pertencem originalmente ao secretário do SDE, e, além disso, o contraditório em

processos administrativos será presidido por um conselheiro relator.

Do ponto de vista da vinculação dos mandatos, o tribunal vai ser constituído por membros que terão mandatos de cinco anos sem direito a recondução, sem coincidência com o mandato do Presidente da República e apenas dois conselheiros serão substituídos a cada ano. Essas características somadas a autonomia financeira do tribunal, darão aos conselheiros as condições apropriadas para interpretar e aplicar a lei de forma independente, garantindo uma jurisprudência mais estável ao longo do tempo. Por outro lado, o diretor geral e os diretores terão vinculação com o Presidente da República, e não há qualquer absurdo nisso.

Nos últimos 20 anos, as principais inovações em matéria de política antitruste no mundo foram introduzidas por órgãos vinculados ao Executivo, de maneira às vezes diferente da qual estamos propondo, como é o caso da Direção Geral de concorrência na Europa. Mas para nós ficarmos com o exemplo do Departamento de Justiça Norte-Americano, o vínculo institucional com o Executivo, ou melhor da Divisão AntiTruste com o Executivo, não impediu que ela se opusesse à fusões de grandes empresas; obtivesse a condenação de empresas multinacionais em cartéis de vitaminas, lisinas, etc; acusasse empresas como a American Airlines de adotar práticas concorrenciais predatórias ou levasse a Microsoft a julgamento por abuso de posição dominante. Nos últimos três anos, o departamento de Justiça convenceu o Judiciário a proibir um número de fusões anti-competitivas superior ao que foi conseguido durante toda a administração Reagan. De fato, as multas arrecadadas pelo Departamento de Justiça na condenação de cartéis em 1999, em função das mudanças no programa de leniência implementados pela gestão democrata, foram superiores a todas as multas arrecadadas durante os 109 anos anteriores da política antitruste nos Estados Unidos. O que mudou nesses últimos oito anos? Mudaram as leis, mudou o Judiciário? Não! Mudou o presidente da república e, como decorrência, a pessoa a frente da divisão antitruste do Departamento de Justiça.

Vou tentar agora nos cinco minutos restantes, mapear rapidamente que nós imaginamos ser uma mudança importante na institucionalidade antitruste no país. Em primeiro lugar, sem querer ser enfadonho, especialmente na frente de especialistas na área do Direito, farei dois comentários iniciais. O primeiro comentário é que o desenvolvimento de uma tradição antitruste substantiva e robusta depende igualmente da legislação da institucionalidade existentes. Apresentado de uma maneira bastal simples: o procedimento influencia a substância. E o que estamos tentan fazer é alterar o procedimento, a institucionalidade, para assim modificar a substância no sentido de introduzir eficiência e eficácia à política antitruste no país, de reduzir risco para o setor privado e os custos para o administrado.

Como é que isso tenta ser feito no âmbito desse projeto? De fato, talvez esta seja razão pela qual o projeto esteja levantando tantas paixões ou tantos interesses. O anteprojeto não promoveu apenas uma racionalização administrativa. E ele alterou a concepção da institucionalidade do antitruste no país. A maior mudança nesse sentido é a submissão de todas as decisões de mérito relevantes a um procedimento judicial clássico. Todas as decisões de mérito serão tomadas pelo tribunal com base numa acusação formal do diretor geral, na ampla defesa das empresas no âmbito de um julgamento clássico. Acho que esse procedimento introduz pelo menos duas vantagens que ao meu ver, são bastante importantes. Em primeiro lugar, o processo de construção da decisão dessa forma reforça a jurisdição, o papel da evidência e constrange a arbitrariedade da decisão administrativa. Segundo, o benefício que esse procedimento pode trazer, e certamente esses dois não esgotam os que enxergamos, é a separação entre as funções de acusar e julgar. Do ponto de vista privado, os senhores conhecem melhor do que eu, isso evita o risco de um viés no julgamento. Mas do ponto de vista público, e isso é um ponto que eu tentei enfatizar na minha exposição ontem, a maior vantagem é você liberar um indivíduo, no caso uma parte da instituição representada pelo diretor-geral, para cumprir uma única função, a função de acusador e, como, tal de representante do povo e defensor do interesse público. Quando uma pessoa é obrigada a cumprir duas funções ao mesmo tempo, a tendência é que ela priorize uma delas (e acho que isso não é muito difícil de aceitar). Além disso, por mais técnicos que sejamos e queiramos ser, em alguma medida, todos esses processos decisórios são influenciados por elementos de economia política. Como nós sabemos, a capacidade de organização do consumidor é bem menor do que a capacidade de organização e pressão da parte representada, até porque o povo deveria ser representado em diversos momentos, em todos os julgamentos e a parte representada é só no seu próprio (em privilégio). Isso cria do ponto de vista da economia política, um risco de que os interesses sejam representados de uma maneira desigual nas decisões antitruste. Com a proposta introduzida, o interesse do povo estará sempre representado através do diretor-geral. O fato de a decisão final atualmente ser compartilhada por outros seis membros, na minha avaliação, não é suficiente para resolver o problema do viés introduzido nas decisões do CADE e não a eficiência da acusação, problemas que eu vejo como causas centrais da reduzida eficácia da política antitruste no país. Muito obrigado.

Ubiratan Mattos:

Muito obrigado ao Dr. Paulo, muito obrigado ao Dr. Cláudio. Passamos a palavra agora ao Secretário de Direito Econômico, Dr. Paulo de Tarso.

Dr. Paulo de Tarso:

Bom, boa tarde a todos! Mais uma vez, obrigado ao IBRAC, pela oportunidade de estarmos aqui, para discutir o modelo institucional da nova agência.

Eu gostaria de tentar fazer, até para não ser repetitivo, a minha apreciação mais ou menos sistemática em tomo de três ou quatro momentos: no primeiro, as razões conjunturais que levam à necessidade de criação da agência; no segundo, sobre o modelo institucional da nova estrutura, que está definido; no terceiro, sobre a natureza das decisões a serem proferidas pela agência e por último, o relativo ao tema da defesa do consumidor. Com essa abordagem, eu começaria dizendo o seguinte: um olhar sobre a realidade de hoje nos demonstra que, e isso eu estou falando para um público de especialistas, há uma mudança muito ampla no cenário internacional e na economia brasileira, no sentido da desregulamentação da atividade econômica, da abertura do mercado, enfim, eu diria da experiência de uma economia de livre mercado, que o país parece começar a ter, de forma mais efetiva. Ora, essa é uma mudança que eu gostaria que a gente considerasse. A segunda, que me parece também importante levantar, é a que diz respeito à insuficiência de meios de que dispõe o Estado para tratar essa questão. Não é desconhecida dos senhores essa carência absoluta, nos órgãos de defesa da concorrência, em um quadro de sub-investimento institucional nessa área; esse também me parece ser um consenso, quer dizer, nós não temos recursos humanos adequados, nós não temos recursos materiais adequados. Um estudo do CADE, procedido no ano passado, mostrava, em comparação com o PIB, um déficit de 70 vezes em relação aos Estados Unidos, o que mostra que há uma evidente distorção; um país que quer entrar na economia de livre mercado não pode ter órgãos antitrust com essa deficiência estrutural. Então, a mudança é um processo inexorável, dela nós não podemos nos livrar, queiramos ou não. Podemos ter, em relação a ela, uma postura de negação da realidade ou uma postura de ajuste e, de alguma maneira, trato dessa realidade.

Há, também, uma terceira mudança que eu gostaria de fazer referência, que é exatamente a mudança que decorre dessa insuficiência conjuntural do que eu tenho chamado do paradigma regulatório. Isto é, está se introduzindo o controle prévio. Entre as deficiências que nós poderíamos citar no sistema de defesa da concorrência, evidentemente os senhores sabem, existe uma ênfase excessiva em atos de concentração; um olhar para trás na jurisprudência do CADE, mostra uma aprovação de mais de 90% dos atos, sem maiores restrições, e essa excessiva dedicação do órgão judicante antitrust, do sistema como um todo, a atos de concentração, é incompatível

com essa nova realidade de mercado e com a necessidade que o Estado tem de disciplinar a atividade econômica, de forma a preservar esse livre mercado. Ora, falamos, portanto, e, pelo menos, a partir da experiência, já que ela foi evocada pelo Dr. Pedro Dutra, como um critério importante de análise e eu me reporto a ele porque acho importante de fato que a experiência seja objeto de análise, quer dizer, nós percebemos que pouco mais de 5 a 10%, que a estatística aí é irrelevante, pouco mais de 5 a 10%. O importante é que casos efetivamente de concentração demandam do sistema bem menos do que hoje ele vem dependendo. Isso significa dizer que é uma distorção, do ponto de vista de uma política pública, que o sistema dedique a maior parte dos seus recursos àquelas situações que, a rigor, não demandariam. Um ato de concentração é um ato de gestão negocial da empresa; é, portanto, em princípio, um ato que deve gerar eficiências; é, portanto, em princípio, lícito; não há sentido lógico em se submeter todos esses atos à apreciação de um órgão colegiado, para dizer da sua legitimidade ou mesmo da sua, digamos assim, consistência econômica, do ponto de vista de uma política, porque isso significaria inverter a lógica do mercado que se está justamente procurando preservar.

Ora, então o que nos parece importante destacar é que não existe, e não deve existir, um órgão colegiado para homologar transações privadas. É isso que me parece importante também ter como premissa e não acho muito difícil chegar-se a essa conclusão. Além dos critérios de notificação serem inadequados, eles geram um congestionamento indevido, que retira dos julgadores a possibilidade de dedicação aos casos, na sua plenitude, aos verdadeiros casos antitrust. O controle de concentrações **a posteriori**, evidentemente incentiva as partes a postergar a análise; reduz, substancialmente, as opções para a solução dos problemas concorrencias. De certa maneira, a experiência do sistema é rica em casos de postergação do envio de informações solicitadas. Essa situação gera um outro constrangimento, do qual decorre um maior ônus para a sociedade, pela desconstituição de uma operação, do que, a rigor, **a priori** controlá-la. Ora, há a necessidade, portanto, de que essas deficiências sejam supridas no novo modelo, e o que se procurou com o mesmo? Procurou-se um equilíbrio entre o que a gente tem chamado de freios e contrapesos, os **check and balances**; entre acusação e julgamento, mas, não apenas, entre acusação e julgamento, entre política econômica no sentido lato, e o contencioso administrativo, de forma a configurar um órgão **antitrust**. Quer dizer, se nós olharmos a natureza das decisões hoje proferidas pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência - insisto no tema que levantei ontem, quer dizer, é fundamentalmente uma decisão jurisdicional, ainda que esta decisão, evidentemente, resolva um problema à luz das variáveis econômicas, que tenha um efeito de incidência específica sobre essa relação econômica, e,

nesse sentido, sobre a economia como um todo. Mas não se pode dizer que um organismo **antitrust**, que está estruturado sob a forma de um contencioso, o que vai para o órgão julgante são **fundamental cases**, que ele seja o órgão formulador de uma estratégia de política econômica. Essa me parece uma distorção que precisa ser corrigida, sob pena de nós, digamos assim, estarmos distante do que é feito no cenário mundial e não termos, adequadamente, a concepção institucional do modelo. Então, os **checks and balances** são, primeiro uma garantia de que quando o Estado investiga e acusa ele tem o órgão com autonomia para julgar; com autonomia financeira, com autonomia orçamentária, com autonomia funcional e todas as garantias que possam ser concedidas parecem-me importante que o sejam, para que o tribunal possa exercer essa função. Então, a idéia foi de que a ordem era que constituíssemos uma agência nacional de defesa do consumidor e da concorrência, que nessa agência houvesse, por assim dizer, um chapéu, uma instância máxima de deliberação relativamente aos casos antitrust. Portanto, eu também me permito dizer que não é possível comparar a decisão monocrática com a decisão colegiada, como se fossem decisões de mesma natureza; não são! A decisão monocrática diz respeito a desafiar ou não desafiar uma operação, um ato de concentração, enquanto a decisão deliberativa, esta fundamental de mérito, é do tribunal. Claro, alguém pode dizer: bom, mas o diretor ou a diretoria, neste caso parece-me que talvez haja a necessidade de uma juste de forma, pode extrapolar e aprovar um ato que, em tese, devesse ser objeto. Ora, mas estatisticamente se sabe que isso é exceção, dado que mais de 90% da jurisprudência anterior foi no sentido de aprovar. Então, como se controla a exceção, criando um duplo grau de jurisdição administrativo? Evidentemente que não! Controla-se a exceção criando um outro mecanismo de freios e contrapesos que foi constituído na figura do ombudsman e foi constituído na possibilidade de que o conselheiro ou desculpe, que qualquer conselheiro pudesse requerer uma advocatória.

Existem problemas de quorum, que me parecem problemas menores, que devem ser solucionados durante o trabalho do grupo, relativamente à deliberação, se por unanimidade, se por maioria qualificada. Enfim, isso me parece, de fato, um problema que pode perfeitamente ser resolvido. Mas a verdade é que, para controlar a exceção, me parece importante que para que não haja uma exposição indevida do diretor geral nesse particular; uma aprovação que não devesse ser feita e que se efetivou; confira-se ao representante, em averiguação preliminar, o direito de recorrer ao tribunal. Enfim, que se possa ter a deliberação final em matéria de coerência restrita ao tribunal da concorrência.

Um terceiro ponto, que me parece também da maior importância, que eu tenho dito, é que o tribunal, como concebido, terá o exercício da sua

função, muito mais como tribunal, do que atualmente; é o fato de que nós estamos transferindo hoje para o tribunal da concorrência algo que é da competência da Secretaria de Direito Econômico: a instrução dos processos administrativos. Os senhores sabem que a estrutura antitrust trabalha basicamente com a prevenção, no ato de concentração, e com a repressão, nos processos administrativos; o que tem ocorrido, em geral, é que o processo administrativo instaurado e conduzido no âmbito da Secretaria, quando ele chega ao CADE, órgão julgante, a instrução, por vezes, não corresponde à expectativa dos julgadores e eu diria que essa é uma deficiência estrutural, sob dois ângulos: do julgado e dos julgadores. Pelo ângulo do julgado porque aquele que está sendo acusado, pela Secretaria, da prática de cartel, que está sendo acusado de uma determinada infração econômica, tem o direito de ser ouvido por quem vai julgá-lo e não por quem o está acusando. Então, nós temos no âmbito da Secretaria uma série de problemas com relação a isso, que, quando o processo chega no tribunal, evidentemente que as expectativas do Secretário podem não ser aquelas de quem vai julgar. Ele diz: olha, eu queria ter ouvido o diretor financeiro, vocês só ouviram o diretor comercial; eu queria que tivesse sido adotada essa diligência, essa prova, e tal não foi produzido. Então, no modelo proposto toda a instrução de processo administrativo é do tribunal; o tribunal tem a competência de determinar a realização das provas e, portanto, de presidir a instrução. Essa me parece uma mudança fundamental que fortalece o tribunal enquanto tal e que, do ponto de vista jurídico, me parece deva ser bastante significativa. Você está, na verdade, mais uma vez preservando o direito individual e mais uma vez dando a quem vai decidir o direito de apreciar e ter esse, que eu digo, que é o momento supremo da formação da jurisprudência e do direito aplicável no caso concreto. É uma ilusão, insisto, imaginar que um contencioso administrativo possa ser imune à pressão política; eu não tenho a ilusão tecnocrática, acho que é preferível explicitar a influência política do que tê-la de alguma maneira subjacente, porque, aí, nós teremos uma situação onde não é possível controlá-la. Então, é preferível que a diretoria da agência, de fato, possa representar os interesses do Executivo nesse momento e o tribunal tenha todas as garantias, de mandatos descoincidentes, não de condução, mas antes, para que ele possa decidir com liberdade e independência técnica. O órgão julgante é o guardião dessa razão. Se os senhores olharem os Poderes, isso se reproduz: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário produzem decisões numa concepção sistêmica do Estado; todos produzem. O Poder Executivo tem uma atividade específica de aplicação das leis e o Poder Legislativo, também, mas o Judiciário é o único que é guardião de uma razão técnica. Então, parece-me importante colocar isso por que é o caso do tribunal da concorrência; ele vai ter, sim, a dimensão política na seleção dos casos, que é feita, no âmbito da agência, pelo diretor geral, na seleção, enfim, daquela que deva ser a política

da concorrência formulada pelo governo. Quer dizer, o tribunal não é **trust buster**, o tribunal é aplicador do direito **antitrust**; isso me parece também importante que deva ser relacionado. E, do ponto de vista jurídico, essa transferência do processo administrativo para o âmbito do tribunal garante o contraditório, a ampla defesa; impede nulidades que, depois, vão ser submetidas ao Judiciário, caso não tenham sido observados tais princípios.

Agora, eu queria ainda fazer algumas observações com relação ao fortalecimento do combate às condutas de alto potencial ofensivo. Quer dizer, no modelo institucional proposto está-se, efetivamente, retirando, digamos assim, do tratamento colegiado aquelas condutas que realmente não merecem essa submissão, como a recompra de franquias, enfim os exemplos que todos os senhores conhecem. Quer dizer, de alguma maneira está-se dizendo: olha, na estrutura organizacional, ao criar uma diretoria de cartéis, ao criar uma diretoria específica para tratar de infrações à ordem econômica, sinaliza -se uma proposta de inflexão política maior do governo no combate ao abuso do poder econômico. (pausa) (final do lado B - fita 04). (...) parece claro que o tribunal vai ter a oportunidade de estabelecer a jurisprudência sobre condutas antitrust, e não uma jurisprudência sobre atos de concentração, que a gente revê e conclui sobre sua pouca utilidade, enquanto jurisprudência; ela tem mais utilidade, de fato como uma solução administrativa.

O aumento da eficiência administrativa, a agilização do trâmite dos processos, com o controle prévio, parecem-me, também, que devam ser mencionadas. E, finalmente antes de passar a palavra ao Dr. Darwin, eu gostaria de fazer uma referência ao tema da defesa do consumidor. Em geral, uma das críticas que se tem formulado, é a de que deveriam ser assuntos tratados separadamente, e eu tenho dois argumentos, que entendo que deveriam ser considerados em relação a isso. O primeiro deles é no sentido de dizer o seguinte: há uma decisão política do Presidente da República com relação a isso e não nos coube uma discussão maior, mas, pura e simplesmente, implementar; mas eu acho que o Presidente não está só nisso, a **Federal Trade Commission** trata dos dois assuntos, **Office of Fair Trading** trata dos dois assuntos, a autoridade da competência canadense trata dos dois assuntos, na Austrália se trata dos dois assuntos e eu poderia relacionar uma série infundá vel de países que tratam do tema. A própria teoria econômica avalia a concorrência, a partir do bem estar do consumidor, de modo que alguém poderia dizer, com absoluta tranquilidade, que o consumidor é o destinatário final da análise da concorrência, ainda que seja ele considerado, enquanto um ente plural, à coletividade ou, enquanto um ente individual, não mais à coletividade, mas à relação de consumo. Haveria problema, me parece, naquelas situações de exclusividade, onde, evidentemente, a racionalidade econômica prevalece sobre o direito do consumidor considerado topicamente

e a curto prazo; mas isso foi distinguido na agência. Os fluxos decisórios são absolutamente separados, o tribunal de concorrência não trata dessa questão e a área do consumidor foi concebida no sentido de que toda resolução final do conflito seja feita pelo Judiciário, de modo que eu não vejo problema em relação a isso; eu vejo a jurisprudência da **Federal Trade Commission** de 99 e que a esmagadora maioria dela refere-se a questões do consumidor.

Bom, eu estou colocando isso para dizer exatamente que não é nenhuma jabuticaba e que não é nenhuma aberração, ao contrário, me parece algo bastante plausível e algo que deva ser considerado. Claro, parece-me importante, acho que essa ponderação tem sido feita com insistência dentro do Grupo: que o tratamento sej a separado de uma coisa e de outra, porque as óticas, evidentemente, são diversas ainda que o beneficiário final seja o mesmo, o que impediria falar num divórcio, mas tão somente numa separação momentânea. E, com relação à defesa do consumidor eu falaria sobre dois aspectos: está se criando o inquérito civil e está se criando a ação civil pública, para que a diretoria da agência, responsável pela questão do consumidor, possa ter melhores instrumentos de investigação naqueles casos onde ela possa exercer a sua **prosecutorial discretion**, onde ela possa escolher efetivamente quais são os casos de repercussão nacional que devem ser tratados pela agência, como, por exemplo, o **recall** da GM, como o **recall** da FIAT, que devem ter um tratamento nacional dado o seu impacto em todo o País; ação civil pública é um mecanismo importante, depois do inquérito, para que se possa ressarcir à coletividade. Muito obrigado, e eu passo a palavra ao Dr. Darwin.

Dr. Ubiratan Mattos:

Dr. Darwin, para a Secretaria remanesceram cinco minutos.

Dr. Darwin Corrêa:

Eu queria compartilhar com vocês algumas preocupações e uma reflexão sobre a questão do mandato da diretoria ser coincidente com o mandato do presidente da república.

Há uma corrente que se forma entre professores de Direito Constitucional e de Direito Administrativo que entende que mandato de qualquer membro do Poder Executivo que vá além do mandato do presidente da república, democraticamente eleito, viola o princípio republicano do artigo 10 da Constituição: o povo tem o direito de eleger o seu presidente, e o seu presidente eleito tem o direito de compor o Poder Executivo do jeito que ele achar melhor, para cumprir o programa de governo que ele prometeu e pelo qual ele foi eleito. Portanto, eu suspeito que com a nova presidência que virá, talvez essas questões surjam e venham a ser até discutidas no Poder Judiciário, porque quem formula uma política pública é o governo, é o

presidente da república. É claro que o mandato é muito importante para garantir a isenção da atuação da diretoria e resguardar o próprio presidente da república de eventuais pressões; agora, dizer que a vinculação ao mandato do presidente contamina a qualidade da atuação da diretoria, realmente, é uma ilusão tecnocrática, porque eu gostaria de saber se alguém nesta sala acredita que é possível gerir uma agência ou qualquer órgão público neste país sem o apoio, no caso o Poder do Executivo Federal, do presidente da república. Recordem o episódio da Venezuela, em que o presidente da autoridade da concorrência renunciou ao seu mandato porque não se sentia confortável em estar sob a presidência de um determinado presidente da república, vez que sua atuação antitruste era incompatível com todo o programa de governo daquele presidente. Portanto, é uma bobagem criticar a vinculação dos mandatos, ainda mais levando em conta a questão do princípio republicano.

Com relação à separação das funções de acusação e julgamento, cabe dizer que foi uma opção clara do grupo que o Tribunal da Concorrência não fosse o Tribunal do Santo Ofício, capaz de selecionar, acusar, instruir e julgar DS casos. O modelo do Tribunal do Santo Ofício (que alguns defendem para o CADE) nos parece superado e isso foi o que o grupo procurou refletir no trabalho. E, finalmente, os 150 milhões que constam do projeto como critério de notificação obrigatória de atos de concentração não foram "chutados", na verdade, nós aproveitamos um trabalho da CVM, do qual eu pude participar enquanto estava lá em exercício na procuradoria, no qual a FIPECAF, com a CVM e várias instituições de mercado, fizeram estudo do faturamento das empresas nacionais, tanto de capital fechado quanto aberto, para delimitar o que seria uma Sociedade de Grande Porte representativa no país e que, a partir de alteração legal, deveria ser obrigada a publicar demonstrações contábeis nos termos da Lei das S/A. Esse projeto inclusive foi enviado recentemente pelo presidente ao Congresso. No estudo foi feito um grande levantamento a partir de vários critérios, para estabelecer um valor pelo qual seria consistente exigir que mesmo sociedades limitadas, por exemplo, publicassem balanços contábeis para que aquela sociedade na qual elas estão inseri das e auferindo lucros, ou seja, como forma de prestação de contas de suas atividades (tema que não caberia aqui aprofundar). Então, era isso que eu queria falar nesta oportunidade, obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos:

Muito obrigado ao Dr. Darwin. E, passamos a palavra ao Dr. João Grandino Rodas, presidente do CADE.

Dr. João Grandino Rodas:

Eu saudaria ao Dr. Ubiratan Mattos e na pessoa dele à todos os

componentes da mesa, é uma satisfação muito grande estar aqui pois vejo tanto à mesa como a frente dela na platéia, pessoas que já estiveram à mesa nesses dias anteriores e pessoas que me são queridas, alguns de tantas décadas que é melhor não falar. E, portanto é interessante ver não só os antigos como os novos, todos de certa maneira preocupados com esse magno problema que é o da concorrência e certamente cá não estariam neste fim de tarde de sábado se não fosse um real interesse. Portanto, é um prazer redobrado poder conversar com todos.

Eu gostaria nesta pequena colocação que faria, que embora todos especialistas que aqui estamos, que nós não deixássemos de lembrar o pano de fundo, a legislação brasileira a antiga e atual sobre a concorrência, justamente porque ela nos explica muito daquilo que é hoje e do que será no futuro. Como uma pessoa que gosta de estudar, não diria estudioso porque isso pode parecer pretensioso, o fato é que realmente é importante que não se vejam as coisas desvinculadas, e para tudo existe uma explicação e então é importante que se veja isso. Mas, antes que começássemos essa colocação eu gostaria de dizer que falo absolutamente em meu nome pessoal, não como presidente do CADE e atrás de uma colocação que foi feita na própria consulta pública, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eu serei agora um dentre aqueles todos que desejariam isso, e relembrando ao ouvir sobre o tribunal do Santo Ofício, eu me lembrei que naquela época a música religiosa quase que por excelência e a única era o canto chão gregoriano, que é assim muito monótono monocórdio, o monótono se nós formos olhar a própria etimologia da palavra: é o mesmo tom! Daí que tem hoje falar: isso é monótono, desagradável; pegou aquela colocação de desagradável. Então, para evitar essa monotonia e nós sabemos que a música é feita de não tons iguais, não de monótons mas de tons divergentes, então nós poderíamos considerar que uma verificação do projeto sobre esse prisma talvez possa não ser monótono e portanto fugindo ao canto chão. E, assim eu gostaria de dizer obviamente que nós antes de chegarmos a esse anteprojeto, nós não poderíamos deixar de lembrar aqueles momentos magnos em que décadas depois da Constituição de 45, só em 62 se define a infração como abuso do poder econômico e se cria um órgão, que foi o CADE, que não teve grande influência no dia-a-dia justamente porque estávamos num período de altíssima inflação, e que no momento em 90/91, no governo Collor, quando ele começa a abertura econômica e todos podem negar uma série de virtudes a esse presidente, menos o de ser uma pessoa atilada, obviamente ele imaginou que as questões de concorrência em mercado fechado elas não existem; e a partir daí através de uma medida provisória e posteriormente da lei 8158, se cria justamente junto ao Executivo, a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico, secretaria essa que pelo artigo 14 dessa lei teria o poder de dar suporte pessoal e administrativo ao CADE, que não foi extinto. Então, nós

ficamos com dois regimes. Aí é que começa o regime atual que todos nós concordamos que não seja um regime para ficar, um regime como alguns disseram, nem todos gostam mas já se disse, de vários guichês e se não quisermos guichês, o fato é que nós temos órgãos separados que causam uma série de problemas. Portanto, a partir desse momento quando foi em 94, a lei atual ela dá um fôlego àquilo que era o CADE que deveria esperar o suporte pessoal e administrativo de uma secretaria absolutamente jungida ao Poder Executivo, e a partir daí nós estamos nessa situação até que em 11 de agosto de 2000, nós tivemos duas coisas: a criação do grupo de trabalho interministerial e já talvez com uma Estrela de Belém anunciando, nós tivemos a medida provisória da leniência. Medida essa, não vou entrar no detalhe, mas que todos nós sabemos não me surpreende hoje verificar o tom e a filiação de pai, mãe e avós e toda a ancestralidade do atual projeto vinculado absolutamente ao (Comoló?). Não me surpreende justamente porque, nada mais (Comoló?) do que a delação premiada que foi instituída e que não sou contrário incitadamente a isso, de maneira nenhuma. Muitos dizem, especialistas que não eu, que é o único meio de se debelar cartéis, pode ser que seja! agora, o fato e eu só gostaria de mostrar, se cria o grupo e ao mesmo tempo talvez isso vem junto não se deixou para o grupo decidir, mas já com força de lei foi instituído mesmo que com alguns pés faltantes, uma vez que esse instituto não é completo e isso todos concordam que sem o aspecto penal resolvido, aspecto penal esse que não pode ser resolvido por medida provisória.

Mas, cria-se o grupo do qual participei quase até o final, e pude testemunhar a boa vontade extrema de todos aqueles que estiveram fazendo parte deste grupo, mas nós estamos aqui justamente colocando questões e não desejando fazer colocações que não sejam reais, e portanto não concordei com uma série de colocações e vou fazer aqui e dizer o porque, principalmente no que tange o aspecto do tribunal. Portanto, vamos começar pelo positivo e eu diria: é claro que nós precisamos mudar a situação, é claro que nós precisamos evoluir, juntar esses órgãos. Houve um mandato da agência e tudo isso é verdade no sentido que já veio o mandato que se juntasse consumidor e concorrência, o que justamente fará com que o diretor geral necessite de uma série de checks and balances como foi colocado, principalmente porque ele terá assim uma miríade de assuntos a tratar de dois dos mais importantes aspectos da economia e, portanto não se pode imaginar que ele possa além de tudo isso, também descer pessoalmente e não pura e simplesmente cancelar aquilo que terceiros o fizeram sem uma decisão crítica, por isso é que acho eu, se é para existir o tribunal deve existir um tribunal, mas com moldes a serem aperfeiçoados e eu acho que é justamente para isso que se colocou em consulta pública, porque senão não se teria feito como não se colocou em consulta pública o acordo de leniência. Mas, em primeiro lugar eu considero como positivo no projeto, justamente a junção dos órgãos no sentido de que

todos trabalharão coordenadamente, e essa palavra não foi escolhida por acaso, coordenadamente. E, em segundo lugar que a problemática prévia dos atos de concentração, eu não vou entrar em detalhes, acho que isso é um avanço, nem todos pensam assim mas eu acho que um grande maioria concordaria que é muito desfazer aquilo que já se iniciou e, portanto muitas vezes leva a um fato que nós sabemos do direito, muitas vezes até um fundamento de alguma coisa, um fé a cumprir, o fato consumado como aquele que embora não agradável ele já teve os seus efeitos, de tal forma institucionalizados que não há mais como voltar. Portanto, eu acho que é extremamente importante isso.

Eu me restringiria nessa colocação, e como os meus colegas anteriormente já foram e já explicaram sobre o anteprojeto, isso me facilita para que eu possa entrar em detalhes sobre aspectos do tribunal, e depois dizer duas pequenas palavras sobre outra questão, para que não digam meus colegas todos e tanto da mesa quanto da platéia, que eu só falei sobre o tribunal.

Na realidade, a problema da advocatória. É claro que a gente sabe que é aceitável que nem todos os atos de concentração sejam apreciados pelo tribunal, pelo conselho ou o que quer seja; isso é possível, principalmente face a estatística que já foi colocada aqui de todos por nós conhecida. Entretanto, o que é importante é que a advocatória seja uma advocatória real, não uma advocatória absoluta que seja algo que fique como uma espada sobre a cabeça do diretor geral por meses, não! Que tenha regras relativamente estritas mas não tão estritas a ponto de tomá-la absolutamente teórica. Nós verificando o anteprojeto, nós verificamos que existe com referência a advocatória duas colocações; a advocatória quando o diretor geral pura e simples aceita de imediato um ato de concentração e não opõem e nem faz nenhuma instrução a mais. É aquilo que alguns gostam chamar como, aquilo é um não, nada existencial; ele deixou, ele viu: A e B vão se juntar, tudo bem! Então, nesses casos notem, o artigo 54 parágrafo 14 do projeto da lei 8884: fica na dependência de que o ouvidor leve a questão ao tribunal. Portanto, os conselheiros não podem levar ao tribunal, só o ouvidor que é uma pessoa; agora mesmo que o ouvidor o faço o requerimento precisa ser aprovado por decisão unânime dos conselheiros do tribunal. Se nós somarmos a isso que existe o prazo de cinco dias, a contar da publicação da decisão do diretor geral, nós verificamos que realmente essa advocatória é praticamente impossível. Agora, principalmente se nós levarmos em conta que não existe no projeto nada semelhante com referência ao tribunal ao artigo 23, inciso 1º, que dá ao ouvidor, aspas: acesso a todos os assuntos da agência. Então, o ouvidor para que ele possa nesse momento levar ao tribunal, ele tem acesso aos assuntos da agência. Não existe nenhuma não estou dizendo que não será dadom não existe legalmente essa atribuição legal, portanto aqueles cinco dias

corridos podem passar. Não sou contra prazos curtos, acho que a celeridade é algo, o tempo econômico como os economistas gostam de dizer, é algo extremamente importante mas que não deve nunca se aliar da segurança jurídica. Mas, e a outra advocatória, se antes da decisão autorizatória do ato de concentração, o diretor geral tiver requerido informações adicionais aí sim qualquer conselheiro poderá propor um exame do tribunal; requerimento esse que só pode ser aprovado pelo voto favorável de cinco dos sete membros independente de cuórum. Então, notem portanto não sou contra absolutamente, a agência eu acho que é algo positivo, que se tenha um tribunal que não examine 100% dos atos, também é positivo, mas que se essa advocatória seja aperfeiçoada, é meramente essa colocação. No sentido de deixar prazos curtos, mas não impossibilitantes nos outros aspectos, como por exemplo decisão unânime se um ouvidor fizer. Eu já ouvi no passado, por exemplo: não, mas não há o que julgar, porque isso não se viu o problema. Realmente, o não ver problema ou o nada, nós sabemos que para mantermos o ambiente religioso do sábado a tarde eu diria, logo no início da Bíblia se diz que do nada, Deus criou o mundo! Portanto, todas as coisas foram criadas do nada. É muito importante se ter o poder de dizer: isso é um nada! Portanto, eu acho que pode ser que nunca vá se fazer ou raríssimamente se fazer uso dessa advocatória, mas precisa existir uma possibilidade mínima de ela se perfazer, e obviamente precisaria justamente essa colocação de dar também ao tribunal poder de conhecer os atos que não pelo Diário Oficial, com três linhas.

Sugestão feita absolutamente a título pessoal, que a advocatória por parte do tribunal seja sempre possível tanto nos casos em que o diretor geral aprove liminarmente ato de concentração, como nos casos em que houver dilação instrutória, que a provocação possa ser feita por qualquer conselheiro e a aprovação por maioria simples, nunca unanimidade. Portanto, é importante lembrar e ultimamente os julgamentos do CADE vem mostrando isso, o quantas vezes eu acho que deve ter passado nesses últimos dois meses, deve ter passado de uma dezena, senão mais de votos de desempate meus. Vejam portanto, que isso significa que nunca se teria unanimidade para nada.

Em segundo lugar, para aperfeiçoar o tribunal e obviamente esse é o objeto da colocação, seria a possibilidade de o tribunal participar na execução daquilo que ele julgou. Se nós olharmos, e aí é importante irmos aos artigos porque eles não mentem; dentre as competências do tribunal que vem elencadas no artigo 8º do anteprojeto que cria a agência porque nós temos três projetos, não há referência à supervisão do tribunal de suas próprias decisões. Em nenhum momento se diz que o tribunal supervisionará as suas próprias decisões. No inciso 14 desse artigo, aspas: determina ao diretor geral a adoção de providência administrativa e judiciais para o cumprimento de suas decisões, que é genérica, é o de mais de perto que teria na questão da

supervisão, mas face a natureza dessas decisões que envolve direito econômico em que os conceitos fluídos muitas vezes devem ser interpretados por aquele que está colocando em prática, não é lógico que o diretor geral que teve uma decisão sua avocada, seja o soberano na interpretação do cumprimento de uma decisão. Então, a praxe indica que o próprio tribunal mesmo que de natureza administrativa deva ter uma postura, um sei para fazer cumprir as suas decisões.

Então, notem portanto que aí é que eu considero que se nós deixarmos o suplante projeto como eles estão, essa conjunção de coisas transformam o tribunal em uma natureza jurídica quase consultiva. Notem agora, para verificar isso exatamente nos termos que está colocado no anteprojeto. O anteprojeto que cria a agência entretanto possui dispositivos que são um tanto contraditórios; ele dá ao diretor geral o poder de cumprir as decisões do tribunal. Se olhassem artigo 10º inciso 4º, fala assim: dentre as decisões de competência do diretor geral, diz aspas: cumprir e fazer cumprir suas decisões, as da diretoria colegiada e as do tribunal da concorrência. Então, aí é que eu disse há pouco e tudo isso é passível de correção, é óbvio se não estaríamos aqui, tudp isso demonstra que na realidade o diretor geral é que tem o poder através de órgãos que ele possa delegar, mas é ele que tem, fazer cumprir a decisão de concorrência. Entretanto, talvez se tenha esquecido na revisão do anteprojeto, antes de colocá-lo em consulta pública, e acabou se nós olharmos no artigo 16 inciso 5º, onde são as competências do presidente do tribunal da concorrência, em que se diz assim, aspas: cumprir e fazer cumprir as decisões do plenário. Então, é claro que aí nós temos uma junção. Houve uma retirada, se nós compararmos o CADE com o atual Conselho, retiraram a possibilidade de o próprio tribunal cumprir e colocaram para o diretor geral: houve um esquecimento, espero que talvez não tenha sido esquecimento e deixaram a competência do presidente do tribunal de concorrência, cumprir e fazer cumprir" decisões do plenário que em é última análise são as decisões do tribunal. Mas, se nós examinarmos os _____ para sermos assim um tanto finos neste sábado, os trabalhos preparatórios do anteprojeto, nós vamos ver que não o que se quis na realidade, a meis do projeto é justamente que quem cumpre e faça cumprir seja o tribunal de concorrência. Qual a sugestão pessoal: incluir nas competências do tribunal, de cumprir e fazer cumprir as suas próprias decisões; porque se isso não acontecer, realmente será um tanto farisaico manter na agência um órgão com o nome pomposo de tribunal, se na realidade ele pura e simplesmente quando conseguir avocar ou quando receber um pedido do presidente, que também é possível, nós estamos falando só em advocatória; ele poderá pura e simplesmente escrever e mandar e o outro é que vai cumprir praticamente ad libito.

O terceiro aspecto, foi dito autonomia financeira do tribunal. Esse é um problema que não é muito simples de resolver no âmbito de deixar um tribunal dentro de uma agência como foi o mandato recebido. Vocês entendam de maneira, eu estou fazendo contraponto polifônico não nonocórdio, mas isso não significa que eu não compreenda absolutamente as imitações entre outras, a limitação é essa; que nós não podemos fazer uma utarquia dentro de uma autarquia. Nós sabemos que não existe agência no ireito brasileiro, agência no direito administrativo; nada mais é do que uma utarquia especial e portanto, na realidade fica difícil nós deixarmos um tribunal com uma independência desejável dentro de um outro órgão, mas inda assim acho que há a possibilidade de se melhorar e a colocação seria, erificar salvaguardas, porque como já disse algumas vezes, o maior controle ue se possa fazer de alguém e de alguma coisa, é o controle pelo corte do suprimento monetário ou o controle del boucilho, como chamam os espanhóis. Então, isso é ume problema porque justamente houve uma tentativa de se fazer, o mais que se chegou foi a formulação que aí se encontra, mas ainda assim creio que para a segurança jurídica não seria o lais aceitável.

E, finalmente eu colocaria alguns artigos porque eu obtive o privilégio, já que meus colegas anteriormente colocaram as generalidades eu posso ir aos artigos, senão não poderia, porque não seria 'possível. Nós notamos alguns artigos, por exemplo o artigo 10º inciso 10º em que fala assim, são as competências do diretor geral que se desenrolam por várias e várias linhas, diz assim: celebrar nas condições que estabelecer compromisso de cessação de prática submetendo ao tribunal da concorrência e fiscalizar o seu cumprimento. Submetendo para quê? Não diz! No inciso 12: celebrar nas condições que estabelecer acordo relativo a controle de concentração de empresa, submetendo ao tribunal da concorrência e fiscalização, eles (...) que fala sobre acordo de leniência, fala: celebrar nas condições que estabelecer o acordo de leniência, idem inciso 3; não fala: submetendo ao tribunal.

Já disse e entendendo perfeitamente, não é possível a autoridade administrativa ou o diretor da agência, fazer uma leniência mesmo que a lei venha aprovar com todas as possibilidades e depois deixá-la suspensa para que terceiro possa desfazê-la, porque senão ninguém vai lá contar o que viu ou o que deixou de ver com medo que depois o tribunal possa _____. Entendo esse aspecto, mas o fato de entender não significa que eu possa aceitar de certa forma o artigo 35-B, parágrafo 2, parágrafo 4º da lei 8884, tudo em tomo falando do projeto, diz assim: celebração de acordo de leniência não se sujeita a aprovação do tribunal de concorrência. Então, tudo bem! Por isso que lá em cima não foi o submetendo, mas embaixo diz assim, o inciso 1º

desse mesmo artigo fala: determina que o tribunal decreta a extinção da ação punitiva da administração pública. Então, notem que o que significa isso, pelo menos na minha interpretação gostaria de estar errado, é uma função de decorrência obrigatória com características meramente homologatórias, quer dizer na realidade ele fala assim: declaro que a ação punitiva foi extinta. Então, notem portanto que se ainda olharmos por derradeiro um artigo que é o 41, sugerido para a lei 8884 que diz o seguinte, aspas: das decisões da agência não caberá recurso qualquer no âmbito do Poder Executivo. Então, aí eu considero justamente a problemática seguinte, daí a importância desse diretor geral da agência. O diretor da agência abarcando o que não contexto, concorrência de um lado e consumidor do outro; sendo a mais alta...pelo próprio artigo, embora não seja uma agência pelo menos no que tange a concorrência regulatória, não é. Esse artigo, talvez tenha vindo de agências regulatórias em que ele teria uma explicação do que se entenderia mais facilmente, então portanto notem a importância da problemática do tribunal. Quer dizer, não é necessário, termino, que seguindo a tradição brasileira se tenha ou se precise ter por razão constitucional um tribunal de concorrência. É possível no âmbito administrativo meramente uma decisão seguida de um apelo hierárquico e pode ser ao Ministro. Se for desejável que se tenha esse tribunal de concorrência, embora o que se note basicamente é que olhando o anteprojeto, que de certa forma vem, existe a impressão nítida do desejo de passar a limpo ou não usaria...ou melhor de passar uma borracha e de se estabelecer no lugar daquilo um modelo de (Comoló?), isso é possível. Se há uma colocação que eu faria por terminar, é a justamente a de que nós deveríamos de certa forma sopesar na balança o direito comparado, mas utilizarmos aquilo que do Direito brasileiro passado escoimado dos defeitos que tenha, mas me parece justamente lendo depois e a posteriori esse projeto, que é uma página virada. Portanto, para encerrar somente uma questão não de tribunal para não dizer que fui corporativo, mesmo porque houve uma sugestão minha no seio do grupo enquanto participei do mesmo, que os mandatos tanto do presidente quanto dos conselheiros do CADE fossem extintos na lei, justamente para evitar essa idéia de que estamos defendendo a continuidade de um emprego. Mas, na realidade acho, ouvi já a colocação que foi feita pelo Dr. Paulo Corrêa, mas a questão do relacionamento dessa agência de consumidor e de concorrência, deverá ter regras básicas, eu não digo detalhadas mas básicas, sobre o relacionamento. Achem, qualquer um de nós que estamos aqui, que até hoje não se resolveu esse, não diria contencioso mas essa colocação entre o CADE e o Banco Central na problemática das instituições financeiras, claro que todos nós desejamos, mas existe a questão da responsabilidade administrativa de que não se pode abrir mão e nós estamos estudando juntos há tempos, foi mantida e revigorado o grupo e por falta de lei clara; nós temos duas leis, uma que diz A e outra que diz B e

realmente fica difícil, os argumentos são tão poderosos ou tão fracos de ambos os lados, então é importante que se coloque mormente se nós tivermos consumidor.

Verificaram todos nós aqueles anúncios sobre o consumidor de eletricidade, na televisão, dizendo: quem protege você consumidor de eletricidade é, a Aneel! Será que foi por acaso? Muito obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos:

Muito obrigado ao Dr. João Grandino, e para terminar essa rodada eu vou passar a palavra ao Dr. João Bosco Leopoldino e nós vamos fazer depois um coffee break muito rápido, para esquentar os motores e voltar para o debate. Dr. João Bosco.

Dr. João Bosco Leopoldino:

Senhor presidente, Dr. Ubiratan Mattos, na sua pessoa eu agradeço a diretoria do IBRAC pelo convite que me foi feito para estar aqui, para expor sim o meu ponto de vista pessoal, mas posso lhe afiançar que esse meu ponto de vista reflete o de muitas pessoas que ou com as quais eu tenho a felicidade de pensar igual.

Eu, até quero discordar inicialmente do meu presidente e dizer a ele que canto gregoriano não é canto monótono, e se vossa excelência quiser, já podemos programar a primeira aula de canto gregoriano para terça-feira a tarde, depois do plenário e eu começarei a lhe dar as instruções e a ensiná-l o a cantar o canto gregoriano e lhe garanto que muito afinadinho. Mas, ressal vada essa discordância no mais concordo inteiramente com as posições já assumidas, e por isso que muitos dos pontos colocados pelo presidente João Grandino, eu falaria sobre eles mas como ele já falou, não é necessário que o conselheiro embora senior, se pronuncie sobre o problema novamente. Mas, eu começaria dizendo que em 1870, o Papa Pio IX, proclamou o dogma da infalibilidade pontifícia, no qual se assentou toda uma tradição de mais de 100 anos. Espanta-me que, agora no ano 2000 nós tenhamos proclamada a infalibilidade papa-presidencial, ou seja, eu não posso aceitar definitivamente que aquilo que o presidente mandou fazer seja feito, embora irracional.

Vejam bem, e porque que eu digo isso; o Dr. Paulo Corrêa me perguntou agora mesmo o que quê eu julgava desta agência, e eu lhe disse: Paulo, com toda a franqueza, está saindo um monstro. Porque de um lado o consumidor não quer essa agência, não quer participar, Brasilcom, Idec, Procons e eu estou com o documento do Idec que foi apresentado na Ordem dos Advogados Federais em Brasília, quarta-feira e do outro lado então, o órgão já nasce sem um braço e sem uma perna e do outro lado uma perna e

um braço ficam felizmente, embora estropiados com fraturas múltiplas. Mas, por que? Na verdade, e não fui eu, eu posso me valer de afirmações que me foram feitas por pessoas que dominam muito bem a matéria e que ao ler a lei deduziram inteiramente o organograma e somente me perguntaram: espantame que o tribunal da concorrência esteja dentro de uma estrutura e subordinado a uma estrutura técnica. Eu também me espanto quanto a isso.

Ora, realizamos um evento em Minas Gerais promovido pela Universidade Federal de Minas Gerais, pela Faculdade de Direito, com a adesão da Faculdade de Direito Milton Campos, a professora Sandra está aqui e com a adesão também da Faculdade de Direito Nilton de Paiva e tivemos oportunidade de convidar vários palestrantes que aqui hoje se encontram presentes, e a unanimidade é uma unanimidade de crítica. A minha colocação, assim um pouco chocante de início é somente para despertar porque depois de uma feijoada, se a gente pelo menos não diz alguma coisa meio espantosa, não consegue acordar.

Ora, vejam bem, eu discuto o fato de o presidente da república ter mandado alguma coisa e nós termos que cumprir. Se eu, como servidor público entendo que o presidente está errado, por um dever de lealdade eu sou obrigado a dizer a ele: presidente, fizemos, tentamos o melhor possível, quando submetemos a consulta pública há muitas opiniões divergentes presidente. Então, será prudente prosseguir? Esse é o dever de lealdade funcional. Ora, nós poderíamos ainda abordar a questão sob um outro aspecto, eu acho que a tradição é a semente do futuro, não se arrasa impunemente uma tradição, não se destróem 40 anos de experiência para partir do pressuposto de que estava tudo errado, até porque esse raciocínio do que estava tudo errado parte de um erro de raciocínio lógico elementar. O raciocínio lógico é o seguinte: a mudança tem que ser feita. Este projeto é de mudança, logo este projeto tem que ser aprovado. O erro lógico está justamente na não identidade do termo médio na premissa maior e na premissa menor, lógico a conclusão é estropiada porque nós não podemos identificar mudança com esta mudança, porque há muitas mudanças possíveis.

Ora, eu já mencionei outro dia lá no Ministério da Justiça em que um Seminário também sobre concorrência, eu perguntei ao juiz federal que estava presente, ao Dr. Eric Frederico Granstup e ao procurador da república que também estava presente, só que quem respondeu foi o juiz federal; eu fiz a ele uma proposta que eu até poderia repetir sobre outros termos, a Dr.a Cirlene Noronha agora, eu diria assim: Dr.a Cirlene, em vez de dizer ESSO do Brasil, vamos trocar e colocar Ubatuba do Brasil. A proposta que eu fiz ao Dr. Eric Granstup e ele não aceitou, eu imaginei que ele fosse o presidente da Coca-Cola e disse, e até a coincidência muito interessante hoje, eu disse a ele: Dr. Eric, em vez de dizer Coca-Cola, vamos batizar de jabuticaba, é tão

saborosa ou então manga. Não seria a mesma coisa? ora, senhores o que quê eu quis dizer com isso; tradição é semente do futuro e marca é algo que também não se destrói, não se muda impunemente. Nós não podemos sobre o pressuposto de que tem que mudar, mudar de qualquer jeito.

Eu não quero repetir todas as considerações que o presidente João Grandino acabou de fazer aqui agora, porque seria repetitivo como outras também que ouvimos nas palestras anteriores, o Dr. Gesner manifestou, o Dr. Pedro Dutra, o Franceschini. Vejam bem, eu endosso essas posições, que tem que mudar a lei, tem! Isso ninguém discute! O que eu pergunto é se para mudar a lei nós precisamos de destruir tudo o que foi feito, essa é a minha pergunta; até em termos de economia de que eu não entendo nada, eu me pergunto: não seria mais econômico implementar o que já vem sendo feito há 40 anos, do que destruir, colocar tudo no chão e começar de novo e aí eu me pergunto: e daqui há seis anos, se não der certo, fazemos de novo! E, eu colocaria um exemplo, já que trata de Comoló, eu quero dar o exemplo dos Estados Unidos, não é nosso; quando a lei Shermann foi aprovada em 1890, houve uma grita geral, por que, o sistema anterior das decisões sobre concorrência, nas decisões de Comoló eram da regra da razão e o Shermann Act trouxe dentro dele o bojo de uma decisão de uma regra per se. Na propaganda eleitoral do presidente Theodore Roosevelt em 1908, um dos lemas da campanha dele foi, a da abolição da lei Shermann, foi contrária a essa perspectiva e eu me pergunto, o Direito Norte-americano seguiu isso? Não, ele implementou, ele construiu e quando nós pegamos as decisões da Suprema Corte Norte-americana e vamos nos pautando, nós vamos trilhando sucessividades de per se e regra da razão; nós encontramos decisões maravilhosas. Aliás, me vali de duas delas agora em recente decisão do CADE, uma da _____ e do _____ Vacum, duas decisões que tem alguma coisa de próximo sobre certos aspectos.

Ora, nós precisamos de aprender o direito comparado sim, mas não para copiar. A nossa estrutura jurídica tem uma tradição que me diz que a agência não cola, que é conselho, que são órgãos que nós herdamos da tradição portuguesa, da tradição francesa. Se houvesse uma razão sólida para mudar eu até estaria de acordo, mas eu não vejo a razão para mudar o nome, para mudar a marca. Mas, vejam por outros aspectos que me parecem sumamente importante; Dr. João Grandino apontou tópicos e eu quero dizer pura e simplesmente o seguinte; a figura do diretor geral é uma figura ditatorial dentro desse processo, está tudo na mão dele. O mandado coincidente com o presidente da república não é uma fantasia não; é lógico que o presidente pode nomear, mas se, se quer dar independência ao órgão, os tribunais não mudam o presidente quando o presidente da república muda. Ah! mas o CADE ... então, para que quê chama de tribunal? É uma fantasia!

E, pior chama o CADE de tribunal, mas diz que ele tem independência técnica; independência técnica tem o chefe de oficina mecânica. Quando eu sou o proprietário da empresa, sou proprietário da empresa e eu digo: conserta o carro! E ele me diz: bom, ele que sabe consertar, eu não sei! Isso é independência técnica! Agora, dizer que um tribunal tem independência técnica, um assessor tem independência técnica; se eu contrato para trabalhar para mim uma pessoa que conheça de informática, eu não conheço. Eu não posso dizer para ele: faça isso, isso e aquilo; ele sabe! Eu digo para ele: olha, eu quero isso no final, agora você se vire. A independência técnica é dele, e se eu vou interferir ele me diz: espera lá, você quer que eu faça ou você quer fazer?! Eu não tenho competência técnica. Então, dizer que é tribunal dizendo que ele tem independência técnica, e nesse ponto aqui eu posso dizer que colaborei na mens legislatoris, por que, numa das reuniões de que participei estava escrito diferente, estava escrito: o tribunal da concorrência, órgão autônomo, independente com função judicante. Então, eu disse: bom, então os senhores tem escolher, se ele é órgão, ele não é nem autônomo, nem independente e nem função judicante e se ele é autônomo, independente e função judicante ele não é órgão! Então, mudaram para pior; o conserto ficou triste realmente; porque eu não vejo razão para dizer que é um tribunal...

Estou refletindo, repetindo aqui as palavras do professor Werther Faria, na OAB na quarta-feira, quando ele até se emocionou para dizer: isso aqui é um assinte, dizer que é tribunal e dizer que tem só tem independência técnica, não é tribunal. Por outro lado, dizer que o tribunal tem independência financeira, nenhuma! Olhem o artigo 8º inciso 17, ele somente faz uma proposta orçamentária e manda para o diretor da agência, e mais; o diretor da agência tem o poder de nomear todos os funcionários, inclusive de cargo de comissão. Se ele quiser, se eu fosse conselheiro dentro desse tribunal e ele quisesse me boicotar era muito simples, ele tirava o meu assessor, porque ele que nomeia tudo, ele tirava o meu assessor e a minha secretária, e são os dois únicos que eu tenho hoje. Trabalhe, faça a sua independência técnica!

Vejam, eu fico realmente muito preocupado, mas eu quero ainda tocar num ponto rapidamente; ouvidor, na verdade essa figura do ouvidor é um retomo a era colonial, porque na verdade esse ouvidor nada mais é do que bisbilhoteiro, ele não tem função nenhuma dentro da agência. Mas, os senhores vão encontrar uma distinção que foi copiada da legislação mexicana e eu tenho a legislação mexicana aqui; quando se fala de infração absoluta e relativa; o Gesner falou outro dia em Belo Horizonte, que do ponto de vista econômico isso não tem função nenhuma, do ponto de vista jurídico a Neide, também contestou e eu digo que do ponto de vista lógico, do ponto de vista lógico isso é uma manifestação total de desconhecimento, por que, infração é comportamento; comportamento nunca é absoluto. Eu não posso dizer que um

comportamento... Os critérios para analisar um comportamento do ponto de vista lógico poderão ser absolutos ou relativos, isso é outro problema, mas dizer que infração absoluta e infração relativa e mais, o projeto cai numa contradição porque depois de dizer que a infração é relativa e absoluta e eu estou terminando senhor presidente, mas essa aqui eu não posso deixar passar, porque no parágrafo 5º do artigo 21 fala do seguinte: classificando como infração relativa, o quê, obter ou influenciar no caso de associações ou entidades de classe a adoção de conduta comercial uniforme ou consertada em concorrentes. Ora, isso é cartel claro, é tabela! E, está aqui entre as relativas.

Então, o próprio projeto não sabe qual é a distinção entre primeiro, infração absoluta e relativa; primeiro que não existe e depois vejam os senhores, somente para concluir, quando se fala em direito comparado, a gente não pode pegar a lei do outro país e copiar, eu preciso saber como é que ela é aplicada; eu preciso ter a jurisprudência daquele país para não acontecer como já aconteceu neste mundo; Xian Kay Xeq, na China Nacionalista chamou um professor de bordeau, de bordéus Jean Scarrat e pediu a ele: professor, eu queria que o senhor elaborasse para a China Nacionalista um código civil no modelo do código de Napoleão. O professor francês disse: mas excelência, como é *que* eu posso elaborar um código em pleno século XX, no modelo do código de Napoleão e para a China, que não tem nada a ver com a França; o senhor não vai conseguir aplicar esta lei. O Xian Kay Xeq perguntou para ele: quem disse .para o senhor que eu quero aplicar? Muito obrigado pela atenção.

Dr. Ubiratan Mattos:

Muito obrigado ao Dr. João Bosco. Nós vamos fazer um brevíssimo intervalo de 10 minutos. (intervalo).

Por favor, queiram tomar acento. Estamos reiniciando o debate, e eu tenho aqui uma intimação do nosso secretário executivo, para que as senhoras e os senhores não esqueçam de devolver os aparelhos, esses fones de ouvido de tradução, estão faltando 14 e o ffrAC é responsável por isso. Por favor, não esqueçam de devolver esses aparelhos.

E, dando prosseguimento ao debate, o CADE ultrapassou em dez minutos o seu tempo de exposição, em razão do que esses mesmos dez minutos estão sendo dados também à SEAE, em seguida à SDE e após passaremos aos debates. Com a palavra, o Dr. Cláudio Considera.

Dr. Cláudio Considera:

Eu gostaria de retomar algumas das coisas que eu disse no início da minha palestra, pois me parece que algumas pessoas talvez não tenham

escutado suficientemente.

Essa é uma determinação da presidente da república, a constituição da agência; minha lealdade funcional foi dada ao presidente da república no momento que eu fiz críticas a esse projeto em seminário para o nosso Ministro que levou ao presidente da república e que trouxe de volta a decisão de seguir como estava, determinado no Decreto do Presidente. Portanto, não deixei de colocar as críticas que tínhamos a forma como foi determinado. Hoje, construímos um projeto que é de inteira responsabilidade e de inteira autoria dos três órgãos de defesa da concorrência que participaram integralmente de todo o processo; o doutor João Grandino participou de toda a discussão a menos do último dia. O projeto que se constitui hoje no documento que está para consulta pública.

Eu gosto muito do debate e das críticas e a minha vida toda foi acadêmica, portanto estou habituado a elas. Não gosto de achincalhe, isso definitivamente não permitirei que façam comigo em situação nenhuma, portanto eu deploro a forma como foram feitas as críticas do doutor João Bosco. E, novamente devemos ler o projeto; para mim os conselheiros do CADE, como o senhor presidente participaram do processo e na página referente as atribuições do presidente do tribunal da concorrência, encontra-se inscrito no item 7: "nomear ou exonerar servidores do órgão, provendo os cargos em comissão em funções de confiança e exercer o poder disciplinar nos termos da legislação em vigor." Leiam o projeto, leiam o projeto mais uma vez. Não façam críticas sobre o que não está no projeto ou sobre o que não se leu do projeto, leiam o projeto. Não existe um tribunal e uma agência, existe uma agência e o tribunal está dentro da agência; as decisões da agência são irrecorríveis administrativamente se, elas foram tomadas quer pelo diretor da agência, quer pelo tribunal; as decisões da agência são irrecorríveis administrativamente. O tribunal não é versus a agência, a agência inclui o tribunal. Muito grato.

Dr. Paulo de Tarso:

Bom, eu gostaria naturalmente de agradecer mais uma vez a oportunidade e tentar fazer algumas considerações em tomo do projeto, que me parecem importantes serem reforçadas. Eu acho que obviamente nós devemos escoimar da análise todo e qualquer digamos assim, esforço retórico que por vezes possam nos levar a um devaneio ou a um delírio sobre o que não existe no projeto. Acho que um dos pressupostos do diálogo deve ser efetivamente a verdade daquilo que se está dialogando. Então, esse é o compromisso que eu acho que deve ser assumido por todos aqueles que devem ter do interesse público, ainda que com divergências a sua perspectiva de como ele deve ser conduzido.

O que me pareceu importante colocar desde o início foi a concepção do governo, da necessidade em razão das mudanças na sociedade e da insuficiência estrutural dos organismos hoje existentes de se criar um novo organismo. E, evidentemente que não existe a oposição entre o passado e o futuro nesse sentido; essa é uma oposição na linha de você eleger um fantasma para exorcizá-lo. Quer dizer, existe isto sim efetivamente a perspectiva de respeitar essa tradição, tanto foi assim que o tribunal foi mantido. Se poderia por exemplo, se fosse a idéia de adotar o regime do Commonlaw. Se poderia por exemplo suprimir o tribunal e a agência levar as questões diretamente ao Judiciário, como é por exemplo no modelo americano... (...) o exaurimento da via administrativa, e logo a seguir você poder produzir todas essas provas no Judiciário, você pode ter que executar e inscrever em dívida ativa e levar mais dez anos, e o enforcement da decisão não ser cumprida. Então, a forma que você tem de não ter uma política antitrust, é de não ter o enforcement da decisão. Então, eu reconheço que o modelo tem limites, esses limites devem ser avaliados racionalmente e a partir de uma perspectiva crítica em relação aos seus fundamentos e os seus pressupostos e as limitações conjunturais que existem para corrigi-los. Não há dúvidas que por exemplo, transformar o tribunal num órgão do Judiciário exigiria uma emenda constitucional; não há dúvidas por exemplo, que transformar das decisões desse tribunal o recpro apenas para instâncias superiores, talvez demandasse também emenda constitucional. Ora, no entanto, durante esse período o sistema tem que funcionar e hoje o sistema vem, como chamam os sociólogos do funcionalismo, vem tendendo a entropia porque ele vem se esgotando na sua capacidade de responder as demandas da sociedade. Ora, o esgoto, a morte do sistema representa a retirada do estado disso aí, então é diante disso que nós estamos. Quer dizer, o presidente da república quando diz: olha, que quero da agência antitrust algo mais substantivo, do ponto de vista de estrutura e recurso, me parece sinaliza sim para a sociedade uma decisão de valorizar ao máximo essa área. E, também não vejo nada ditatorial, nada semelhante a Vargas nisso, muito pelo contrário; quer dizer se trata de um projeto, de um anteprojeto que está sendo submetido a consulta pública, está sendo amplamente discutido com a sociedade, que vai ser mandado por projeto de lei para o Congresso, onde aí sim é o foro final de instância deliberativa. Supor o contrário é retirar do presidente a legitimidade de alguns milhões de votos, que ele tem efetivamente para propor aquela que lhe pareça a política antitrust, mais adequada, a estrutura organizacional mais adequada na forma da Constituição.

Eu acho que isso é importante ter em conta, porque eu penso que a nossa tradição latina é um pouco autoritária no que diz respeito a ver o poder público, e não sem razão. Muitas vezes na história latino americana de fato, o descompromisso com a democracia se manifestou na forma de um Estado

autoritário, e nós não somos exceção a isso. Agora, de maneira nenhuma essa é a realidade do país hoje; de maneira nenhuma um presidente que submete um projeto de lei ao Congresso para tratar disso, de alguma forma está usurpando isso. Penso também que uma palavra deva ser dita, com relação a um velho fantasma que é sempre, os gregos costumavam chamar isso de "topos" lugar comum, que é aquele lugar comum que é escolhido para você atacar uma idéia boa. Em geral, a gente diz o seguinte: olha, não está adaptada à realidade brasileira, é importada, é uma cópia feita sem nenhum compromisso com a realidade. Ora, é preciso se dizer qual é descompromisso efetivo e não enunciar pura e simplesmente que é descompromissado. Quer dizer, evidentemente nós temos da tradição americana o presidencialismo, nós temos da tradição anglo-saxã tantas coisas boa que deva ser tomada; agora de maneira nenhuma este projeto foi feito pensado no (Comoló?) insisto, porque se o fosse ele teria outra formatação e não a que tem hoje, do ponto de vista de modelo institucional. Ao contrário, foram pesquisas mais de 40 jurisdições com relação ao tema, no mundo inteiro; os países da OCDE, houve um esforço da Secretaria de Acompanhamento Econômico que está sendo bem dito aqui pelo Dr. Paulo Corrêa, em mais de 80 países também foram pesquisados. Então, quer dizer me parece que a crítica quando se diz: olha, isso é importado do Commonlaw ela de fato não é verdadeira do ponto de vista do processo porque não. foi essa a verdade~; quando se diz por exemplo que um artigo foi copiado da lei mexicana, não me consta que a lei mexicana tenha a tradição de anglo-saxã. Quer dizer, então essas coisas eu acho que o compromisso com a verdade deve ser um pressuposto do diálogo sem o que ele sim, se toma uma empostação, ele se toma um diálogo sem nenhum paradigma. Então, eu me proponho como sempre tenho feito aqui, a discutir idéias e acho que as idéias que estão colocadas, a concepção institucional do projeto foi colocada para uma platéia de especialistas e, evidentemente estou disposto a debater a crítica formulada, sem nenhum problema com relação a onde haja inadequação, onde haja o excesso, onde precise se rever alguma coisa. eu penso por exemplo, uma das críticas que tenho feito é que as competências da agência estão personalizadas no diretor geral, é preciso que elas sejam espraiadas entre os diretores, porque uma agência tem uma diretoria e não uma estrutura: secretaria, chefe de departamento; o diretor representa agência também. Quer dizer, existe uma série de coisas; o projeto foi redigido praticamente" em 15 dias, depois de mais de 40 dias de diálogo, de debate intenso. Seguramente ele não é o projeto da SDE, ele não é o projeto da SEAE, ele não é o projeto do CADE, mas ele é o projeto que foi possível de ser obtido a partir de uma intensa interlocução.

Eu penso que esses dados são importantes para que a gente não assuma um parte pri, que nós impeça de dialogar. E, também quero dizer sobre a história da agência, que é preciso também recolocar porque a uma

certa altura eu tenho a sensação de que parece em algum momento de que ela foi patrocinada pela Secretaria de Direito Econômico, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e num certo sentido também pelo CADE, e em nenhum momento isso aconteceu na história. Os senhores não viram em nenhuma entrevista do secretário de direito econômico ou do secretário de acompanhamento defendendo a agência; eu nunca defendi a agência. Lembro que em certo momento coloquei a necessidade de rever os recursos, e no IIRAC aqui no ano passado, disse que boa parte dos problemas eram decorrentes de gestão e que nós não poderíamos passar o ano inteiro afinando a orquestra, quando o concerto já tinha começado. Quer dizer, a idéia da agência veio como uma forma administrativa adequada de se prover os recursos e de se rever de alguma maneira a ênfase num e noutro aspecto que precisaria ser dado. Eu acho que esses aspectos são importantes para que a gente possa ter um diálogo franco, aberto e respeitoso. Muito obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos:

Muito obrigado ao Dr. Paulo. Passo a palavra ao Dr. Celso Campilongo, para breves comentários e em seguida ao Df. Amauri Resselvo para colocações a respeito da procuradoria do CADE no anteprojeto.

Dr. Celso Campilongo:

Bom, antes de mais nada eu gostaria muitíssimo de agradecer ao IIRAC pelo convite, pela possibilidade de participar desta reunião, mas estava um pouco temeroso que na minha condição de conselheiro júnior a palavra não me fosse sequer passada. Enfim, como eu sou aqui o único dos membros do CADE que compareceu a reunião sem gravata, talvez intuindo essa condição de júnior, estava ficando com esse receio.

Eu gostaria de começar com uma alegoria. Imaginemos uma bela e frondosa árvore plantada bem aqui na nossa frente, e que de três pontos de vista distintos, de três perspectivas diversas nós pudéssemos contemplar esta árvore. Da minha perspectiva digamos, a perspectiva do CADE, eu olho para a árvore e vejo uma bela maçã, bem vermelha. Ocorre de das outras duas perspectivas, é possível outros lados da árvore que eu da minha não consigo visualizar, é possível que do outro lado da árvore eu tenha uma folha seca bem amarela que do meu lado não é visível. E, é possível que de uma terceira perspectiva eu visualize também um galho torto, que da minha visão é imperceptível.

Ortega e Gasset, usa esta figura de linguagem para dizer o seguinte: todas as perspectivas são verdadeiras; a única equivocada é aquela que a avoca para si a exclusividade da verdade. O que nós temos que tentar fazer

neste debate, nesta tentativa de construção da nova agência é exatamente enxergar a árvore como um todo e não a bela maçã que eu vejo do meu lado. Eu tenho pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico um enorme, um enorme respeito. Entendo que o trabalho feito nestas duas instituições com uma pobreza de recursos igual a pobreza de recursos que nós temos no CADE, é um trabalho de um valor extraordinário, vejo com bons olhos a juntada dos três órgãos numa única agência.

Ouvi com muita atenção as considerações dos meus colegas a respeito da futura agência; gostaria de centrar a minha preocupação num único argumento, digamos uma espécie de pressuposto para a discussão, para a concepção filosófica do que é a agência. São nobres, procedentes e eu respeito muito os argumentos que apontam no sentido de uma inexistência de politização da futura agência. Ainda que respeitando estes argumentos, eu me permito discordar deles; de um lado porque o projeto em relação a aspectos importantes dessa politização ou não é omissivo. Por exemplo, nós não sabemos se a agência fica vinculada a um Ministério ou a outro, e daí podem ser extraídas conseqüências do ponto de vista filosófico e do ponto de vista que se tenha da aplicação do direito de gravíssimas conseqüências. O projeto, também é indefinido e eu reconheço a dificuldade de se regular este aspecto; o projeto também é indefinido a respeito da relação entre a futura agência de defesa da concorrência, e as demais agências. E, aí me parece existir, residir um problema de engenharia jurídica que pode eventualmente expor a 'própria agência a um tremendo esvaziamento. Eu diria também, que juntar concorrência e consumidor apesar de, de fato como os meus colegas disseram, isto ser feito em diversos lugares; é mais o mesmo que colocar lado-a-lado fósforo aceso e álcool. O direito do consumidor, entre nós, se expõe a uma utilização política e muitas vezes a uma utilização demagógica extraordinária. Vejam quantos não são em todos os Estados brasileiros por exemplo, parlamentares que se elegem sob a bandeira da defesa do consumidor; colocar a defesa da concorrência juntamente com a defesa do consumidor pode expor a agência a um grau de politização; longe de mim qualquer digamos, arrogância tecnocrática, qualquer purismo no sentido de achar que o antitrust brasileiro pode se transformar na barreira imune, na fortaleza imune as pressões políticas ou as pressões econômicas, longe de mim; mas não é por conta disso que nós precisamos atizar situações extremamente perigosas, provocar situações extremamente perigosas.

O direito antitrust e eu diria que está não é uma peculiaridade desta área do direito, mas do direito como um todo, pelo menos do direito nas sociedades democráticas, é a de exercer, é a de exercer a função de uma barreira na medida do possível, nos limites do direito, nos limites da ordem jurídica quer a pressão política, quer a pressão econômica. Quando o direito se

renda a pressão econômica ou a pressão política, várias coisas podem acontecer menos direito antitrust.

A forma de escolha do diretor da agência, as atribuições do diretor da agência, o relativo processo de filtragem das demandas que chegam ao tribunal da concorrência pelo diretor da agência, a identidade entre o mandato do diretor da agência e o mandato do presidente da república; com todo o respeito as opiniões em contrário, o que me parece isto sim, colocar em risco o princípio republicano é expor a agência a uma politização deste nível, não há absolutamente nenhuma incompatibilidade para um órgão com as características que deve ter a agência da concorrência, com a função que ela desempenha de aplicar o direito, interpretar e aplicar o direito, há um enorme risco para uma agência com esta função entre a identificação do diretor geral da agência e o presidente da república. O que a agência deve fazer não é interpretar a vontade do presidente da república, o que a gente deve fazer é aplicar a lei, interpretar a lei, pouco importa para a definição de um marco regulatório no Brasil o que pensa o presidente A ou o presidente B; o que oferece calculabilidade econômica, o que oferece previsibilidade jurídica, o que oferece em última instância certeza e segurança jurídica é a observância a lei e não a vontade do presidente da república, especialmente num órgão encarregado da aplicação da lei. Sem um mínimo de proteção do sistema jurídico, do órgão encarregado de aplicação da legislação em relação as pressões políticas e as pressões econômicas, nós estamos nos expondo isto sim, a um risco histórico no processo político brasileiro que é o risco da indiferenciação entre o sistema político e o sistema jurídico; é o risco da demasiada politização de decisões que devem ser decisões neste sentido técnicas. Com todo o respeito as opiniões em contrário, me parece que o principal risco da futura agência decorre desta concepção filosófica; a partir daí nós podemos chegar a diversos aspectos específicos da discussão da legislação, a começar por exemplo, eu como conselheiro júnior do CADE era advogado até há poucos meses atrás, sou filho de advogado, tenho um irmão advogado e sou casado com uma advogada. Enfim, ou entendo a cabeça dos advogados ou eu não consigo sobreviver na minha própria farrulia, e talvez por conta disto as preocupações com o devido processo legal, com o direito da ampla defesa, com o estado de direito são umas preocupações, como não poderia deixar de ser diverso para quem vive na advocacia como foi o meu caso até recentemente são é claro, muito aguçadas. E, é exatamente a partir deste pressuposto de natureza filosófica que eu posso detectar ao longo do projeto riscos, eu não estou dizendo que isto vá acontecer, mas este é um projeto aberto a inúmeros riscos de relativização do princípio da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa; porque embute no interior da agência um componente que eu chamaria de um vírus político de conseqüências imprevisíveis, algo capaz de desfigurar aquilo que talvez tenha

sido nos últimos anos uma vantagem competitiva do Brasil no contexto da globalização, que é a definição qualitativamente no meu modo de ver, superior comparada a outros países com o mesmo grau de desenvolvimento do Brasil; um marco regulatório superior ao dos demais países emergentes. Nós corremos um sério risco de esvaziar este ganho de competitividade, este ganho de cidadania e de legalidade se não tomarmos as devidas cautelas, se eu estiver certo, em relação a este risco. Eu gostaria só é de sublinhas esta que é uma preocupação algo que me inquieta com o projeto em discussão. Enfim, era só isso, eu gostaria de agradecer a atenção de todos. Muito obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos:

Gostaríamos de ouvir os seus comentários a respeito da da Procuradoria no anteprojeto.

Dr. Amauri Ressalvo:

Bem, presidente Ubiratan, não sem antes dizer da minha integral solidariedade a tudo aquilo que foi dito diante da alegria de comparecer aqui a convite do IBRAC, para participar desses trabalhos que nós sabemos transcorrem sempre com muita responsabilidade. Então, é uma grande alegria aqui estar.

Eu não poderia deixar, antes de fazer duas ou três considerações do projeto no tocante a procuradoria, de afirmar duas ou três posições para que não possam me acusar de omissão, dado que falo em público e muita coisa foi dita e eu não poderia dizer só: concordo ou discordo, mas gostaria de afirmar a minha convicção no tocante a primeiro; a minha alegria diante da discussão no aperfeiçoamento do projeto de lei que ora fazemos. Eu acho que é importante que nós nos disponhamos a fazer isso, é altamente positivo nós caminharmos neste sentido, então só por isto nós devemos numa sociedade democrática agradecer a boa vontade de todos que aqui estão tentando buscar esse caminho. É elogiável sobre todos os aspectos, é gratificante que nós estejamos nessa situação: sociedade, governo, órgãos do governo, todos dispostos a acharmos um caminho, as vezes com certa veemência, as vezes com certa que eu diria até, como as vezes eu sou muito enfático, mas a verdade é que todos estamos buscando um caminho comum. Eu conheço as pessoas que estão aqui e que se pronunciaram e sei que todos tem uma intenção muito clara de dar o melhor de si em benefício daquilo que acredita e é esta convicção que me leva a tranquilidade de poder dizer que este momento é muito grato, apesar de alguma tensão que ele possa ter gerado.

Sabemos, que é verdade e o Dr. Paulo de Tarso tem dito isso muitas vezes e eu tenho acompanhado e eu tenho sentido na pele isto; o grande

problema do sistema é falta de recurso mesmo, nós trabalhamos a mímica, nós trabalhamos numa situação eu diria aflitiva e este me parece o grande problema que nós temos que efetivamente atacar. Eu queria só deixar firmado, eu não vou entrar em detalhamento para não me alongar, mas eu gostaria de dizer isto. Segundo; acho que... acho não, tenho a absoluta convicção de que uma agência única ela é salutar. Ela é salutar, eu sempre a defendi desde que entrei para o sistema, eu não era e todos sabem, eu tenho defendido a necessidade de simplificarmos o processo e usando o jargão: vamos diminuir os guichês! Já é positivo. Então, me agrada muito a agência única.

Acho tremendamente perigosa esta inversão de mando na agência, ou seja, a decisão monocrática data máxima vênua dos entendimentos em contrário os quais eu respeito profundamente, as decisões monocráticas não são melhores nunca do que as decisões colegiadas, nunca. Eu não conheço e não venham dizer que eu sou inexperiente e que eu não conheço, porque eu sou advogado há 35 anos e tenho acompanhado isso muito de perto. E, todas as vezes que nós contrapomos decisões monocráticas com decisões colegiadas, nós perdemos em qualidade ou perdemos em verdade. Eu não consigo inverter esse processo, então também não me agrada. Creio que melhor seria, embora não possamos usar muito a experiência dos nossos tribunais, porque todos sabemos também dos problemas que os nossos tribunais enfrentam, mas eu tenho a impressão que melhor seria que a agência fosse tirada do colegiado para baixo, sendo que na minha opinião quem deve presidir o colegiado é quem deve dirigir também administrativamente a agência; é data vênua um ponto de vista que eu também gostaria de deixar firmado.

Bem, passemos então a questão da procuradoria que também rapidamente eu vou tentar dizer, uma coisa que me preocupa bastante no projeto é a questão da procuradoria. Todos sabem que eu não sou procurador, eu estou procurador e por pouco tempo, até março eu já estou no final dos meus dois anos. Portanto, eu não estou aqui a defender a procuradoria para o Ainauri Serralvo, eu estou defendendo uma posição do procurador geral atual com a experiência de ter enfrentado o processo.

Acho que o procurador geral tem um papel muito importante no colegiado, embora ele não tenha voto ele participa das discussões e tem sido no meu entendimento, me desculpe se isso possa parecer falsa modéstia, mas eu tenho encarado como muito importante o papel do procurador geral do colegiado e por diversas situações de ordem prática que nós temos enfrentado, a presença do procurador geral foi fundamental para o equilíbrio das decisões as vezes ou a busca de uma solução melhor dentro do contexto de ordem jurídica, enfim tem sido positiva a participação do procurador geral; só que no projeto eu não sei e sinceramente não conheço a razão mas, e já disse isso também em outras vezes, no projeto tiram do procurador geral o mandato e

transformam o cargo de procurador geral num cargo de demissível ad nutum, isto gerará problemas graves no meu entendimento. Porque nós já temos hoje com a medida provisória 20 e não sei o que, porque é difícil a frente guardar o número e temos acompanhado aí essa questão dos procuradores federais que eram os antigos procuradores autárquicos, eles estão hoje também subordinados diretamente a autoridade do Ministro chefe da advocacia geral da União; ele tem pela medida provisória autoridade de retirar inclusive procuradores e tem me retirado, já me retirou cinco do CADE. Vejam que a procuradoria da lei, da lei 8884 é o procurador geral que depois foi aumentado o trabalho do presidente Gesner e da procuradora Maruza que conseguiram ampliar o quadro, entretanto quando a lei fala em procuradoria fala em procurador geral só. E, isto percebam que o advogado da União tem capacidade legal para remover inclusive os procuradores do CADE. Se o CADE tem ou o tribunal que seja, ou a agência, ela tem que ter uma orientação jurídica isenta principalmente com as garantias que possa o procurador dar a ela, do devido processo legal etc. que é função da procuradoria, está na lei; mudar isso não me parece uma coisa muito correta, de qualquer forma eu entendo que toda a grande vantagem da nossa lei era exatamente o procurador geral ter mandato e garantias de ser demissível somente por ato do presidente da república e mediante aprovação do Senado Federal. Vejam que hoje, ao se retirar isso nós vamos efetivamente verificar um retrocesso nos processo; quando nós devíamos ver as outras autarquias caminhando para isso, para que nós tivemos maior segurança jurídica, nós vamos exatamente inverter o processo e acabar com a única que tem esta garantia, porque eu sou o único procurador geral que tenho essa garantia e que fui sabatinado pelo Senado, não existe outro no Brasil, o único é o do CADE. Quer dizer, eu não fui o único que foi sabatinado, outros do CADE foram sabatinados, mas nós do CADE somos os únicos.

Bem, então eu queria colocar essa preocupação porque também ninguém diz. E, outra coisa só para encerrar é a questão do Ministério Público junto ao CADE; eu não vi razão alguma embora tenha lutado muito para poder, e junto ao presidente Gesner e nós fomos ao procurador geral da república para que o procurador geral da república designasse efetivamente o procurador da república que tivesse a competência de officiar junto ao CADE, e isto até que conseguimos porque foi indicado um procurador para rosteir junto ao CADE, o impacto que isso causou foi muito grande porque primeiro, que não se sabia que o procurador da república estava junto ao CADE, officiar... (pausa) (final do lado A - fita 06). (ou) designado para officiar junto ao CADE tem uma missão constitucional de Ministério Público, que ninguém pode lhe tirar e tem aquela missão, aquela competência que lhe atribui a lei orgânica do Ministério Público. Então, ele tem competência para fazer exatamente aquilo que a lei manda lá; não há razão alguma para que se

determine que um procurador fique junto ao CADE, não há razão alguma para isso, data máxima vênia, eu não vi ainda razão de ordem prática para isso. Porque, o que ele deve fazer ele fará fora do CADE, sem nenhum problema.

E, finalmente essa questão da acusação ser feita pelo diretor geral da agência. Me preocupa muito isto, porque me parece que está questão no devido processo legal, o direito de acusar do Estado está nas mãos do Ministério Público. Eu pensei nisso há pouco mas me parece que não há possibilidade de nós transferirmos esse direito; pela lei complementar eu tenho a impressão que não, mas me desculpem, eu não sou do Ministério Público, eu teria que examinar, mas também é uma reflexão que eu faço para que pensemos nisso. E, finalmente a única que eu como não sou do sistema e todos sabem que não sou, devo dizer também estou entre aqueles, não por saudosismo porque dois anos não dá para ter saudade de quase nada; mas porque reconheço naqueles que defendem a idéia de um nome de 40 anos, mudar. E, eu tenho a impressão que marca é patrimônio e eu me filio àqueles que preferem que o nome seja mantido, por uma questão só de simpatia com o respeito às tradições, o respeito à história porque entendo também que nós não devemos mudar por mudar, nós devemos exatamente fazer o que estamos fazendo, trocando experiência, discutindo e tentando chegar a um lugar comum.

Bem, e já me mandaram um bilheteinho e eu já então encerro, para que possamos passar a outra parte dos debates.

Ubiratan Mattos:

Dr. Amauri, muito obrigado. E, finalmente chegou a hora de consultar as bases, e o critério é de inscrição; aqueles que quiserem se manifestar podem se manifestar em forma de pergunta ou em forma de comentários breves, brevíssimos porque nós temos que encerrar as seis horas, por motivo de viagem vários daqui. Láercio, você quer começar, por favor.

DEBATES

Dr. Láercio Farina: Queria fazer duas observações, a primeira rapidamente a respeito do instituto da leniência, foi bem lembrado como uma importação do Direito anglo-saxão e uma colocação pessoal. Na verdade, a leniência de fato como bem lembrou o professor Grandino Rodas, tal como estava colocado na medida provisória era ineficaz, na medida em que ainda remanesce a punibilidade. No entanto, tal como está no projeto eu tenho até uma sensibilidade, mas como advogado brasileiro de que eventualmente no curto prazo ela vá ser utilizada, isto é, alguém vá se valer da leniência, porém

o instituto da leniência não afeta o projeto como um todo. Isto é, se daqui há cinco anos alguém vier se valer do instituto da leniência e por isso possa se punir um único cartel, já terá sido útil a sua inclusão. Então, me parece que é uma questão até secundária na discussão do projeto.

As maiores preocupações parecem residir na questão do excesso de poderes do diretor geral e eu teria algumas restrições quanto a qualificação: excesso de poderes. Eu diria excesso de atribuições. Me parece que o diretor geral tem uma tal gama de atividades inseridas na sua competência, que dificilmente ele vai conseguir se focar, lembrando o exemplo do Dr. Franceschini hoje de manhã, num determinado ponto e pior do que isso, com esta quantidade de atribuições será um indivíduo sujeito a um extremo grau de pressão. Parece ser tranquilizador a colocação do Dr. Paulo de Tarso que essas atribuições já estão a ser repensadas, porque com isso ganharíamos inclusive apesar de algumas críticas a respeito desse processo, um degrau a mais de recurso dentro da agência.

Com relação, o projeto evidentemente trás os seus pontos positivos e os seus pontos negativos que serão debatidos aqui, mas me parece difícil identificar com a devida vênua do professor Grandino Rodas, esta posição de órgão consultivo, porém o professor identificou precisamente dois gargalos que impedem que o tribunal tenha uma efetiva ascendência judicante na agência que é a questão do cuórum qualificado nos casos do parágrafos 14º inciso 2º e 16º inciso 1º, a unanimidade e maioria de cinco membros.

É de se concordar com o Dr. Amauri Serralvo, que a qualidade da decisão colegiada superada em muito da decisão monocrática, e me parece que há um mérito aqui no projeto na medida em que desafoga o tribunal, mantendo-o livre para discutir e examinar as questões que realmente tem a importância. Se assim será, só o futuro vai dizer. Uma dificuldade que parece residir efetivamente e ela advém do Direito Administrativo é com relação a inserção de uma autarquia autônoma. Eu não sei qual seria a solução, mas a autonomia evidentemente é necessária para o tribunal, e talvez algum exemplo pudesse ser haurido do sistema das universidades. A Universidade de São Paulo, por exemplo não é uma autarquia em si, cada unidade é uma autarquia, quer dizer ela é considerada no Direito Administrativo como uma constelação autárquica, não é assim mesmo professor?! Parece que por aí teríamos uma eventual solução de Direito Administrativo para contornar essa posição. Eu não tenho perguntas, era só uma manifestação pessoal.

Dr. Ubiratan Mattos:

Pois não! Por favor, anuncie o seu nome e procedência.

Ubirajara Mattos, de Vicente Nogueira Advogados. A minha pergunta vai para o Dr. Paulo de Tarso, e a minha questão está vinculada a relação entre a SDE e as demais agências reguladoras, em especial a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, onde eu tenho um contato mais direto. Faço essa indagação numa perspectiva atual e ainda em relação ao anteprojeto de alteração da legislação de defesa da concorrência. Inicialmente vale dizer que os poderes de instrução conferidos a SDE, futuramente quem sabe alguns dos órgãos da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, tais como inspeção e adoção de medida preventiva, também foram conferidos a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, como se pode observar pela leitura da medida provisória 2039 e suas constantes reedições. Eu gostaria de citar apenas aqui para exemplificar...

É que dentre as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, está a de proceder ao exame de estoques, papéis, escritas, inspeção, mantendo o sigilo legal quando for o caso, por determinação do diretor presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, então competência idêntica ao diretor da SDE. Minha pergunta é a seguinte; como a SDE se comporta diante desta realidade de agora, como ela pretende a agência, a futura agência pretende se comportar diante das outras agências, se elas pretendem ter ações coordenadas com as demais agências e se essas averiguações de condutas nocivas a concorrência permanecerão também a cargo das demais agências reguladoras.

Dr. Paulo de Tarso: Bom, muito obrigado pela pergunta. Eu vou procurar ser breve, apenas para dizer o seguinte; as eventuais sobreposições de competências e de função que estejam postas no projeto vão ser resolvidas no âmbito do governo, foi retirada inclusive da consulta pública para que isso fosse resolvido, não há nenhuma novidade com relação a isso. A Secretaria de Direito Econômico continuará exercendo a sua competência na área de defesa do consumidor, sem prejuízo daquelas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; há sempre uma discussão jurídica em tomo de norma especial prevalece sobre norma geral, e até que ponto a própria norma da concorrência e de defesa do consumidor é uma norma especial, etc. mas não daria tempo de a gente entrar nessa discussão aqui. O que me parece importante colocar do ponto de vista do princípio, é que toda questão relativa a concorrência deve ser definida ao final pelo Tribunal da Concorrência. Eu penso que e nesse sentido eu acho que o nome é mais evocativo, com todo o respeito ao nome do CADE, eu acho que a discussão de marca não é tão relevante aqui; o que é importante é que o nome evoque a função e nesse sentido me parece que o Tribunal da Concorrência é mais evocativo do que Defesa Econômica, só nesse sentido. Agora, eu penso que a sobreposição ela deverá ser resolvida e o

projeto deverá vir sem nenhum problema dessa natureza.

Dr. Paulo de Tarso: Não! Hoje isso não é possível. Quer dizer, quem dá o sigilo é o Secretário de Direito Econômico. Quer dizer, mas como eu lhe disse, essa é uma discussão técnica que vai envolver uma análise, eu vou ter que colocar pressupostos aqui, acho que o tempo...

Dr. Ubiratan Mattos: Nós estamos fugindo um pouco do tema, Dr. Ubirajara e eu tenho o pedido de palavra do Dr. Gesner de Oliveira e em seguida o Dr. Mário Possas e pela ordem o Dr. Franceschini. Dr. Gesner, por favor.

Dr. Gesner de Oliveira: Obrigado, Dr. Ubiratan. Algumas questões rápidas; em primeiro lugar eu senti a falta de um comentário acerca de um ponto positivo no anteprojeto, a eliminação do ilício de preço acessível; isso foi uma modernização bastante importante na história do antitrust brasileiro, inclusive de acordo com a nova legislação Argentina.

Alguns e eu acho que seria necessário, eu sou da opinião que seria necessário uma mudança minimalista e precedida de muita pesquisa empírica. Eu reconheço que já houve um grande esforço e obviamente depois um trabalho ciclópico dos membros da comissão; é naturalmente desagradável ouvir: não! Mas precisa mais isso, precisa mais aquilo, etc. mas eu insistiria no fato de que alguns pontos exigiriam uma pesquisa mais aprofundada. Problemas empíricos, eu chamaria a atenção para o fato de que a noção de os gabinetes dos conselheiros estão com excesso de trabalho, que aí reside o gargalo, não corresponde aos dados; o que eu tenho visto das estatísticas e por alguma idiosincrasia pessoal tenho acompanhado obsessivamente essas estatísticas, eu percebo que não reside nos gabinetes dos conselheiros o gargalo por exemplo para atos de concentração, historicamente e as sedes históricas - são diversas e o tempo médio de análise no CADE é sempre inferior ao das Secretarias, inclusive nas gestões recentes isso melhorou muito porque as secretarias aumentaram, graças a atuação dos senhores, aumentaram muito a eficiência.

Um outro ponto que talvez, talvez não tenha sido suficientemente enfatizado é que a celeridade de decisão não é incompatível com a decisão colegiada. O que nós temos visto nos fundos de investimento, nos Bancos Centrais, em todo o mundo é uma compatibilização da celeridade da decisão com decisão colegiada, portanto também aí não haveria necessidade de concentração de poder no diretor geral. Isso, nos leva a questão do patamar do parágrafo 3º do artigo 54, nós mostramos que a redução para 150 milhões eleva muito o número de casos onde já há um valor de operação grande. Há previsão, eu entendo o raciocínio do Dr. Paulo Corrêa, há previsão de redução entre 15 e 20%, entre 10/15% exigiria que o percentual de casos de empresas internacionais que são enquadrados no artigo 54 e tem que apresentar o ato a

despeito de não haver um valor grande de operação aqui, isso teria que ser superior a 50% para se chegar a esses números compatibilizando com os dados que nós apresentamos ontem. Eu, por favor não tenho a verdade absoluta, estou encerrando, mas acho que nós poderíamos nos debruçar sobre esses dados e verificar que esta transformação não atinge o objetivo almejado. Mais grave aí, eu chamaria a atenção, nos 184 casos que nós apresentamos ontem envolvendo investimento direto, com exceção de quatro ou seis casos, todos eles deveriam ser analisados; aí reside o maior problema, esse novo critério está subtraindo da análise da agência ou do CADE, casos que tem sim interesse concorrencial pelas razões expostas e eu pediria também atenção a esse ponto. E, finalmente eu chamaria a atenção, concordo inteiramente com a preocupação geral de uma melhor articulação com as agências regulatórias, mas chamaria a atenção para a redação do inciso 14, do artigo 10º que realmente diminui a importância e competência da agência relativamente aos demais órgãos da administração federal. Eu acho que não é o objetivo proposto e sobretudo se comparado ao inciso 10º do artigo 7º da lei 8884. Apenas insistiria neste ponto Dr. Ubiratan, e agradecendo a flexibilidade da mesa; insistiria na mudança minimalista e precedida por pesquisa empírica. Ninguém melhor do que essa platéia para contribuir com essa pesquisa empírica.

Dr. Ubiratan Mattos:

Muito obrigado. Dr. Mário Possas.

Dr. Mário Possas: Como já foi dito aqui, evidente que há uma série de aspectos positivos no projeto e eu seria absolutamente injusto em não reconhecer isso. Então, - tempo e ao interesse em debater nos leva apenas a fazer esse registro, não vejo onde está os méritos do projeto.

E, entre as críticas principais que já foram feitas, eu ressaltaria duas apenas. Quer dizer, apenas vou concordar e enfatizar a importância delas; a primeira delas é a ênfase na política de governo. Eu aprendi com os meus colegas advogados que existe uma diferença entre uma política de Estado e uma política de governo. Eu vejo o CADE e sua função atual muito mais ligado a uma política de longo prazo, de natureza de cunho de Estado, do que de uma política de governo. A alusão ao caso dos Estados Unidos me parece infeliz, nem tudo que evidentemente que ocorre nos Estados Unidos é desejável que seja imitado do ponto de vista institucional. Seria um exagero retórico lembrar por exemplo do sistema eleitoral deles. Agora, o fato de que a administração Clinton tenha dado muito mais ênfase a ação antitrust do que a administração Reagan, é perfeitamente compreensível em função de suas posições políticas, mas será que é desejável do ponto de vista de estabilidade institucional e de segurança jurídica e de estabilidade no cálculo empresarial,

acho discutível. Então, acho que é importante nós aprofundarmos, no mínimo aprofundarmos esse debate em termos de até que ponto uma política antitrust deve ser uma política de governo.

Eu vejo ao contrário, como disse ontem, que a minha intuição, com todo o respeito pelos outros componentes, que a política de concorrência não se restringe a política antitrust, é muito mais ampla do que isso; o que toma uma economia mais ou menos competitiva são muitos outros fatores além da política específica antitrust, no entanto ela é uma política importante nesse sentido e ela tem funções de natureza essencialmente preventiva. É um risco muito grande, não só a sua junção com a área do consumidor mas o fato de que essa junção é feita no contexto de uma ênfase, como foi dito vários vezes aqui, numa política repressiva. Quer dizer, eu acho que a repressão é perigosa de um ponto de vista político de visão política, e ela tende a facilitar a captura, seja no sentido político, seja no sentido econômico, em qualquer sentido que se vê, como os economistas chamam, a captura de setores importantes da administração pública por determinados interesses que não são só interesses privados, muitas vezes são interesses corporativos ou interesses políticos no interior do aparelho do estado.

Em segundo lugar, uma questão que foi colocada aqui que me parece importante questionar. Eu acho que não, aliás o Gesner já disse, então posso ser breve. Não me parece que seja adequado centrar política do órgão de defesa da concorrência da nova agência em termos de busca de eficiência ou de eficácia. Eficiência e eficácia são objetivos meio, não são objetivos fim; deve antes de mais nada formular a questão de qual é o objetivo de um órgão de defesa da concorrência ou de uma agência de concorrência, e que ele o faça, o cumpra de maneira eficaz e eficiente. A celeridade, como disse muito bem o Gesner, não é e não deve ser, não é efetivamente incompatível com a manutenção de instituições colegiadas. Então, não é alegável ao meu ver, logicamente nem institucionalmente que a celeridade seja um critério e pelo qual se dispensa o colegiado. E, em particular concordo inteiramente com as posições do Dr. João Grandino, presidente do CADE, a respeito de que modificações deveriam ser feitas no sentido de redefinir as atribuições do respectivo, do diretor geral, concordo integralmente com o que ele disse, portanto não preciso acrescentar mais nada.

E, finalmente detalhes mais técnicos e muitas questões técnicas que não cabe aqui discutir, não há tempo e que eu vou, prometo remeter aos senhores por e-mail oportunamente, depois de incorporar várias outras críticas. Mas, são alguns aspectos que são me parecem importantes na definição das mudanças da lei, aí não a questão da agência em si, mas a mudança da lei 8884. Por exemplo, a questão dos atos de concentração. Eu acho que aí há dois aspectos importantes, um deles diz respeito aos critérios

que são utilizados para notificação; foi evidentemente importante a antecipação... a notificação prévia, mas é importante também definir qual critério. Um critério puramente baseado em faturamento não é adequado do ponto de vista econômica, embora seja mais simples e claro do ponto de vista jurídico, é verdade; mas do ponto de vista econômico não há significado algum em um certo volume de faturamento em termos de poder, é poder de mercado. É claro que o critério de poder de mercado é aquele que também está na lei, há dois, que é o de "X"%, não importa se é 20/25/30/35 ou outro número nesse entorno de participação de mercado. O que a empresa não sabe atuar no mercado, ela define como é hoje, ela define e o órgão de defesa da concorrência o redefine, tem a atribuição dele, dá a palavra final sobre qual é o mercado relevante, mas faz parte da difusão da cultura da concorrência, me parece, altamente desejável junto as empresas, aos advogados, a comunidade como um todo, entender o que quê é mercado relevante para saber inclusive quais são as condutas que são prejudiciais a concorrência no mercado relevante, senão a empresa não tem sequer a segurança digamos assim, jurídica mas é conceitual, de saber se os atos que ela pratica são ou não ilegais. É absolutamente essencial difundir a cultura da concorrência nesse sentido. Então, eu acho que foi um erro retirar o critério de marquetear, ele é insuficiente é verdade, ele é problemático mas ele é útil e vários casos que se encaixam no marquetear e não no critério de faturamento. E, além do mais tem o problema que o Gesner levantou e que me parece que esse estudo que foi feito deveria ser divulgado, francamente deve ser divulgado porque se ele é que está baseando o patamar de faturamento em 150 milhões, há alguma coisa muito estranha onde a metodologia dele não permite a primeira vista, salvo engano, conéluir que tenha havido uma redução. A metodologia me parece que é problemática e teria que ser reexaminada. Se forem só os casos passados pela SEAE, realmente não diz do que se trata, se trata de todos os casos potenciais, casos potenciais foi o que o Gesner analisou na pesquisa que coordenou.

E, finalmente um último comentário puramente técnico é: eficiência não é o único critério. A gente deve ser bem taxativo nisso, em nenhuma jurisdição é assim; isso é a Escola de Chicago que acha, ela não venceu nesse ponto embora tenha dado contribuições importantes para tomar mais técnica e economicamente técnica a análise antitrust. Acho um equívoco isso, essa tendência que existe particularmente no tratamento do artigo 54, foram retirados elementos distributivos, elementos de compartilhamento de ganhos de eficiência com o mercado. Um critério puramente de eficiência pode levar a absurdos do ponto de vista de política econômica e jurídicos, agora se o economista acha que eficiência é um critério totalmente objetivo, eu lamento mas isso é um erro inclusive de técnica econômica. Obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos: Muito obrigado. Dr. Franceschini.

Dr. Franceschini: Muito obrigado. Bom, eu acho que também não seria muito honesto e nem isento se deixasse de reconhecer de pronto, que o projeto anteprojecto contém méritos inegáveis e que os membros do grupo se esforçaram durante 15 dias para atender a uma preocupação que entretanto me parece que não está espelhada no anteprojecto apresentado e por uma razão muito simples; 15 dias não dá para fazer um projeto dessa ordem sem um tempo mais adequado. Mas, eu não poderia deixar de consignar por exemplo, o primeiro deles é óbvio a consolidação, eliminando a-sobreposição de órgãos que é um dos fatores impeditivos de uma evolução mais célere, de uma evolução mais científica da matéria. A questão da pré-notificação evidentemente é outro grande avanço, embora seja precária a definição do que seja proposta por exemplo, nos sete dias é inviável isto, mas isso não detalhes que podem ser corrigidos. Me parece importante também a preocupação da criação da figura do de minimis ou de um direito simular que impeça uma enxurrada de processos sem maior preocupação antitrust que seriam levados ao tribunal ou ao CADE. A figura do procurador ou do diretor geral ou o que quer que o seja como parte acusatória, eu acho que é fundamental para se estabelecer um contraditório e se estabelecer o triângulo processual em que alguém julga, alguém acusa e alguém se defende; a eliminação da figura do aumento abusivo de preços; a eliminação de questões de extemalidade como questão de empregos e assim por diante. Há uma série de méritos que estão ficando talvez um pouco esmaecidos, diante da dificuldade de se definir o que é que tem que ser melhorado, isto há de ser de público indicado.

Ocorre que aquilo que o grupo aparentemente procurou se dedicar e procurou realizar se encontra efetivamente esmaecido no projeto anteprojecto tal como apreendido. Eu me lembro que em 1991, quando nós tivemos a 8858 se procurou eliminar o CADE na realidade, e quando surgiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, para politizar praticamente toda a atividade parajurisdicional então do CADE, e agora está se procurando retomar um pouco as origens e eu sinto que talvez a posição que foi mencionada pelo Conselheiro João Bosco e em algumas oportunidades pelo professor Gesner nesta, uma postura mais minimalista, mais de adaptação, readaptação do CADE àquilo que ele tinha de bom; talvez pudesse ser reconsiderado. Eu começo a ter alguma preocupação, aliás sempre tive preocupação e já disse isso em várias oportunidades, com a própria figura da agência. Para mim agência não serve para que isso...para o CADE; a agência tem uma conotação regulatória, a agência tem um sentido de disciplina de monopólios ou de monopólios naturais ou de monopólios de fato; a agência tem um sentido

normativo que não é a função do CADE num ambiente de livre mercado. Além de ter uma questão jurídica, uma questão formal de que nós não temos a agência na nossa figura, no nosso Direito Brasileiro.

Eu costumo dizer que a figura da agência é o ovo da serpente, porque ela trás em si o risco da politização. Ora, o projeto tem uma preocupação fundamental louvável, de eliminar ou reduzir ao mínimo a politização pela estrutura que foi montada, mas ela foi montada tal como se apresenta muito mais da base para o colegiado e não do colegiado para a base. Se a função do projeto é conferir ao tribunal, que eu também confesso que eu prefiro a expressão CADE porque tem um significado institucional já consagrado e isso tem uma certa importância; mas isso não é o mais importante, o mais importante é que há uma inversão de valores ao menos na sua apresentação, ele começa na agência com o diretor para terminar num tribunal; quando me parece que até por uma questão de hierarquia o tribunal do qual decorreria umas determinadas funções. Agora, eu não sei se haveria necessidade de tanta alteração legislativa, quando nós poderíamos ter perfeitamente a figura da procuradoria, voltando as suas origens como órgão acusador, como órgão que poderia ter a competência de questionar ou não um determinado ato de concentração, ad referendum do plenário que seria uma coisa assim muito sucinta, muito sumária até para evitar decisões que fossem medidas. Mas eu vejo no processo penal por exemplo, nós temos a figura do promotor, se ele não oferece a denúncia também o juiz não pode dar início ao processo penal, ao processo criminal. Quer dizer, essa figura pode ser perfeitamente aproveitada sem a necessidade de uma criação de órgãos em número excessivo com uma conotação de inversão de prioridades, se dando uma função, ao se adotar o princípio da agência, uma prenúncio de que cedo ou tarde nós teremos a volta a uma politização.

Eu, complementando ao conselheiro Campilongo, se me permite, não só a questão do consumidor tem um viés de politização mais fácil; também a área de concorrência enquanto espelhar uma política econômica do Estado. Nós temos inúmeros processos recentes e pretéritos onde houve uma intenção política do Estado que foi espelhada em processos administrados que foram instaurados. Aliás, o projeto tem um outro grande mérito que é preciso ressaltar; ele acaba com a representação do Congresso como determinante da imediata instauração do processo administrativo, a menos que venha fundamentada com indícios suficientes como qualquer do povo. Então, me parece o seguinte; 'a mescla com o direito do consumidor, se mexeu desnecessariamente num vespeiro, me parece. Eu acho que o direito da concorrência perde um pouco com o debate ao se trazer o direito do consumidor para o direito da concorrência, isso trás uma certa turbulência absolutamente necessária. Entendo perfeitamente que há uma determinação

do presidente da república por decreto; acho difícil uma contestação, mas acho que cabe a coletividade, cabe aos especialistas e cabe ao Congresso examinar essa questão, porque não me parece ser de bom 'alvitre a mescla. O que na realidade a experiência mostra, é que a parte do consumidor ela desaparece e aquilo que não serve... (pausa) (final do lado B - fita 06). (...) acho que esse é um equívoco em relação ao que existe hoje. Em relação ao que existe hoje, o secretário de Direito Econômico é demissível ad nutun, o secretário de Acompanhamento Econômico é demissível ad nutun. Quer dizer, a única garantia são os mandatos dos conselheiros do CADE que são de dois anos, que também são insuficientes. Então, quer dizer eu não vejo como um projeto que confere um mandato a agência, que confere um mandato ao Tribunal da Concorrência, aumente o grau de politização, acho que fato isso não acontece. Acho também que, quando tratamos de uma política de governo e de uma política de Estado, a distinção é adequada em termos, porque se nós cairíamos aqui no idealismo Hegueliano. Porque veja, ninguém desconhece que é um fato que a questão antitrust é objeto de uma política de governo em todos os países, é um fato. Agora, tem os limites; parece que o diretor da agência vai poder sair fazendo o que quiser, o ato dele administrativo é um ato vinculado, ele está vinculado a lei, é a lei que baliza isso. Então, eu não vejo, quer dizer é um fato que a administração Clinton reforçou o antitrust nos Estados Unidos, é um fato. Quer dizer, então eu também entendendo que nós não devemos... olha, não deve ser assim, deve ser uma política de Estado. O fato é que os governantes eleitos tem naturalmente a inserção nessa questão, então eu como disse prefiro explicitar do que tomar implícito isso ou imaginar que um órgão porque tem o mandato ele vai estar imune as injunções políticas, acho isso um equívoco que seria levar o argumento a contrário senso, ao limite. Também acho, que o tribunal com cinco anos, o seu mandato é descoincidente com o presidente da república, portanto e é ele quem julga, então é ele que tem a deliberação. Eu não vejo portanto onde a isenção, a idoneidade esteja comprometida de modo que, agora eu vejo sim que está explicitado quando você confere um mandato ao diretor da agência vinculado ao presidente da república, que este exerce um mandato nos limites da lei, que esse portanto representa o Executivo e leva as suas questões para o Tribunal da Concorrência.

Querida também dizer, com relação a questão do consumidor; que hoje já é assim, a Secretaria de Direito Econômico, tem o Departamento de Defesa do Consumidor e tem o Departamento de Defesa Econômico e nem por isso de alguma maneira se pode dizer que a questão da concorrência está conspurcada pelo CADE, exatamente porque o CADE não trata disso. São fluxos diferentes no projeto da agência, há um fluxo que vai para o Tribunal da Concorrência e há um fluxo que vai para as diretorias do Consumidor; as coisas de fato não se comunicam. Acho, como disse, que o é preciso talvez

melhor definir são as competências dos diretores, mas do ponto de vista técnico institucional não há essa contaminação tão temida, e que hoje existe e não tem havido, pelo menos enquanto eu tenho sido secretário.

Bom, agora com relação a questão da oposição entre juízo monocrático e juízo colegiado; olha, a gente não deve levar ao meu ver isso ao limite, como- se por acaso todo o juízo monocrático fosse um mal per se. Quando é que se coloca... Vamos ao Judiciário, é um juiz que profere uma sentença e ela é garantida por um órgão colegiado nos tribunais, e o juiz profere uma decisão de mérito. No projeto, o diretor da agência não profere a direção de mérito, ele decide desafiar ou não desafiar um ato de concentra:çab e a conduta está toda instruída pelo Tribunal. E, porque é assim? alguém poderia dizer: olha, isso é um sofismo, o senhor está encobrindo uma decisão que é a de desafiar ou não desafiar uma operação. Ora, mas vamos raciocinar; no Judiciário o que vai para umjuiz tem uma premissa de uma lesão jurídica'; no caso concreto do antitrust essa premissa não ocorre, isso está estatisticamente demonstrado, mais de 80% são atos inofensivos a economia. Então, é em nome disso que se está colocando um filtro para não onerar o Tribunal e impedi-Lo de exercer a função antitrust, e eu lembro aqui mais uma vez o exemplo americano, dos 4.700 casos que foram ao FTC no ano passado, apenas 34 foram para o órgão colegiado e foram, os demais resolvidos na instância administrativa exatamente porque se entende de que não se pode pôr um freio à atividade econômica, submetendo a uma tramitação burocrática mais longa. Eu reconheço, como diz o Dr. Gesner, que não é incompatível a celeridade com o órgão colegiado, eu reconheço, mas esse é o argumento limite. O fato de não ser incompatível, não significa que é potencialmente mais lento, porque se um julgador pedir vistas, se um julgador tirar de pauta, evidentemente que a potencialidade do atraso é maior. Isto é feito em nome do controle de mérito? Tudo bem! Então vamos fazer. Agora, o que não me parece adequado é que esse controle que é a exceção deva ser a regra, porque aí você sim vai atrasar mais a atividade econômica.

Então, queria também fazer uma apreciação sobre a presença do Ministério Público, no sentido de que o direito de acusar seria exclusivo do Ministério Público. Ora, nós estamos falando fundamentalmente de infração administrativa e de fato não é feliz o exemplo, não é o caso. Quer dizer, um fiscal da fazenda quando lavra um auto qe infração ele está acusando uma empresa de uma irregularidade e ela leva a discussão até o conselho de contribuintes. Quer dizer, esse é um poder dever da administração pública. Então, não vejo realmente como isso possa ser oposto.

Com relação ao tema da leniência, de que ela seria ineficaz no modelo hoje proposto, também isso deve ser visto relativamente, por que, porque hoje existe o programa da delação premiada e na regulamentação do

programa de leniência, existe a possibilidade de um acordo com o Ministério Público em tomo disso, de modo que ela não é totalmente ineficaz por isso, e também não é totalmente ineficaz porque quando se trata de pessoa jurídica a questão criminal assume outra dimensão; quando se trata de pessoa física talvez a oposição seja legítima.

Finalmente, também gostaria de fazer uma apreciação com relação ao tema da ênfase na repressão. Ora, a ênfase na repressão não é por um algum atavismo de reprimir porque se deva reprimir, é porque hoje não existe a repressão. O fato concreto é que a jurisprudência do CADE, hoje do sistema como um todo é maciçamente em tomo de ato de concentração e é maciçamente de aprovação, sendo que os indícios que o governo tem são da ocorrência de cartéis na economia, da ocorrência de abuso de posição dominante etc. e de uma constatação: os órgãos de investigação não detém os meios para proceder a essa investigação, esse é um fato. Então, me parece importante que se reforce os meios de investigação e que se reforce a possibilidade de repressão aos cartéis. Essa é uma tendência mundial, isso o país terá que fazer queiramos nós ou não queiramos, essa é uma tendência de todos os fóruns internacionais, de reconhecer que hoje através de um novo mecanismo, que é o mecanismo da leniência se levantou um véu, e a atividade de cartel, eu mostrei aqui os dados da União Européia, mostra elevações de 30 a 50% no preço, nos casos das vitaminas essa elevação em três meses foi de 70%. Quer dizer, o governo não vai reprimir isso, o governo não vai ter uma atividade jurisdicional em tomo disso. Me parece que esse é um ponto que deva ser colocado, que é o que constrange digamos assim a administração pública, quer dizer a necessidade de dar uma resposta para a sociedade. Obrigado.

Dr. Paulo Corrêa: Eu queria agradecer as perguntas que foram feitas, e dizer que eu tenho tido alguma dificuldade de buscar elementos de resposta para várias delas, porque o raciocínio feito e o estudo, boa parte do trabalho se baseou em análises das estatísticas nacionais, na reflexão da literatura internacional e nacional sobre o papel da política antitrust no país, no estudo comparado de outras instituições, das 83 instituições existentes e em grande medida do seu resultado dessas instituições e do ponto de vista da sua eficácia, não do ponto de vista privado apenas de celeridade etc., mas também do efeito sobre a vigência de condições de concorrência nos diversos mercados, e com isso o seu impacto digamos assim de natureza pública. E, realmente talvez esse não seja um fórum apropriado especialmente dado o calor dos debates, mas é muito difícil trazer evidências quando os estudos comparados ou as referências cruzadas, são as vezes consideradas importações mecânicas indevidas sem que a gente possa aprofundar esse debate, ou que as estatísticas estejam sendo simplesmente mal usadas e aqui

não vai nenhuma alusão ao comentário do Dr. Gesner, pelo contrário que eu pretendo até responder em seguida. Mas, eu queria voltar para o minuto à minha colocação e em algum momento no debate de ontem.

Eu acho que houve e há uma pré-disposição ruim com relação ao trabalho que foi feito por esse grupo, e pensando ao longo de todo esse tempo, eu fui abordado durante o coffee break de uma forma que me assustou, com uma acusação de que nós estávamos buscando o retrocesso e certamente a volta do Estado 'autoritário da década de 70 ou coisa que o valha, e eu acho que isso tem a ver com uma metodologia de trabalho com o qual talvez o país não esteja acostumado e que foi adotada nesse momento e que eu queria explicitar por um segundo. Essa metodologia é a seguinte: o governo decidiu primeiro constituir uma proposta de revisão do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Bom ou ruim, isso primeiro é uma decisão de governo, e em segundo momento uma vez decidido isso ele se abriu para ouvir as críticas da sociedade; são críticas sobre o desenho da institucionalidade do governo; num terceiro momento ele vai ter um debater finalmente com a sociedade e o fórum mais apropriado é o Congresso. Esse fórum aqui é um fórum importantíssimo, mas a minha percepção, e digo isso com maior franqueza, é de que essa reação que nós vemos aqui e obviamente há uma...eu listei aqui uma centenas de críticas que são relevantes, são técnicas, são substantivas; mas eu vejo essa pré-disposição na verdade uma queixa com relação a essa metodologia e na verdade uma expectativa de que o governo fosse formar a sua proposta inicial a partir de uma consulta a comunidade e essa é uma metodologia possível que envolve alguns custos e alguns benefícios. Uma outra que também é legítima e é só isso que eu peço que os senhores reconheçam, é que o governo primeiro apresente o seu projeto e em seguida discuta com e que não tem nada de autoritário nisso. E, volto a insistir, eu fiz esse comentário não por conta da natureza das críticas, isso não tem nada a ver como uma crítica como concentração de poder do diretor geral, não é isso! Isso tem a ver com todas as críticas e com a dificuldade de estabelecermos, por conta deste tom, o debate técnico.

Eu acho que houve propostas técnicas, não tenho dúvidas aqui, críticas muito construtivas, mas a dificuldade de filtrar no meio de tanto ruído emotivo foi bastante grande.

Eu queria tentar tratar rapidamente de algumas colocações. Eu, de fato esses dados sobre o sistema eles estão disponíveis, não tem nenhum problema de a gente intercambiar essas informações. Houve uma mudança grande especialmente no final de 99 para cá onde a SEAE e a SDE começaram a ter uma capacidade por conta de aprimoramentos do seu funcionamento interno de enviar um número muito...aumentou a velocidade de envios de casos para o CADE. Para vocês terem uma idéia, os casos mais

simples saem hoje da SEAE em uma semana, então e acho que alguns dos senhores que tem, são nossos clientes digamos assim e tem dados _____. Eu não tenho a média de cor, digo isso com bastante honestidade, mas nós fizemos esses estudos, então realmente acho que houve uma mudança nessa estatística.

Agora, eu acho que há ainda uma dificuldade realmente de entender um dos aspectos que nós gostaríamos de chamar a atenção; de fato a proposta de mudança ela não tem como fundamento exclusivo ou principal até uma racionalização administrativa do sistema. Quer dizer, o objetivo principal não é em primeiro lugar dar maior agilidade; claro que nós queremos isso também e isso é parte dos objetivos, mas o que nós estamos tentando fazer, eu volto a insistir nisso, é alterar o processo decisório no antitrust brasileiro; introduzir sobretudo o julgamento e esse processo de julgamento como a alma das decisões do antitrust no país. Porque nós consideramos uma série de razões, que eu tive oportunidade de manifestar anteriormente, que esse processo trás enormes vantagens e eu volto a usar uma palavra talvez vaga, do ponto de vista público, e aí essa vantagem que tem a ver com a eficácia é só no seguinte sentido, é mais uma vez a representação do interesse do povo derivado da separação da atividade de acusação e da atividade de julgamento, cria incentivos mais apropriados para que a acusação tenha êxito e que, por exemplo e que nesse sentido a condenação de conduta seja mais eficaz. Quer dizer, essa mudança no desenho institucional do ritual antitrust foi uma das coisas que motivou essa mudança.

Acho que tem um outro ponto que eu gostaria de comentar, que diz respeito ao exercício então da... com os dados do faturamento. A metodologia é muito simples, eu não chamaria sequer de metodologia, nós olhamos para trás e vimos o efeito que isso traria sobre o sistema, com base no conjunto de operações que foram apresentados ao sistema até... Sim, o valor de 150 milhões, o Darwin aqui já mencionou a origem dele, agora o período de comparação é de janeiro de 99 até meados de 2000, creio que se chegamos a junho de 2000 dentre as operações submetidas, é isso. Exatamente, eu reconheço, foi um trabalho retrospectivo... Não! Foi um trabalho retrospectivo e tem a ver de fato com as operações que ocorrem no sistema, claro! Porque... não! Entendo, acho que isso é uma das coisas...

Tem uma outra comparação, eu acho isso profundamente... eu vou ser aqui bastante claro, bastante claro. Que é o conjunto de algumas operações que entraram no sistema, para que não fique nenhuma dúvida mais do que foi possível fazer nesse momento. Existe o conjunto de operações que entraram no sistema durante um determinado período, se não me falha a memória foi de janeiro de 99 até junho de 2000, foram operações subordinadas ao sistema. Se o critério fosse aplicado a essas operações haveria essa redução; o exercício é

limitado, o exercício envolve eventualmente grande número de dados e pode ser melhorado e refere-se a dados sobre o faturamento no Brasil. Agora, eu volto a insistir num ponto que eu acho que é de novo; a gente se perde aqui nos dados e se perde numa necessidade de divergir que para mim é patética. O que está sendo apontado nessa lei é o que quê é prioridade, o que é prioridade e talvez a gente esteja confundindo e eu digo isso claramente, política antitrust com a legislação antitrust, esse aqui é um pensamento que eu me permito fazer abertamente nesse caso. Mas, o que nós estamos dizendo é que o que é prioridade, é o que quê é prioridade de análise prévia de atos de concentração são operações que geram efeitos no Brasil, que geram efeitos... e são empresas que tem faturamentos no Brasil; isso não impede que o diretor geral peça a submissão... Isso de novo tem a ver com a aplicação de recursos escassos, porque a agência tem uma restrição orçamentária, seja lá qual for ela, e não disporá, não poderá dispor de recursos para examinar todos os atos.

Uma última observação, sobre o conceito de eficiência e eficiência distributiva. Tem razão o professor Mário Possas e o conceito de eficiência econômica ou eficiência alocativa, é um conceito da microeconomia tradicional que tem sido utilizado com alguma frequência nas decisões antitrust, mas não é o único. Agora, a dificuldade se há dificuldade de tomar objetiva a análise deste elemento, é igualmente verdade que a questão da equidade e da questão da distribuição envolve problemas de natureza técnica ainda maior. Eu acho que, pode ser uma decisão mas isso é uma decisão de novo que não é técnica, não envolve a ciência econômica, não envolve nenhuma racionalidade técnica, reincorporar a legislação aspectos distributivos. Essa é uma decisão que no meu modo de ver não guarda nenhuma racionalidade técnica, mas guarda uma determinada visão da política, ou melhor da legislação antitrust, uma visão talvez que seja mais compatível com a política antitrust que o governo queira incorporar.

Dr. Ubiratan Mattos: Dr. Considera, as suas considerações finais e estaremos... Não! Nós temos um problema aqui de pessoas que precisam viajar, e ao mesmo tempo temos a disposição de vários aqui da mesa de prosseguir mais um pouco. Eu vou passar a palavra ao Dr. Luciano Coutinho, para que faça os seus comentários e em seguida eu passo a palavra ao secretário e nós encerramos o evento. E, o Dr. João Grandino também pediu um minuto para se manifestar.

Dr. Luciano Coutinho: Para não repetir coisas que já foram faladas, eu vou ser... vou lembrar um ponto que me parece que não foi abordado e que é um ponto que esconde talvez boa parte da controvérsia, que é o fato de que o processo de filtragem se é conduta, se é um ato de concentração ou se é um ato que mexe com estrutura de mercado, é importante demais para ser feito por uma pessoa só ou por uma estrutura só.

Então, essa filtragem prévia, quer dizer o ganho do projeto é ter guichê único, perfeitamente, mantenham o conceito de guichê único. Mas é preciso que o processo de filtragem seja multidepartamental, seja um processo de filtragem que seja... porque a agência tem um perfil triplo; ela tem conduta econômica, defesa do consumidor e regulação de atos de concentração ou atos que incidem sobre a estrutura de concorrência. Faz-se a seguinte pergunta, uma pergunta que é de organização e métodos, que parece que isso aqui não passou, esse projeto não passou por ninguém da área de business para que entenda de organização e métodos; parece um projeto pouco racional do ponto de vista de eficiência. Talvez se devesse e se é um assunto que é pura conduta, ele deveria ir direto para um tipo de assunto de diretoria ou de providência. Se não é, se é ato de concentração ou é um ato que embora não seja de concentração, é uma aliança, joint venture ou coisa assim, mas mexe com estrutura de mercado deveria se fazer a pergunta: é um ato que é uma simples substituição de proprietário, uma entrante que comprou alguém, então não mexe com uma estrutura, é fast-track, é uma recompra de franquias é fast-track, então deveria ter critérios muito explícitos e muito claros de fast-track e que você tira do sistema e autoriza. Não é! é um ato que mexe com estrutura de mercado e portanto tem implicações sobre concorrência, aí sim examina-se, se é relevante ou não é relevante numa primeira abordagem e aí se decide como é que dá o tratamento. Agora todo esse contexto de decisão não pode ser um contexto uniburocrático, ele tem que ser uma decisão...então eu acho que caberia uma reflexão mais profunda sobre a forma de organização dos fluxos dos processos de decisão, porque eu acho que está aí boa parte da discussão sob o excesso ou não excesso de concentração de atribuições do diretor geral. Eu não sei se faz sentido inclusive a existência de um diretor geral numa agência com tripla função. Então essas são apenas algumas reflexões. Eu acho que talvez devêssemos retomar do zero um pouco a reflexão.

Eu digo o seguinte; não me agrada o projeto do jeito que está. Não é porque o presidente da república acha e pediu assim que a sociedade tem que aceitar ou o Congresso tem que aceitar. Então, eu acho que tem que repensar, sem nenhuma aí ofensa ou coisa... o seguinte, porque na verdade a idéia de guichê único pode ser preservada e a idéia de processos integrados deve ser preservado, mas há de se buscar uma outra racionalidade mais compatível com a experiência e com o que o Gesner colocou, que é uma coisa empírica, uma verificação empírica de coisa. então, enfim acho que já... era isso que eu queria sublinhar.

Dr. Ubiratan Mattos: Muito obrigado. Com a palavra o Dr. Cláudio Considera e em seguida, o Dr. João Grandino Rodas.

Dr. Cláudio Considera: Nós não passamos isso por uma área de

organização e métodos não! Mas a experiência da gente em termos de trabalhar em administração pública durante muitos anos nos capacita fazer o que fizemos, além disso a Casa Civil que tem este tipo de trabalho, está passando e passou a limpo grande parte deste projeto antes de ele ir para a consulta pública.

Agora, o doutor Luciano Coutinho abordou exatamente o problema como ele está colocado, é isso que vai ser! Ou seja, há um fast-track ou seja, tem o que nós estamos chamando de rito sumário, o projeto vai terminar quando não há o que ser contestado, uma recompra de franquias não haverá contestação do diretor geral, porque isso passou em sete instâncias antes de chegar na mão do diretor geral, sete instâncias dentro da agência, isso num prazo não superior a vinte dias. Quando houver necessidade de requisição de documentos a mais, haverá um prazo adicional de quarenta dias para ser decidido em função da apresentação que a empresa fará dos documentos adicionais e aí nós transferimos a celeridade do processo para ela. Ela diz: nós queremos nos associar de uma certa forma; como ela vai ser obrigada a submeter o ato de concentração previamente, ela terá que andar rápido na coleta do material que a agência vai pedir, para instruir o processo devidamente. Este caso, eventualmente, irá ao tribunal, contestado pelo diretor, porque ele pode ser nocivo a concorrência. O diretor geral como um promotor da concorrência levará o caso ao tribunal. Se o promotor da concorrência decidir que não é uma caso, a decisão dele será publicada e o CADE tem 30 dias para avocar dessa decisão. O Tribunal terá 30 dias para avocar essa decisão e tomará as decisões dele num prazo de 60 dias mais no máximo. Portanto, tudo o que você colocou está previsto dentro do que nós fizemos, ou seja, esse processo que você mencionou muito bem é previsto no que nós estamos falando aqui, o projeto prevê exatamente isso que você falou. Eu não estou entendendo a dificuldade; o que foi decidido na recompra de franquias, porque que sete pessoas leram aquela coisa dentro da agência e nós vamos passar para sete conselheiros ler outra vez e decidir o quê, o que vai ser decidido aí? Vai ter 80 casos na mão de cada Conselheiro, é isso que vai acontecer. Tem sentido um caso de aquisição de cimento em 1996, estar sendo julgado pelo CADE agora, tem sentido isso? Não tem! Sinceramente, eu acho que nós estamos distorcendo a questão, estamos aí malhando essa coisa de decisão monocrática, decisão monocrática, virou assim a questão principal: decisão monocrática como se alguma coisa relevante foi decidido pelo diretor geral. Foi decidido sim uma coisa muito relevante, é não levar besteira para o Tribunal, é fazer com que o Tribunal tenha tempo para refletir sobre o que é importante na economia brasileira e fazer a sua jurisprudência em termos do que é importante na economia brasileira e não decidir sobre recompra de franquias, que sai em três dias como o Paulo falou há pouco, contados os tempos então do protocolo dá mais de dois. É isso que a gente faz hoje em dia

com esses processos.

Então, acho que as pessoas estão malhando em ferro frio entendeu, com essa história de decisão monocrática querendo com isso, me parece, destruir um projeto por uma coisa que não é de fato o problema do projeto. Muito obrigado.

Dr. Ubiratan Mattos: Dr. João Grandino.

Dr. João Grandino Rodas: Antes de tocar um ponto muito rápido, já que foi citada a questão do cimento, estive ontem examinando e realmente ele entrou em 97 e veio ao CADE em 99, então dos três anos não se pode debitar todo ao órgão final. Mas não era isso que eu ia falar; realmente ouvindo o Dr. Paulo, ele falou sobre a questão da incompreensão com o anteprojeto, e realmente pode se entender dessa forma e fazer uma meditação final de minha parte, talvez fosse justamente porque, se nós estamos num turning-point em que as coisas precisam ser mudadas de uma forma fundamental. realmente a problemática da exposição de motivos que talvez diminuísse essa incompreensão. Em segundo lugar, considero que tendo indo para a consulta prévia essa consulta pública, que deva ter sido por alguma razão. Então, com todo esse debate que nós tivemos e não estou dizendo de uma parte ou de outra, sente-se assim muito o tom de egêse, egesética no sentido de defender aquilo e todos nós sabemos o que que é a disciplina egesética em que os padres da igreja antiga, já que nós precisamos terminar na religião como começamos, eles procuravam defender e é defesa. Quer dizer, é defesa e todos os argumentos possíveis de defesa. Nós precisamos de certa forma de todas as partes... foi feito um projeto, que ele é muito bom ele é, se ele veio para a consulta pública obviamente tem que haver esse retomo que eu espero que haja. Ou seja, que essa consulta pública sirva para alguma coisa e não meramente como um exercício entre mandar o mesmo projeto que estava, porque é no Congresso que se decide como eu ouvi há pouco, então não precisaria haver a consulta pública.

Mas, realmente eu acho que todos nós aqui saímos mais enriquecidos desses debates todos e com a certeza de que ninguém tem a verdade. Eu não tenho a verdade, os senhores não tem verdade, ninguém tem a verdade e justamente porque terminando nesta tônica cristã, Cristo mesmo perguntou: o que é a verdade?

Dr. Ubiratan Mattos: Bom, agora estamos realmente encerrando esse Seminário e eu não poderia fazê-lo sem mencionar e agradecer aquelas pessoas que trabalharam para que esse evento se tomasse possível. Devo

mencionar as nossas ajudantes: Nadir, Márcia, Ana Paula, Carla Cristina, a nossa secretária Dora, as tradutoras Lúcia Helena e Magnólia e o nosso secretário executivo José Carlos Busto, a quem em nome do IBRAC eu agradeço muitíssimo. E, agradecendo também a presença dos nossos convidados e especialmente de todos os senhores e senhoras. Muito obrigado.

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**