

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 7 número 4 - 2000

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 7 número 4 - 2000

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 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: 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

ÍNDICE

CONDUTAS	7
ABERTURA	7
Ubiratan Mattos	7
José Augusto Regazinni.....	8
Pietro Ariboni	9
Mauro Grinberg:.....	11
Paulo Corrêa	19
João Bosco Leopoldino	23
Odete Medauar	28
Caio Mário da Silva Pereira Neto	34
Fernando de Oliveira Marques	42
Laércio Farina.....	44
DEBATES	46
INFORMÁTICA E CONCORRÊNCIA	57
Coordenador: Luiz Sette.....	57
Richard F.D. Corley (paper apresentado)	59
I. Introduction	61
II Competition Law Goals	62
III Information Economy	64
A. Competition Law Implications of the Information Economy	65
B. Characteristics of the Information Economy	67
IV Information Economy Competition Law Challenges	73
A. Competition Law Goals for the Information Economy	74
C. Competition Law Authorities Should Act with Restraint	75
D. Exceptional Circumstances Justifying Intervention.....	77
V Conclusion	77
Arthur Barrionuevo.....	78
Rebecca Dick.....	87
COMPETITION IN HIGH-TECH INDUSTRIES	87
Marcos Vinícius de Campos	95
Alejandra Estela Herrera.....	97
Debates	101
ATOS DE CONCENTRAÇÃO	107
Coordenadora: Sônia Marques Döbler - IBRAC.....	107
Elizabeth Farina	107
François Souty (paper apresentado).....	115

COMPETITION, REGULATED SECTORS AND MERGER CONTROL: SOME REFLECTIONS ABOUT THE FRENCH EXPERIENCE	115
1/ The « Cohabitation » of Competition authorities and Sectoral Independent Agencies in France	116
A/ Competition Authorities	116
B/ Sectoral authorities.....	117
C/ Relationship between Competition authorities and sectoral regulators	119
D/ Merger control in the French law, from filing to assessment and decision .	120
2/ A brief reflection on the Case Law in three sectors.....	121
A/ Competition law and the telecom sector	121
B/ Competition law and the Media sector.....	123
C/ Competition Law and the Electricity sector.....	124
Conclusion: Some concluding remarks about the Competition Council Advocacy functions on structural matters.....	127
Juan Antonio Rivière:	130
William J. Bear: (em inglês)	135
Celso Cintra Mori:	135
José Inácio Gonzaga Franceschini	139
Debates	140
SISTEMA BRASILEIRO DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO -	145
Coordenador: Ubiratan Mattos	145
Carlos Ary Sundfeld	148
Cláudio Considera	150
Paulo de Tarso	154
Gesner Oliveira.....	159
Pedro Dutra.....	167
Marta Calmon Lemme	171
Carlos Francisco de Magalhães	173
Debates	174

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

5th International Seminar of Competition Law

Local/ Place: Grande Hotel, Campos do Jordão - SP

Data/Date: 5 e 6 de Novembro, 1999 / November 5 and 6 1999

Quinta-feira, 4 de Novembro / Thursday, November, 4

21h30	Jantar de confraternização/Dinner
-------	-----------------------------------

Sexta-feira, 5 de Novembro / Friday, November, 5

8h00 – 9h00	Credenciamento / Registration
-------------	-------------------------------

9h00 – 9h15	ABERTURA/ OPENING: Ubiratan Mattos, Presidente do IBRAC / <i>President of IBRAC</i>
9h30 – 12h00	CONDUTAS / CONDUCTS Reflexo na ordem econômica das práticas anticoncorrenciais The influence of anticompetitive practices in the economic order Requisitos de admissibilidade do procedimento administrativo Admissibility requirements in the administrative procedure Limites da atuação da administração na condução do procedimento administrativo Limits of Public Administration in conducting administrative procedures
Coordenador <i>Chairman</i>	<i>Pietro Ariboni -IBRAC</i>
Expositores <i>Speakers</i>	1. Paulo Corrêa - <i>Coordenador Geral da SEAE / SEAE's General Coordinator</i> 2. Mauro Grinberg - <i>IBRAC</i> 3. João Bosco Leopoldino - <i>Conselheiro do CADE / CADE's Commissioner</i> Coffee Break 15 minutos 4. Odete Medauar - <i>Profa. de Direito Administrativo da USP / Professor of Administrative Law, USP</i> 5. Caio Mário da Silva Pereira Neto - <i>Diretor do DPDE-SDE / Director of DPDE-SDE</i>

Debatedores <i>Commentators</i>	<i>Fernando de Oliveira Marques - IBRAC</i> <i>Laércio Farina - IBRAC</i>
------------------------------------	--

<i>14h00</i> <i>18h00</i>	– INFORMÁTICA E CONCORRÊNCIA / INFORMATION AND COMPETITION
------------------------------	---

	Diretrizes da regulamentação governamental para o setor de alta tecnologia <i>Principles guiding government regulation of high-tech industries.</i> <i>Questões de concorrência no setor de softwares</i> Competition issues in the software industry Análise econômica do setor e do mercado de alta tecnologia <i>Economic analysis of the high-tech business and market</i> Concorrência no setor de telecomunicações <i>Competition in the telecommunication business</i>
--	--

<i>Coordenador</i> <i>Chairman</i>	<i>Luiz Sette - IBRAC</i>
---------------------------------------	---------------------------

<i>Expositores</i> <i>Speakers</i>	1. Richard Corley - <i>Davies Ward & Beck, Toronto Canada</i> 2. Arthur Barrionuevo - <i>Prof. da Fundação Getúlio Vargas - SP - Ex Conselheiro do CADE / Prof.of FGV- SP , former CADE Commissioner</i> Coffee Break 15 minutos/minutes 3. Rebecca Dick - <i>Antitrust Division US-DOJ</i>
---------------------------------------	---

<i>Debatedores</i> <i>Participants</i>	<i>Alejandra Estela Herrera - ANATEL</i> <i>Marcos Vinícius de Campos – IBRAC</i>
---	--

Sábado, 6 de Novembro / Saturday, November 6

<i>9h00 – 12h00</i>	ATOS DE CONCENTRAÇÃO/ CONCENTRATION ACTS
---------------------	---

	Caracterização do ato de concentração econômica, o que é ato de concentração? /Characteristic of economic concentration act, what is a concentration act? Momento de apresentação / Moment to notify Fusões em setores regulamentados (bancos, transportes, telecomunicações, energia) / Mergers in regulated markets (banks, transportations, telecommunications, energy) Atos de Concentração: Competitividade e Concorrência / Concentration Acts: Competitiveness and Competition
--	--

<i>Coordenador</i> <i>Chairwoman</i>	<i>Sônia Marques Döbler - IBRAC</i>
---	-------------------------------------

Expositores <i>Speakers</i>	<p>1. Elizabeth Farina - <i>Profa. de Economia da FEA / Professor of economics at USP</i></p> <p>2. François Souty - <i>OECD e Conseil de la Concurrence – França</i></p> <p>Coffee Break 15 minutos</p> <p>3. Juan Antonio Rivière - <i>Comunidade Européia – DGIV / EC - DGIV</i></p> <p>4. William J. Bear - <i>Federal Trade Commission – US - FTC</i></p>
Debatedores <i>Comentators</i>	<p>Celso Cintra Mori - <i>IBRAC</i></p> <p>José Inácio Gonzaga Franceschini - <i>IBRAC</i></p>

14h00 18h00	–	<p>SISTEMA BRASILEIRO DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO</p> <p>THE BRAZILIAN SYSTEM OF COMPETITION AND REGULATION</p>
		<p>Política industrial e política da concorrência</p> <p>Industrial policy and competition policy</p> <p>Agências regulatórias e política de defesa da concorrência</p> <p><i>Regulatory agencies and competition policy</i></p> <p>CADE, SDE, SEAE - competências e atribuições</p> <p><i>CADE, SDE, SEAE – jurisdiction and attributions</i></p>
Coordenador <i>Chairman</i>		Ubirantan Mattos
Expositores <i>Speakers</i>		<p>Carlos Ary Sundfeld - <i>Prof. de Dir. Adm. da PUC-SP / Prof. of Law PUC- SP</i></p> <p>Cláudio Considera - <i>Secretário de Acompanhamento Econômico / Secretary of economic affairs</i></p> <p>Paulo de Tarso - <i>Secretário de Direito Econômico / Secretary of Economic Law</i></p> <p>Coffee Break 15 minutos/ minutes</p> <p>Gesner Oliveira -<i>Presidente do Cade / President of CADE</i></p> <p>Pedro Dutra - <i>IBRAC</i></p>
Debatedores <i>Participants</i>		<p>Marta Calmon Lemme - <i>DECOM - MDIC</i></p> <p>Carlos Francisco de Magalhães - <i>IBRAC</i></p>

17h00	ENCERRAMENTO / CLOSING	Ubiratan Mattos, Presidente do IBRAC / President of IBRAC
-------	------------------------	---

CONDUTAS

REFLEXO NA ORDEM ECONÔMICA DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS
REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO NA CONDUÇÃO DO
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
COORDENADOR: PIETRO ARIBONI - IBRAC

ABERTURA

Ubiratan Mattos

O IBRAC realiza hoje e amanhã o V Seminário Internacional de Direito da Concorrência e isto só foi possível pela colaboração de vários que durante algumas semanas dispensaram um pouco do seu tempo na organização do Seminário, mas sobretudo pela presença dos senhores e das senhoras neste evento. Nós, tivemos a felicidade de contar com ilustres convidados, tanto do Brasil, como do exterior, e eu mencionaria daqueles que estão entre nós, o Sr. Juan Antonio Rivière, nosso velho amigo da Comissão Européia, Diretoria Geral da Concorrência, sempre presente nos eventos do IBRAC; o Sr. François Souty, do Conselho da Concorrência, em França; a Sra. Rebeca Dick, do Departamento de Justiça americano - Antitrust Division, o Sr. Willian Bear, até duas semanas atrás membro da Federal Trade Commission e agora na iniciativa privada; o Sr. Richard Corley, de Davies Ward & Beck, Toronto, Canadá; a Dra. Alejandra Herrera e mais cinco colegas da Anatel, a Dra. Alejandra representando o Dr. Renato Guerreiro, presidente da Anatel; a Dra. Marta Calmon Lemme, do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio, do DECOM; Dr. Cláudio Considera, da Secretaria de Acompanhamento Econômico; Dr. Paulo Corrêa, Coordenador Geral da Secretaria de Acompanhamento Econômico; Dr. Caio Mário da Silva Pereira, diretor do DPDE; Dr. Paulo de Tarso, Secretário de Direito Econômico; Doutor Amauri Serralvo, Procurador Geral do CADE; Dr. Gesner de Oliveira que está a caminho, presidente do CADE, e os nossos Ilustres Conselheiros, o Dr. João Bosco Leopoldino, Dr. Rui Santa Cruz, Dr. Marcelo Caliarri e a Dra. Hebe Romano, entre tantos outros ilustres convidados que nos honram com a sua presença neste evento.

E por que estamos nós reunidos pela quinta vez para falar sobre o Direito da Concorrência? Existe um consenso no IBRAC, entre os seus

associados, e volto a ressaltar que o IBRAC é um agrupamento de pessoas e empresas, profissionais das áreas de economia, do direito, professores, acadêmicos em geral, no sentido de nos colocarmos como interlocutores da sociedade junto aos órgãos do governo, na divulgação e na consolidação da Defesa da Concorrência no Brasil.

Nós, acreditamos de fato que muitas das distorções econômicas e o bem estar social se resolvem com a aplicação correta e adequada da legislação de concorrência. Nós temos tido a preocupação defender a prevalência do interesse institucional sobre eventuais interesses corporativos. Nós do IBRAC, não estamos e nem iremos defender interesses corporativos, nós defendemos uma coisa maior, um interesse geral, institucional, de consolidação do sistema da livre competição no Brasil. E é por isso que nós temos realizado esses eventos, nos colocando numa posição de independência, permitindo, incentivando e convocando nossos associados e nossos convidados, ilustres autoridades, para um debate franco, aberto, crítico talvez, mas sempre com objetivo construtivo. E é neste espírito que eu declaro aberto o V Seminário do IBRAC, convocando os senhores para este debate entre amigos, um debate informal. A pauta, ela foi preparada propositadamente sobre a ótica da informalidade, até seguindo a ordem da lei, porque nós entendemos que existem alguns gargalos a serem resolvidos, algumas correções a serem feitas, eventualmente até sugestões para aperfeiçoamento da legislação de concorrência. Eu agradeço a presença dos senhores e das senhoras e declaro aberta a Sessão, convocando o nosso Diretor Vice-Presidente, Dr. José Augusto Regazinni, para dizer algumas poucas palavras sobre as regras a que nós nos submeteremos durante este evento. Muito obrigado a todos.

José Augusto Regazinni

Bom dia a todos. Nós vamos estar falando hoje muito de, concentração, conduta e abuso e o meu papel aqui é falar um pouco de concentração de pessoas nesse auditório, abuso de conduta e o que resolver para que tenhamos um seminário agradável.

O IBRAC, tem orgulho de fazer um seminário internacional. Conforme o nosso presidente disse, temos a presença de várias autoridades internacionais na área, mas o IBRAC precisa também ficar internacional no cumprimento do horário. Nós temos experiência nos demais seminários que participamos pelo mundo afora e vamos tentar ser cumpridores do horário nesse nosso seminário. Cada coordenador de mesa vai estabelecer prazos para os palestrantes, e vamos tentar fazer com que o nosso Coffee Break seja efetivamente de 15 minutos.

Outra regra que eu gostaria de lembrar aos senhores é das perguntas; obviamente que esse seminário tem que ter um intuito participativo; queremos que haja várias perguntas, de novo aqui os temas são Concorrência e Elasticidade da Demanda; vamos fazer perguntas curtas, vamos deixar de fazer concorrência com os palestrantes, ou seja, o tamanho das perguntas tem que ser numa medida boa para evitar que sejam difíceis de serem respondidas e atendendo a um pedido das nossas tradutoras, por favor façam as perguntas no microfone, senão elas não vão conseguir ouvir.

Outra coisa, nós podemos ter perguntas escritas e verbais. Durante os debates vocês poderão fazer as perguntas verbais, mas se durante alguma palestra alguém já resolver fazer alguma pergunta, tem uma folhinha de perguntas na sua pasta e as meninas do IBRAC vão estar do lado e já poderão recolher as perguntas durante a própria palestra.

Finalmente, por decisão judicial está proibido o fumo em todas as aeronaves civis desse país e nesta sala também, então por favor evitem fumar aqui; aqueles que precisarem sair para fumar, por favor tem um corredor no final da sala que facilita a saída de quem precisar. E antes de terminar, vamos desligar os celulares por favor, que incomoda muito o celular tocando. Muito obrigado.

Pietro Ariboni

Meus senhores bom dia. A manhã está excelente para um bom trabalho profícuo, o friozinho que foi encomendado pelo IBRAC chegou na hora certa, os que quiserem aproveitar o calor o fizeram ontem; hoje daqui para a frente teremos que suar aqui dentro dessa sala porque, temos um momento específico e especial, que estão reunidos hoje, eu diria a fina flor de todos aqueles que lutam para manter a ordem econômica e todos que dedicam os seus melhores esforços para implantar definitivamente esta forma específica e hoje realidade global que deve pautar evidentemente a própria fundamentação do desenvolvimento do nosso país num contexto internacional e em nenhum fórum poderia apresentar efetivamente melhores condições do que este, já que além dos advogados e economistas e empresários diretamente interessados no tema; contamos hoje e isto não é fácil, estamos reunidos hoje além de eminentes profissionais, mestres, doutrinadores, contamos inclusive com aqueles que estão na primeira trincheira defendendo a ordem econômica contra a realidade do mercado. Ou seja, todos os que compõem as várias entidades oficiais do governo, SEAE, SDE, CADE, que lutam dia-a-dia estoicamente contra a falta de meios, falta de condições e contra um mercado que se torna cada vez mais sofisticado e dificilmente de controlar. Portanto,

nós temos hoje a possibilidade aqui de, além de ouvirmos uma série de informações importantes também de dirigirmos diretamente aqueles que podem e devem por função, garantir a implantação deste sistema.

Está se buscando hoje pela manhã é exatamente focalizar algo que no passado tem sido deixado num segundo plano, já que todos estes órgãos estiverem muito envolvidos nas questões das concentrações. Efetivamente, tivemos aí dois ou três anos onde o número de concentrações realmente surpreendeu e acabou absorvendo praticamente todas as energias dos três órgãos. Mas isto que hoje, está praticamente normalizando-se, na verdade então existe um momento hoje de tomar consciência de que, muito mais importante do que as concentrações, estamos tendo que enfrentar a realidade da conduta, conduta em sentido lato, ou seja, nós temos como diretriz constitucional, que o que está se buscando é a livre iniciativa. Não existe livre iniciativa sem a livre concorrência, só que eu acrescento alguma coisa a mais; livre concorrência em si ela pode ser absolutamente negativa e pode ser destruidora do sistema, se ela além de livre também não for leal. Portanto é livre e leal concorrência que determina efetivamente a possibilidade do exercício por parte de todos os agentes econômicos, da benfeitoria livre iniciativa, em prol do quê, do livre mercado. E hoje nós temos aqui na mesa, podemos contar com a presença de pessoas importantíssimas nessas áreas que ou pela experiência pessoal de trabalho, ou pela experiência acumulada no dia-a-dia enfrentando esses tipos de problemas junto ao governo, ou como doutrinador, poderão nos dar efetivamente trilhas, poderão inclusive responder a muitas perguntas; uma delas que esta hoje, hoje está efetivamente preocupando os empresários é, em que medida se pode estabelecer o limite entre o interesse privado que é o que prevalece normalmente nas relações puramente concorrenciais, ou seja, de uma empresa com outra e um interesse coletivo representado pelo reflexo negativo que estes comportamentos na área privada possam ter agredindo o sistema importante da ordem econômica, ou seja, que possam estabelecer formas de lesão a esta livre concorrência. Então, hoje nós poderemos ter eventualmente ferir este tema e poderemos ter respostas ou pelo menos discutir a respeito disto, porque hoje o Brasil o merece.

Eu gostaria de reafirmar aquilo que foi dito aqui pelo nosso Bedel, a respeito da necessidade de que, uma vez que são cinco palestrantes; os cinco vão cativar a atenção de toda a platéia, evidentemente se deixarmos todos para o fim do nosso expediente para formular as perguntas, poderá alguma coisa ser perdida, ser dissipada e democraticamente todos os que estão aqui tem direito de formular pergunta, ou melhor ainda sugestões. Então, eu sugeriria de novo que, efetivamente ao longo das palestras, das apresentações, quando alguém tiver qualquer dúvida ou sugestão para contribuir que o faça

encaminhando diretamente por escrito para a mesa. Tudo isso será discutido na meia hora final que por mínimo nós teremos para esse debate.

Nós, estamos hoje diferentemente do que constava no programa, nós temos aqui como debatedor também o nosso amigo que está com constrição de fumante, mas tudo bem, é contra a vontade mas está aí, aderiu a ordem e o Laércio Farina que deveria estar no outro painel, mas como ele é muito importante eu o roubei daquele, passei para cá para ter o prazer de tê-lo a minha esquerda.

Eu daria a palavra primeiramente para o nosso companheiro Mauro Grinberg, que é do IBRAC e ele é ex-conselheiro do CADE, portanto ele pôde somar toda a experiência como soldado da primeira trincheira e hoje labutando na área privada exatamente, enfrentando esses tipos de problema. Estaremos justamente discutindo os aspectos substantivos e adjetivos das condutas. Então eu daria a palavra inicialmente para o companheiro Mauro Grinberg.

Mauro Grinberg:

1. Com este brevíssimo estudo sobre indícios e provas na averiguação preliminar e no processo administrativo, tem o autor a (certamente exagerada) pretensão de oferecer alguma luz sobre a atividade probatória nos processos para apuração e punição das infrações da ordem econômica.

2. Estabelece o artigo 30 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A SDE promoverá averiguações, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo”.

3. O que se percebe, assim, é que há duas classes de indícios que, para efeito meramente expositivo, podemos chamar de indícios simples e indícios complexos; os primeiros servem para a instauração de averiguação preliminar e os últimos servem para a instauração de processo administrativo.

4. Conseqüentemente, se os indícios de que dispõe a autoridade forem simples, ela fará a instauração da averiguação preliminar, na tentativa de transformar esses indícios em complexos, sendo certo que, quando a autoridade se depara com indícios complexos, pode desde logo – embora perdendo a oportunidade de completar sua convicção com esclarecimentos

adicionais - instaurar o processo administrativo, de acordo com o disposto no artigo 32 da Lei nº 8.884, de 1994:

“O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados”.

5. Ocorre ainda uma presunção segundo a qual representação do Congresso Nacional é considerada como verificadora da existência de indício complexo de infração da ordem econômica, de acordo com o disposto no parágrafo 2º do artigo 30 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de Averiguações Preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo”.

6. A instauração de averiguação preliminar ou de processo administrativo depende – ressalvada a hipótese de atuação de ofício -, em primeiro lugar, de representação, relativamente à qual o artigo 4º do Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência – doravante denominado simplesmente Regulamento -, aprovado pela Portaria n.º 753, de 1998, do Sr. Ministro da Justiça, estabelece:

“A representação deverá conter a qualificação do representante e do representado, a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados, seus efeitos reais ou potenciais no mercado, as informações sobre o mercado de atuação dos interessados e a indicação de outros dados relevantes para subsidiar a investigação, podendo ser redigida conforme formulário anexo”.

7. Devem desde logo ser colocadas de lado, por exemplo, meras reclamações contra aumentos de preços e outras querelas de cunho eminentemente comercial, nas quais não se encontra explicitado, entre outros, os “seus efeitos reais ou potenciais no mercado”, aplicando-se aqui o disposto no parágrafo único do artigo 5º do Regulamento:

“Se as práticas descritas na representação não preenchem os requisitos do *caput*, não serão promovidas averiguações preliminares, arquivando-se o

expediente, por despacho fundamentado, ou remetendo-o ao órgão competente, se for o caso, para as providências cabíveis”.

8. Volte-se, então, ao tema básico, que é a verificação de indícios para a abertura de averiguação preliminar ou processo administrativo, sendo indícios simples para a primeira e indícios complexos para o segundo.

9. Não são de socorro a Lei n.º 8.884, de 1994, e o Regulamento, o mesmo ocorrendo com o Código de Processo Civil (CPC), aplicado subsidiariamente de acordo com o disposto no artigo n.º 83 da Lei n.º 8.884, de 1994, e que não trata de indícios.

10. É possível recorrer, na busca de subsídio legislativo, ao disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

11. Deste modo, um fato conhecido e provado constitui indício de infração da ordem econômica se e quando – e somente se e quando - autorize, por indução, a conclusão sobre a existência dessa infração; esse é o indício (simples ou complexo) e, na medida em que esse indício seja transformado em prova – e somente na medida em que seja transformado em prova -, poderá gerar a condenação por infração da ordem econômica.

12. Precisa antes a autoridade ter enorme cuidado com a qualificação dos indícios, eis que a consideração de fatos irrelevantes como indícios pode gerar elevados e injustificados custos para os agentes econômicos envolvidos.

13. Mais ainda deve a autoridade motivar seu entendimento e seu despacho para explicitar qual fato é tomado como indício e que relação esse fato – que é tomado como indício – tem com o outro fato, este sim revelador da existência de infração.

14. Explica ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA:

“(…) a função da motivação é a de justificar a edição do ato administrativo motivado” (“Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, página 112).

15. Completa ODETE MEDAUAR:

“Durante muito tempo vigorou no direito administrativo a regra da não obrigatoriedade de enunciar os motivos do ato, salvo imposição explícita da norma. A partir de meados da década de 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente naqueles que: restringem o exercício de direitos e atividades; apliquem sanção; imponham sujeições; anulem ou revoguem uma decisão; recusem vantagem ou benefício qualificado como direito” (“Direito Administrativo Moderno”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, página 155).

16. É bem verdade que a exigência de motivação não se encontra prevista constitucionalmente entre os princípios que regem a Administração Pública; contempla-a, todavia, o artigo 2º da Lei n.º 9.784, de 1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

17. Dos indícios passa-se às provas, sem as quais não se pode falar em condenação por infração da ordem econômica.

18. A definição clássica de MITTERMAYER é citada por JOÃO BATISTA LOPES:

“Prova é o complexo dos motivos produtores da certeza” (“A Prova no Direito Processual Civil”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, página 22).

19. Em outras palavras e citando GARRAUD, diz JÔNATAS MILHOMENS:

“Tinha razão Garraud ao afirmar que o processo penal tem por ponto de partida uma suspeita (*un soupçon*) sobre a qual se funda a acusação e todo o trabalho do processo tende a *transformar essa suspeita em certeza (...)*” (“A Prova no Processo”, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982, página 128).

20. Aliás, o parágrafo 2º do artigo 17 do Regulamento não deixa dúvida sobre o fato dessa mesma orientação ter sido seguida:

“O Secretário ordenará, por despacho fundamentado, as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade real dos fatos ou atos referidos no despacho de instauração, competindo-lhe caracterizar a infração á ordem econômica”.

21. O processo, para levar a uma eventual condenação, deve necessariamente levar antes à certeza, utilizando para isso os meios de prova idôneos, sob pena de ficar caracterizado o que MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL FILHO chama de “totalitarismo praticado com feição legal” (“O Processo Administrativo no CADE”, em “Processo Administrativo – Aspectos Atuais”, organização de ODETE MEDAUAR, Cultural Paulista Editora, São Paulo, 1998, página 200).

22. Isto significa que, no âmbito do processo administrativo por infração da ordem econômica, o trabalho da autoridade é transformar o indício complexo em prova; se não o fizer, não estará caracterizada a infração, impondo-se o arquivamento.

23. Para se chegar a essa certeza, e não apontando a Lei n.º 8.884, de 1994, os meios de prova idôneos, aplica-se subsidiariamente o CPC, que os define e qualifica; aplica-se também os termos do Regulamento, no que não colidir com a lei.

24. Com efeito, estabelece o artigo 17 do Regulamento:

“Decorrido o prazo para a apresentação da defesa, com ou sem a manifestação do representado, a SDE determinará a realização das diligências consideradas necessárias e adequadas ao esclarecimento dos fatos objeto da investigação, podendo lançar mão de todos os meios de prova admitidos em direito”.

25. Ora, as provas admitidas em direito são exatamente as previstas no CPC, a começar pela confissão (artigo 348) e pelo depoimento pessoal do Representado (artigo 342), que, obviamente, é prova a ser requerida pelo titular do processo administrativo e não pelo próprio Representado.

26. Também prevista no CPC é a prova documental (artigos 355 e seguintes) que, dependendo de sua força, pode até afastar a prova testemunhal (artigo 400, inciso I).

27. No que tange à prova testemunhal, também prevista no CPC (artigo 400 e seguintes), salienta JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI:

“A audiência das testemunhas, a exemplo do interrogatório do Representado, também constitui indelegável ato de autoridade, regendo-se pelo princípio da *identidade física do julgador* (art. 37, parágrafo único, da LDC, art. 212 do Código de Processo Penal e art. 446, inciso II, do Código de Processo Civil). Assim, manteve-se a LDC, a exemplo do Código de Processo Civil, fiel ao sistema presidencialista de inquirição: só o Secretário interroga a testemunha (art. 83 da LDC c/c art. 416 do Código de Processo Civil). Ilegal, neste ponto, portanto, a franquia dada pelos arts. 17, parágrafo 1º, e 22, parágrafos 5º e 6º, da Portaria MJ n.º 753/98 ao admitir a possibilidade de inquirição de testemunhas ‘por autoridade por ele (Secretário) designada’, que não o próprio Secretário” (“Roteiro do Processo Penal-Econômico na Legislação de Concorrência”, em Revista do IBRAC, Volume 5, n.º 10, 1998, páginas 50 e 51).

28. Cuidado especial merece a prova pericial (artigos 420 e seguintes do CPC), eis que os parágrafos 1º a 5º do artigo 19 do Regulamento não contemplam toda a gama de procedimentos pertinentes, sendo a tal prova aplicáveis as disposições do CPC, inclusive e sobretudo à nomeação de assistente técnico e ao valor probante do laudo do assistente técnico (CPC, artigo 131), se divergente do laudo oficial.

29. No tocante à inspeção judicial, estabelece o artigo 440 do CPC:

“O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.

30. Está aí caracterizada a identidade física do julgador, o que não é contemplado pelo disposto no artigo 18 do Regulamento, cujo procedimento, assim, não guarda legalidade:

“A fim de obter esclarecimentos sobre o fato ou o ato investigado, o Secretário de Direito Econômico poderá expedir ordem escrita a autoridade designada para inspecionar as instalações e documentos do representado, na qual deverá especificar o objeto da diligência”.

31. A ouvida de informantes, prevista no parágrafo 2º do artigo 17 do Regulamento, e admitida por JOSÉ INÁCIO GONZAGA

FRANCESCHINI (obra citada, página 50), só é explicável à luz do disposto no artigo 332 do CPC:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

32. Essa prova, aliás, merece enorme cuidado, sobretudo porque o depoente não presta o compromisso de dizer a verdade sob as penas da lei; sua maior utilidade está em desvendar os demais meios de prova que podem ser obtidos para chegar à verdade.

33. Em verdade, esses outros meios de prova, admitidos pelo CPC, embora sem previsão específica, não podem, evidentemente, violar o princípio do contraditório, embora não existam regras específicas com relação às suas formalidades; ressalte-se, todavia, que todos os princípios previstos no artigo 2º da Lei n.º 9.784, de 1999, acima transcrito, devem ser obedecidos.

34. Assim, por exemplo, deve ser obedecido o princípio da razoabilidade, pelo qual a prova deve ser razoável dentro do que se busca demonstrar, não sendo razoável, por exemplo, a determinação às empresas para que as mesmas forneçam uma infinidade de dados para, dentre deles, a autoridade tentar encontrar uma justificativa para seus atos; é preciso lembrar que essa busca de informações desarrazoada gera custos também desarrazoados e pode até mesmo alterar o equilíbrio concorrencial em função desses custos desarrazoados.

35. Caminham juntos, aliás, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos previstos no mesmo artigo legal acima referido, e sobre os quais assim se manifesta ODETE MEDAUAR:

“Alguns autores pátrios separam *proporcionalidade* e *razoabilidade*. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o *princípio da proporcionalidade*. A Corte de Justiça da União Européia afirmou como princípio comunitário o da proporcionalidade.

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com a avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social” (obra citada, página 146).

36. Avulta, como conseqüência, o princípio da motivação, igualmente previsto no mesmo artigo, em decorrência do qual essa determinação de fornecimento de informações deve também ser motivada, o que implica em que a autoridade deve explicar o que busca com tais informações.

37. Outro cuidado a ser tomado gira em torno dos pareceres, sobretudo aqueles produzidos por outras entidades governamentais (Secretaria de Acompanhamento Econômico e Procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que, por mais importantes que sejam e por melhor que seja seu conteúdo, não constituem provas, sendo opiniões de seus prolores, opiniões essas que podem e devem versar até mesmo sobre as provas produzidas.

38. Um estudo como este não comporta conclusão, a não ser aquela que recomende a prudência e o extremo cuidado, sob pena de ocorrência de nulidades processuais e até mesmo de responsabilidades, na caracterização dos indícios e na utilização dos meios de prova.

39. Na verdade, este trabalho não é resultado de intensa pesquisa científica, resultando mais da observação do cotidiano profissional, sendo, até mais do que isso, o registro das várias perplexidades que nos afligem.

Pietro Ariboni: Obrigado ao amigo Mauro pelo rigor da observação aí temporal e ao mesmo tempo agradecendo pelo que, ele evidenciou aí a necessidade por parte dos que quiserem fazer representações, ou seja, dos empresários que se sentirem lesados e quiserem se socorrer da ação portanto das autoridades, de que efetivamente leve o máximo de provas possíveis para não sobrecarregar com esse trabalho probatório, difícil como foi demonstrado, para que exatamente se facilite então a apuração e o aceitamento dos fatos.

Para abordar agora sobre o prisma econômico, efeitos, causas e conseqüências econômicas dessas condutas, nós teremos o privilégio de ouvir pela voz de Paulo Corrêa que é Economista e Coordenador Geral da SEAE. Como sabem, a atuação da SEAE é exatamente no sentido de abordar todos esses fatos do ponto de vista econômico, reflexos e causas subsidiando

portanto depois o processo final decisório por parte do CADE. Portanto, é uma atuação preponderante e importantíssima. Então, poderemos ouvir hoje o ilustre economista, quais são as diretrizes que são seguidas pela SEAE para o enfoque desta matéria. Obrigado.

Paulo Corrêa

Bom dia, senhoras, senhores e demais participantes da mesa. Eu queria agradecer o convite do IBRAC em nome da SEAE para participar deste painel e também parabenizá-los pela organização deste V Seminário.

Eu vou organizar a minha intervenção em dois aspectos básicos. Examinando os temas e a formação dos demais participantes do painel, imputei a mim mesmo, numa divisão de trabalho implícita, a tarefa de abordar os efeitos econômicos das práticas anticoncorrenciais. Eu vou me atrever, além disso, a tecer alguns comentários sobre os outros dois pontos deste painel, embora de maneira marginal.

Gostaria de começar a minha intervenção recuperando uma preocupação do nosso ilustre coordenador sobre a relação entre interesse público e interesse privado e de que maneira a regulação de condutas pode afetar essa relação. Como provavelmente a maioria dos senhores sabe, a relação entre o interesse público e o interesse privado é um tema muito antigo em economia. Na verdade, podemos argumentar que o estudo desse tema está na raiz da própria fundação da economia como uma área autônoma de pensamento. Foi no final do século XVIII que Adam Smith, no seu “Riqueza das Nações”, deu uma solução particular a esse problema, no fundo traduzindo de uma maneira particular uma teoria política já existente e manifesta em vários autores, mas em especial em um livro belíssimo chamado “Fábula das Abelhas”, de Mandeville. Qual é o tratamento que Adam Smith dá a essa questão do interesse público e do interesse privado? Smith consegue, com bastante sucesso à época, demonstrar que existirá coincidência entre ações privadas e o interesse público, especialmente ações privadas no âmbito comercial, quando essas ações privadas forem tomadas independentemente. A idéia básica é que o mercado, como expressão do funcionamento privado e individual dos agentes econômicos, no que diz respeito às decisões de formar preço, é o mecanismo que garante que os interesses privados coincidam com os interesses públicos. Ações, como ações de formação de preços tomadas de maneira individual, ainda que visem exclusivamente à maximização dos interesses privados e individuais de cada tomador, geram um benefício público que se manifesta na oferta de bens e produtos aos menores preços possíveis e no maior nível de qualidade possível. Essa é a pedra angular na

qual está fundado o pensamento econômico. Alguns séculos depois, outros dois autores, Arrow e Debreu, desenvolvem essa idéia de uma maneira mais técnica, mas ela está presente já na própria origem do pensamento econômico. Eu pretendo, então, concentrar o restante da minha intervenção na relação entre decisões que não são tomadas individualmente e o interesse público.

É curioso que o próprio Adam Smith, em sua reflexão sobre as ações privadas, ao mesmo tempo que reconhece o papel do mercado na defesa do interesse público, reconhece que os agentes privados e os empresários de uma maneira geral têm uma forte tendência à cartelização. Isso é dito por um economista de corte naturalmente liberal, que defende o funcionamento do mercado.

Permita-me explorar como as decisões de formação de preço, que são coordenadas e portanto não individuais, afetam a economia e o desenvolvimento econômico. Acho que a melhor maneira de entender isso é considerar que os agentes privados reagem a incentivos e que os sistemas jurídicos e institucionais de modo geral, em particular as suas leis e a aplicação efetiva das leis, geram incentivos para esses agentes econômicos. Os agentes econômicos, ao tomarem decisões, escolhem, por exemplo, entre competir, ou seja, tomar decisões privadas, ou simplesmente conspirar para tomar decisões conjuntas. Naturalmente existem outras decisões, mas vamos olhar essas duas.

Cada sistema jurídico ou institucionalidade implica preços e recompensas implícitas para cada uma dessas decisões. Os agentes privados olham para essas recompensas e tomam a que melhor lhes convém. De uma maneira mais objetiva: a opção de cartelizar ou competir depende do preço relativo dessas duas condutas, depende da recompensa implícita no sistema institucional para cada uma dessas duas condutas. Por uma série de razões que não cabe detalhar aqui, nas economias em transição, em particular as economias que são egressas de sistemas de intervenção pública muito intensa, os custos de cartelização em geral são bem menores do que os custos de competição. Por características institucionais dessas economias, há um forte incentivo à cartelização.

Como é que isso afeta o desenvolvimento econômico? Os agentes econômicos, quando competem, investem em iniciativas que são produtivas, que têm como objetivo gerar melhores produtos, produtos de menor preço, produtos novos etc. Com a estratégia de colusão, todo o investimento é feito em atividades improdutivas, tais como, organizar e monitorar o cartel, e punir concorrentes que não sigam o acordo. Assim, importância de reprimir as condutas colusivas de uma maneira efetiva está em alterar o sistema de preços relativos, de incentivos implícitos aos agentes econômicos e fazer com que

augmente o volume de inversões produtivas na econômica. Eu acho que talvez esse seja o principal efeito positivo da repressão aos cartéis: quando as decisões são adotadas de maneira colusiva há um efeito demonstração muito grande sobre a economia e um desestímulo aos investimentos produtivos. Esse, então, seria o principal efeito dinâmico. Naturalmente que os cartéis causam ainda efeitos estáticos que todos conhecemos: eles transferem renda dos consumidores para os produtores, um efeito sobre a equidade da economia; e reduzem o nível de renda agregado, o famoso “triangulozinho”.

Os cartéis, então, afetam o desenvolvimento econômico de duas maneiras: em primeiro lugar, de um modo dinâmico, desestimulando os investimentos produtivos; e, em segundo lugar, de uma maneira estática, piorando a equidade e reduzindo o nível de bem-estar agregado da economia. Crescimento econômico e equidade são sinônimos de desenvolvimento, são a definição do desenvolvimento econômico. Os cartéis, portanto, são um obstáculo ao desenvolvimento econômico.

Dito isso, eu gostaria de passar a alguns exemplos sobre como os cartéis afetariam o funcionamento da economia. Acho que há dois exemplos bem intuitivos. O primeiro são os cartéis de importadores. Estes cartéis podem, por exemplo, reduzir os efeitos econômicos da abertura comercial e, no limite, provocar a própria reversão de todo o processo de abertura e de liberalização econômicas. E há também os cartéis internacionais que, além de todos esses efeitos, provocam ainda uma transferência de renda dos países importadores do produto cartelizado para os países exportadores.

Passo, então, ao segundo ponto da minha intervenção. Eu procurei chamar a atenção de como os cartéis afetam negativamente o desenvolvimento econômico. Gostaria de refletir sobre o seguinte: será essa uma questão empiricamente relevante? Como os senhores sabem, especialmente entre os economistas, há uma grande dúvida se os cartéis são estáveis ao longo do tempo, ou seja, se os cartéis de fato aumentam os preços. Eu, então, procurei reunir algumas evidências sobre esse tema. Em primeiro lugar, evidências sobre casos interessantes de cartéis internacionais na União Européia e nos Estados Unidos depois dos anos 70. Nos Estados Unidos há pelo menos 23 casos e na União Européia, pelo menos 24 casos. Mas será que esses casos foram casos de cartéis que duraram muito tempo? Qual era a longevidade desses cartéis? A longevidade média variava de quatro a oito anos, dependendo da amostra com que se trabalha. Há no entanto uma variância muito grande em cada uma dessas amostras. Eu poderia, então, a título de ilustração citar o caso recente das vitaminas, um cartel internacional que durou dez anos.

Um terceiro aspecto empírico que me parece importante é considerar se é freqüente a reincidência de cartéis. Com uma duração média, digamos, que pode estar entre quatro e oito anos, nós podemos pensar: “ bom, digamos que seja quatro, então em quatro anos eles acabam e não é necessário reprimilos”. Há, entretanto, evidências sobre a reincidência de cartéis. Quer dizer, os cartéis então terminam por guerra de preço e retomam, voltam a aparecer, cinco ou seis anos adiante. Então, empiricamente se verifica uma reincidência muito grande das práticas de caracterização. Curioso também é que há uma prática recorrente das empresas penalizadas; não é raro que as próprias empresas encerradas sejam recorrentes. A Roche, no mesmo momento em que estava sendo investigada pela participação num determinado cartel pelo Departamento de Justiça norte-americano, estava participando em outro, o de vitaminas. Este fato ficou evidente porque, quando se desvendou o cartel de vitaminas, percebeu-se que no período em que a Roche estava fazendo um acordo com o Departamento de Justiça sobre outro cartel, entre 1995 e 1996, o cartel de vitaminas do qual ela participava estava vigente.

Até agora procurei estabelecer que: primeiro, a repressão aos cartéis é essencial, isto é, uma política antitruste que sirva para reprimir os cartéis é um instrumento essencial para o desenvolvimento econômico de qualquer país, em especial para países em desenvolvimento ou países em transição. Eu procurei mostrar, em segundo lugar, que os cartéis são um fato, não só teoricamente, como empiricamente relevante. Neste ponto, eu gostaria de explorar, a título de conclusão, algumas conseqüências para os outros dois temas que o nosso painel estaria abordando.

Em primeiro lugar, em termos do terceiro tema: “Limites de Atuação da Administração da Condução do Procedimento Administrativo”. Há duas questões que me preocupam e eu teria interesse de vê-las tratadas aqui. Está dentro dos limites da atuação da administração estabelecer mecanismos de incentivo à delação por parte dos membros de um cartel. Por que eu estou preocupado com isso? Fundamentalmente porque desses 23 casos norte-americanos e dos 24 europeus maior parte teve sucesso graças ao programa de anistia e, em particular, graças ao programa de leniência do Departamento de Justiça norte-americano, que em linhas gerais consiste em incentivos à delação.

A segunda pergunta que me parece importante seria sobre a possibilidade de penalização de subsidiárias. Tanto o cartel de lisinas quanto o cartel de vitaminas tiveram uma organização globalizada, embora, em geral, os cartéis tenham sido patrocinados pelas matrizes. É muito provável que as subsidiárias dessas matrizes no Brasil ou os representantes legais dessas empresas no Brasil, não fossem agentes digamos ativos dessa prática. Ainda

assim, seria possível imputar à pessoa jurídica alguma responsabilidade por prática realizada pela sua matriz ou pela empresa que ele representa?

Para finalizar eu gostaria de discutir o papel da evidência econômica nos requisitos de admissibilidade do procedimento administrativo, que seria, então, o segundo ponto listado no nosso painel. Por que me preocupa isso? Porque uma das fortes evidências hoje em economia é que a formação de cartéis depende da história, da evolução histórica do setor. Esse é um resultado bastante robusto em economia. O que significa isso? Significa que características institucionais e evolutivas de determinados mercados podem favorecer ainda mais, além das conhecidas características estruturais de cada mercado. Podem favorecer ainda mais a cartelização, tornando-a a decisão ótima por parte de algumas empresas. Por que isso nos afeta? Porque com uma economia em transição egressa de um modelo de substituição de importações existem características em nosso processo evolutivo que, ademais das características estruturais de cada mercado, favorecem a adoção de práticas de colusão. Favorecem é uma palavra errada. Induzem, ou seja, tornam essa estratégia uma estratégia ótima para o agente econômico.

E, finalmente, para encerrar ainda na questão dos requisitos, eu gostaria de debater o grau de exigência de provas para a imputação de responsabilidade. Por que isso? Porque, de novo, um resultado robusto na literatura econômica é que os cartéis não são perfeitos. Da mesma forma que nós não esperamos encontrar no mundo real situações de concorrência perfeita, situações de livro-texto, os economistas não esperam mais encontrar no mundo real situações de cartelização perfeita. Ou seja, não necessariamente o cartel vai envolver todos os agentes do mercado. Pelo contrário, às vezes é importante que não envolva. Em segundo lugar, não necessariamente um cartel vai atingir um preço de monopólio e vai conseguir estabelecer preços perfeitamente uniformes entre todos os agentes. Então, qual seria o limite da nossa tolerância jurídica para lidar com evidências dessa natureza?

Muito obrigado.

João Bosco Leopoldino

Senhor presidente da mesa, senhores componentes da mesa. Eu quero, em primeiro lugar agradecer a direção do IBRAC por primeiro, por me impor a obrigação de estudar um pouco mais para preparar esse trabalho de hoje, em segundo lugar por me dar a honra de estar perante este auditório de profissionais altamente gabaritados. Eu não venho trazer contribuições certamente, até porque depois que Mauro Grinberg falou sobretudo o que eu

ia falar, eu fiquei sem assunto, mas de qualquer forma eu queria colocar algumas questões que me parecem importantes.

Vejam os senhores, partamos de um pressuposto absolutamente válido de que uma empresa em virtude do princípio da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência entre no mercado e com a sua atuação procure retirar clientes de outra empresa. Esta atitude é em tese lícita, porque a empresa que entrar no mercado para não competir não entre. Entretanto, aí nós vamos encontrar um aspecto importante, que a empresa que é menos eficiente sofrerá danos, lógico! E esses danos naturalmente poderão ser ou não ressarcíveis se a atitude do seu concorrente é ou não lícita, honesta! E aí então, nós nos colocamos diante da análise da conduta; mas a conduta não existe sem uma causa eficiente (...) Entretanto esta causa eficiente tem que ser analisada dentro da concepção do direito da concorrência numa perspectiva muito importante, porque não é todo agente que é capaz de causar dano; ele tem que ter uma característica que é fundamental, ele tem que ter poder de mercado, ele tem que ter posição dominante. Então este aspecto é fundamental quando nós analisamos a chamada causa eficiente da conduta.

O segundo aspecto que me parece sumamente importante, é que a conduta é justamente a causa material e como causa material ela tem que ser qualificada, ela tem que ser tipificada, porque assim como não é qualquer agente, como não é qualquer causa eficiente atuando no mercado que seja capaz de causar danos no mercado, também não será qualquer causa material que será suficiente para se caracterizar como uma conduta ilícita, e aí então nós teremos que partir para uma indagação de qualificação dessa conduta, de tipificação. E, quando nós falamos em tipificação, nós nos encontramos não diante de um fenômeno penal, do Direito Penal, e eu acredito que tipificar, eu não vou dizer que seja fácil, mas é um pouco talvez mais fácil do que na área econômica; porque, tanto que me parece o artigo 121 do Código Penal diz: matar! Precisa dizer mais alguma coisa? Não! O tipo está aí, matar! Não há como fugir. Outras tipificações penais também são absolutamente claras, como por exemplo furtar: subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem. De qualquer forma o tipo está aí.

Em matéria econômica nós lutamos com a dificuldade da tipificação, e isto que nós encontramos, esta tipificação exemplificativa que nós encontramos no artigo 21, que deve ser interpretado em consonância com o artigo 20, que é a causa final, nós vamos lutar com uma dificuldade porque, o próprio legislador sentiu isso quando ele diz: as seguintes condutas além de outras. Ele próprio deixou, ele deu para o julgador um cheque em branco para que ele preenchesse esse cheque em branco com a lei de outras condutas.

Esta matéria já foi posta perante o Supremo Tribunal Federal numa ADIN, não tenho o resultado final desta ADIN, mas na análise que o Ministro Carlos Veloso fez deste tópico, ele coloca justamente que o fenômeno econômico é um fenômeno que não se presta, que não se sujeita, que não se submete a uma tipificação tão rigorosa quanto a do direito penal. Esse aspecto é o da causa material, mas o agente pratica uma conduta com uma finalidade e, esta finalidade está dentro do artigo 20, além lógico do artigo 1º quando se fala da ordem econômica. Então, não há uma prática que possa ser infracional, se ela não é praticada por uma causa eficiente dentro daquela qualificação que colocamos, se a tipificação como causa material também não se enquadra dentro deste parâmetro; mas também aí é importante nós termos em mente a causa final que está, no artigo 20 como eu disse e no artigo 1º, é preciso que esta conduta fira por qualquer forma o princípio fundamental da ordem econômica, a liberdade de concorrência, que tem como pressuposto logicamente o princípio da liberdade de iniciativa, que é o fundamento do estado democrático de direito como está no artigo 1º da nossa Constituição e que é repetido como fundamento no artigo 170. Mas, é preciso então que este agente pratique uma conduta e que leve a esta causa final de lesar a ordem econômica.

Estamos diante de três elementos que me parece sumamente importantes; do ponto de vista filosófico, causa final, causa eficiente, causa material e causa final. E o nexu? Aí, é que está me parece um dos pontos fundamentais, é estabelecer o nexu entre essas três causas. Ou seja, esse nexu tem que partir de uma indicação, indicar do mesmo radical do latim *índex*, o nominativo *índex*, o acusativo *inditium* ou *indiquium* ou *indicium*, conforme a pronúncia que preferam; mas de qualquer forma a nossa palavra veio do acusativo *indicium*, ter cortado o “M” ficou do latim vulgar, *índicio*, e o que quê é *índicio*, indicar! Aliás, nós podemos indicar de várias formas, quando nós vamos a livraria comprar um livro, a primeira coisa que nós fazemos é olhar o índice, porque através do índice eu tenho a indicação de tudo o que o livro tem ou não tem. Eu, poderia dar um exemplo até mais interessante talvez, não tanto mais atualizado porque nós não usamos mais isso, mas antigamente a gente usava isso. Não sei se, os senhores se lembram, do ovo *índex* ou do ovo *índice*, ou do ovo que a gente deixava no ninho da galinha para que ela soubesse onde é que era o ninho para que ela ali pudesse botar os outros ovos. Era o ovo que se deixava. Hoje não, nós temos as granjas e as galinhas não sabem nem mais onde botam, mas de qualquer forma o questionamento é muito importante, porque o ovo *índice* era essa figura interessante que a gente usava na roça. Eu, como bom mineiro lá da roça, lembro-me muito disso. Bom, mas também nós podemos dar outros exemplos no caso, *índex librorum prohibitorum*, dentro do período da inquisição a igreja

colocou um índice dos livros que eram proibidos, era uma indicação. Nós, poderíamos então dizer que esse nexos é sumamente importante, é aquele que liga causa eficiente, causa material e causa final. E, neste ponto surge um questionamento que veio da semana passada por uma decisão do CADE, Dom Pietro Ariboni, me permito citar o caso porque já julgado, aliás com o consentimento do ilustre relator do processo, o conselheiro Rui Santacruz. Naquele caso da tribuna, o professor Tércio, a quem respeito profundamente pela sua sabedoria, pelo seu preparo, ele argüiu uma questão que nos pareceu sumamente importante, porque ele disse que não se poderia inferir a conclusão da existência de cartel simplesmente a partir de indícios. Era uma objeção realmente bastante fundada, entretanto e ele dizia que, o atual Código de Processo Civil retirou a palavra indício que existia no código de 1939. Entretanto, na pesquisa que eu fui fazer eu fui verificar que, o conteúdo, a definição de indício que estava no código de 39 é a mesma que existe no código de 73 e mais, na exposição de motivos da lei 5869 do atual Código de Processo Civil, o professor Buzaid descreve exatamente os mesmos termos. Ou seja, retirou-se a palavra mas o conceito permaneceu. Este ponto é sumamente importante para nós apreendermos o quê, é que, e aí eu vou até ferir um ponto que a professora Medauar certamente vai abordar; é que, o que se busca é a verdadeira correlação entre causa eficiente, causa material e causa final; a verdade, o princípio da verdade material. Esse ponto é importante porque, é necessário que se consiga distinguir esta relação e no caso que foi julgado pelo CADE na semana passada, o conselheiro Rui Santacruz mostrou realmente pontos que eram chaves. Vejam os senhores; no caso em que o CADE examinou neste processo: Usiminas, CSN e Cosipa, ao se abrir o processo administrativo, estava a autoridade convencida de que os indícios eram suficientemente fortes para alicerçar a tese da existência da infração.

Vejam bem, Usiminas e Cosipa como consta do processo, primeiramente negaram que tivessem estado presentes. Quando se prova que realmente estiveram presentes, estamos diante de um indício de que elas pura e simplesmente faltaram com a verdade, e então procuraram dizer; não! não estivemos lá para tratar de preços. Bom, provou-se que estavam presentes e então alegam que não foram tratar de preços, foram elas lá passear? Três representantes legais, três diretores comerciais que foram ao Ministério da Fazenda no mesmo dia, na mesma hora; é muita coincidência, passear, tomar um cafezinho, sem dúvida. Sem dúvida, deve ser um passeio agradável, mas de qualquer forma se torna inexplicável. Depois do passeio os aumentos de preços foram efetivados na mesma data pelas três empresas. Então, a junção de todos esses elementos levam a uma convicção de que houve realmente um conluio, isso é inegável, porque trabalhando todos esses elementos em conjunto, produzindo resultados idênticos e na mesma época, não é possível

acreditar numa mera casualidade, numa coincidência não combinada. Todo este conjunto de circunstâncias de fatos que estão comprovados nos autos, levam-nos a convicção de que não estamos diante de simples indícios. Não! esses indícios foram reforçados por uma demonstração lógica, coerente que veio demonstrar que houve conluio, que houve cartel. E vejam, o indício realmente é uma indicação, é um princípio de prova, assim como num livro; eu vejo pelo índice o conteúdo dele, eu não sei efetivamente o conteúdo se eu não adentro o livro, se eu não leio. Ora, o indício trás justamente essa perspectiva de nos dar uma indicação de que existe um nexó lógico e o Mauro Grinberg me mandou até modificar o que eu tinha escrito, porque ele citou aqui o princípio da razoabilidade que se distingue do princípio da racionalidade. O Jorge Kalinovsky no livro “De la Racionalité Juridique” ele mostra justamente esse aspecto e também R. S. mostra esse aspecto porque a razoabilidade não é a mesma coisa que racionalidade, há um conjunto de circunstâncias que levam a essa indicação, de que houve uma conduta ilícita e este é o ponto fundamental; nós não podemos abandonar esta conexão, porque se temos um agente, uma causa eficiente, se temos uma causa material que tem que ser definida, se temos uma causa final nós não podemos deixar de estabelecer o nexó lógico da coerência, da razoabilidade para nos explicar este fenômeno. Antes que chegue o papel, muito obrigado aos senhores pela presença.

Pietro Ariboni: Muito obrigado pela eficiência, inclusive pelas informações sobre galináceos e ovos, e nós teremos aqui algo para discutir, os indícios que possam servir para saber se, chegou primeiro o ovo ou a galinha. De qualquer maneira nós já conseguimos superar a primeira fase, o primeiro bloco. Temos já uma série de elementos importantes aí para serem discutidos; inclusive nós vimos aí por exemplo que, ao se definir ou ao se tentar abordar a natureza e a característica destas condutas sob o ponto de vista macro-econômico e portanto, de interesse coletivo, na verdade estamos falando de situações que correspondem exatamente a certos atos tipificados de concorrência desleal direta. Por exemplo, quando se aborda no artigo 20/21 ou se faz menção ao fato de que poderá haver qualquer outra forma lesiva à concorrência, na verdade estamos dizendo a mesma coisa que temos na tipificação dos crimes de concorrência desleal pelo código de propriedade industrial, onde se diz que constituiu crime de concorrência “qualquer ato idôneo à provocar o desvio da clientela”, portanto o enriquecimento ilícito do concorrente desonesto. Estamos exatamente falando do mesmo tipo de conduta, e por isto que há uma grande ligação entre os dois sistemas e por isso que a gente também falar em livre e leal concorrência.

Por falar nisso estão todos livre para lealmente tomarem durante exatamente quinze minutos o cafezinho, quem tomar além dos quinze minutos vai engasgar e será chamado de volta para começar imediatamente. (pausa).

Teremos então agora a palestra da doutora Odete Medauar, que é professora titular de Direito Administrativo, da Universidade de São Paulo e como titular de Direito Administrativo, então ela poderá nos ilustrar a forma, o procedimento, portanto a parte adjetiva relativa a estas dificuldades que foram vistas pela manhã quanto a apuração da verdade, quanto a apuração de provas e quanto ao desenvolvimento do devido processo legal. Então, a palavra para benefício dessa platéia, a palavra com a professora Odete Medauar.

Odete Medauar

Eu gostaria em primeiro lugar de, agradecer o convite que me foi feito pelo IBRAC, eu o faço na pessoa do senhor presidente, o doutor Ubiratan Mattos. Me senti muito honrada com o convite, e expressei a minha satisfação de estar aqui integrando uma mesa composta por tão ilustres personalidades na área, então do Direito da Concorrência. Gostaria também de, registrar a minha satisfação de ver aqui como professora vários ex-alunos atuando nesta área. Vou mencionar alguns, que visualizei aqui, o doutor Marcelo Calliari, o Caio Mário que integra a mesa, o doutor Diogo Coutinho, o doutor Renato Stehner que aqui visualizei. É uma satisfação muito grande para o professor ver os seus alunos se desenvolvendo e sobretudo nesta área do Direito da Concorrência que é uma área moderna, contemporânea e está realmente cada vez mais florescendo.

Eu escolhi como enfoque básico da minha exposição o tema relativo aos requisitos de admissibilidade do processo administrativo e na verdade eu faço uma pequena correção aqui, porque foi usado o termo procedimento e eu tenho uma linha de trabalho já há alguns anos no sentido de que, o que a Constituição prevê e o que está na lei 8884 como em outros documentos mais recentes no Direito Brasileiro, na verdade se pode colocar como sendo um processo e não um procedimento. Então, isso porque nós registramos uma evolução e eu vou falar de uma maneira mais rápida em função do tempo, uma evolução muito grande e recente na última década, nas duas últimas décadas, na área do Direito Administrativo e na área do Direito Processual e sobretudo na área do Direito Administrativo, uma visão buscando vamos dizer assim, a melhoria das relações entre a administração e administrados e neste visão a busca de oferecer garantias nos litígios ou nos conflitos entre órgãos da administração no exercício das suas funções e os administrados em geral

da área privada, os próprios servidores, etc. e no bojo dessas transformações emergiu de uma forma muito forte, a importância da matéria relativa ao processo administrativo, aí se encontram processualistas e administrativistas para entender que não só no âmbito do exercício da função jurisdicional, mas também no âmbito do exercício da função legislativa e da função administrativa, nós poderíamos estar diante de uma idéia de processo, justamente porque essa idéia de processo implica uma atuação dos interessados durante o desenvolvimento das fases do processo que vai levar então a uma consequência no resultado final que é uma decisão e por outro lado, a idéia de processo vai implicar um vínculo jurídico entre aqueles que atuam nesta relação processual, um vínculo de poderes, direitos, ônus, caracterizando portanto além de um encadeamento de fatos e de atos, um encadeamento, um vínculo jurídico entre os sujeitos. Então, o procedimento depois de uma evolução, no âmbito do direito processual e no âmbito do direito administrativo, ficou numa moderna teoria, o procedimento ficou mais vinculado a idéia de um encadeamento de atos e de fases, que vai levar a um resultado final e a idéia de processo ficou ligada a existência não só de um encadeamento de atos, mas também de um vínculo jurídico entre os sujeitos, que se significa a existência de garantias para todos esses sujeitos na relação processual e sobretudo as garantias de contraditório e ampla defesa. Por isso, a meu ver nós podemos utilizar sim a palavra processo e acrescentando o termo administrativo. É lógico que, eu compreendo a preocupação de muitos estudiosos com o uso da palavra processo, porque o modelo, o arquétipo do processo é o processo jurisdicional e quando se usa a palavra processo vem a idéia imediata do processo civil e do processo jurisdicional; mas também existe o processo administrativo e existe o processo legislativo e nunca ouvi ninguém falar procedimento legislativo. A própria Constituição menciona processo legislativo como mencionava o texto anterior, como mencionava o texto de 46. Nunca o constituinte colocou o procedimento legislativo, porque que se quer colocar procedimento administrativo? Então, na verdade se tira o vínculo do processo com o processo jurisdicional, civil, penal ou trabalhista, acrescentando processo administrativo e na verdade houve uma opção constitucional pelo termo processo; nós vamos olhar lá o artigo 5º inciso 55, portanto no capítulo dos direitos e garantias individuais, a garantia de contraditório e ampla defesa, aqueles que litigam no processo judicial e administrativo e aqueles que são acusados, foi aqueles a que se atribui uma conduta que se for comprovada vai gerar consequências onerosas para este acusado.

Nós vamos encontrar ainda a palavra processo quando a Constituição determina a observância do processo de licitação, no artigo 37 inciso 21, e também na parte relativa a servidores quando se cuida de

estabilidade para dizer que só vai perder a estabilidade em vários casos e inclusive mediante processo administrativo em que se seja assegurada a ampla defesa. E temos a opção legal, no caso como foi mencionado pelo doutor Mauro Grinberg, a lei de processo administrativo da administração federal, a 9784 de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Eu tive a grande satisfação de ser a relatora desta lei na comissão que o Executivo nomeou para elaborar o projeto. E a própria lei que é objeto de estudos de todos que estão aqui presentes, que é a 8884, dedica um título ao processo administrativo usando o termo processo, e nós vamos verificar que várias outras leis que surgiram depois da 8884, a lei dos crimes ambientais em que não trata só de crimes, mas também de infrações administrativas, a mais recente lei de lavagem de dinheiro, todas tem um capítulo dedicado ao processo administrativo. E aí nós vamos ter justamente um instrumento do processo administrativo naquele tangenciamento entre o interesse público e o interesse privado. Só que, para lembrar que a lei americana de processo administrativo de 1946, surgiu num contexto em que o poder público estava ingerindo de maneira cada vez mais forte na atividade econômica por meio das suas Agencies, surgindo a necessidade de um contrapeso para garantir direitos, sobretudo dos agentes econômicos perante a atuação fiscalizadora da administração pública e neste contexto é que emergiu então a lei de processo administrativo americana, oferecendo várias garantias aqueles que estavam sujeitos ao controle, a fiscalização das diversas Agencies norte-americanas.

Então, nós teríamos no âmbito da defesa da concorrência na verdade um processo e não um procedimento, mas nós temos também algumas dúvidas na parte relativa ao artigo 54, no tocante então ao controle da concentração e que muitos dizem se tratar de um procedimento e não de um processo, porque a lei na verdade não aventa um contraditório, embora haja algumas nuances de processo quando se aventa a possibilidade de haver negociações tratativas, audiências preliminares com a participação de interessados visando a um resultado então que seja o adequado para não haver lesão a ordem econômica. Portanto, a opção por um processo não significa somente uma opção doutrinária temperamental, de quem gosta de usar o termo. Há decorrências concretas, sobretudo no tocante às garantias de contraditório e ampla defesa, na verdade é um núcleo básico de garantias asseguradas pela Constituição Federal nos processos administrativos, que são garantias e direitos para os administrados e ao mesmo tempo ônus para a administração e demais administrados com os quais haja divergência.

Bom, agora vou entrar no tema propriamente dito que diz respeito aos requisitos de admissibilidade e aí na verdade embora nós estejamos num âmbito de um processo administrativo, que em termos de teoria geral do

processo e da moderna teoria do direito administrativo, seja um processo, mas na verdade o processo administrativo tem as peculiaridades ligadas as características da função administrativa, não é um processo jurisdicional; pode haver pontos de contato porque em termos de teoria geral do processo há um núcleo básico de identidade entre todos os processos, mas na verdade o processo administrativo tem as peculiaridades da função administrativa, da mesma forma que o processo jurisdicional tem vínculos com as características da função jurisdicional, até mesmo com o resultado do processo que é uma sentença, um acórdão que pode adquirir definitividade. (...) decisões em âmbito administrativo, porque de qualquer forma podem sempre ser revistas pelo Poder Judiciário.

Então, na verdade nós não vemos nos estudos de Direito Administrativo o uso da expressão “requisitos de admissibilidade” do processo administrativo. Então, eu acho que o tema foi inspirado no processo civil e no processo penal e se nós formos buscar lá longe, no clássico ‘Bellow’ nós já vamos encontramos a menção aos requisitos de admissibilidade. A doutrina processualista em geral trabalha com as expressões pressupostos processuais divididos em pressupostos da existência e pressupostos de validade. Sem entrar nas discussões a respeito do tema, muitos processualistas que também não concordam com essa expressão, em geral se indicam, no Direito Processual como pressupostos de existência as partes, o juiz e a lide. Evidente que isto não pode se aplicar literalmente no âmbito do processo administrativo; os pressupostos de validade na doutrina processual seriam quantos as partes, a capacidade de ser parte, de estar em juízo, a capacidade postulatória; quanto ao juiz, competência, imparcialidade, ausência de impedimento, ausência de suspeição; quanto a lide, ausência de lispendência, ausência de coisa julgada. Então, muitos desses requisitos na verdade não podem ser simplesmente transplantados para o âmbito do processo administrativo onde não há necessariamente uma relação triangular e nem a figura do juiz. Muitas vezes a relação no processo administrativo é da administração e do administrado; as vezes sim a administrado figura como uma instância decisória entre uma divergência entre dois sujeitos, mas na verdade nós não podemos dizer que seja um juiz, é um órgão da administração, uma autoridade administrativa que vai tomar uma decisão. Mas então, como traduzir para o processo administrativo os requisitos de admissibilidade? Então já disse que temos que considerar que o processo administrativo tem suas peculiaridades, embora um processo administrativo como o que ocorre perante o CADE, possa redundar em decisão com força de título executivo extra judicial, isto ficou um pouco moda em vários outros âmbitos em que as decisões administrativas também tem esta força, nós não estamos diante de um órgão do Poder Judiciário, mesmo que a lei diga que

tem a função judicante, nem estamos no âmbito do processo civil e nem do processo penal, mesmo que guarde alguma similitude com o processo da jurisdição voluntária, mas é um processo administrativo.

Então, nós estamos aqui no caso do CADE perante uma autarquia, portanto um ente administrativo pelo qual tramita um processo administrativo. Onde buscar a base para aventar tais requisitos no âmbito do processo administrativo? Na doutrina, da própria lei 8884 e também na lei federal 9784, a lei federal do processo administrativo em geral porque ela mesma diz lá no fim que os processos administrativos específicos, foi o cuidado que nós tivemos, continuarão a se reger por lei própria, é o caso do processo administrativo do CADE, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei. Quer dizer, a lei do código de processo civil, mas eu acho que com muito mais força se aplica a do processo administrativo do CADE os preceitos da lei 9784 de 20 de janeiro de 99.

Então, eu vou mencionar alguns requisitos. Esse bloco diz respeito a aspectos que se colocam inicialmente a priori, porque requisitos de validade como os pressupostos de validade do processo, na verdade nem sempre vão se apresentar de início, eles vão se apresentar no desenvolvimento no processo, podendo gerar se desatendidos argüições de nulidade. Então, por exemplo competência, é um requisito fundamental, nós vemos alguns desses requisitos no artigo 31 e 32 da lei 8884, o secretário da SDE tem a competência para instaurar o processo administrativo. Então, esta simples indicação pode parecer isenta de conflitos, mas muitas vezes esses conflitos vão aparecer quando as vezes o processo não está instaurado pelo secretário do SDE. O desencadeamento da competência decorre de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, como está no artigo 30; representação do Congresso Nacional ou de qualquer das suas casas; e a própria iniciativa da autoridade competente para instaurar. Outro aspecto, a instauração mediante despacho fundamentado do secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados. Então, aqui nós temos também, um aspecto que foi mencionado pelo doutor Mauro Grinberg que é, a motivação do despacho e a indicação dos fatos a serem apurados; a ausência da motivação e a indicação dos fatos apurados implica nulidade do processo, isto é, um requisito fundamental e que não é apenas como eu vou ressaltar mais adiante um mero formalismo. A própria lei 9784, além do princípio da motivação arrola os casos em que a motivação é obrigatória e um desses casos se dá quando a decisão vai impor ônus e encargos aos sujeitos, então a motivação é obrigatória. Notificação do representado vai conter o inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação; se não atender a tais requisitos nós teremos nulidade do processo. A notificação desta forma não se apresenta como um mero formalismo, vincula-se estreitamente as

garantias de ampla defesa e contraditório e isto já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em processos disciplinares que foram os mais trabalhados do Direito Brasileiro até há alguns anos atrás, no sentido da notificação ao servidor conter a motivação e indicação clara dos fatos que eram atribuídos ao servidor, para que em função disso ele pudesse encaminhar as suas alegações e a sua defesa; a ausência desse requisito gera nulidade por não se tratar de mero formalismo ou mera formalidade. A matéria, objeto do processo deve inserir-se no âmbito previsto da lei 8884, em especial artigos 20 e 21; na verdade isto também pode parecer alguma coisa clara, mas como já foi também muito bem colocado anteriormente sobretudo pelo doutor João Bosco, há zonas cinzentas, há matérias de controvérsias por exemplo, há um brilhante artigo do doutor Mauro Grinberg a respeito de aumento de lucro, se isto seria ou não seria então o objeto de tratamento no âmbito dos órgãos de defesa da concorrência e um outro também, um ponto controvertido, diz respeito a concessionários de serviço público, em que pode ocorrer sobreposição de controles afetando o princípio da eficiência, lesando o princípio da eficiência que agora é um princípio constitucional da administração pública. Outro requisito, ausência de impedimento ou suspensão de quem instaurou o processo administrativo; a lei 9784 arrola esses impedimentos e as suspeições que vão então afetar o relator ou demais conselheiros que decidem no sentido de eles estarem isentos de impedimento ou suspensão. Outro ponto também, aí tem um certo tangenciamento na questão dos limites; a atuação da administração e eu já vou encerrando, antes que me cortem a palavra. A atuação da administração não deve estar prescrita, então nós temos uma regra de prescrição que estava no artigo 28 da 8884, mas uma medida provisória revogou este artigo, mas estabeleceu o mesmo prazo de prescrição que é de cinco anos, que a matéria também parece simples mas é plena de meandros. E uma outra questão, que na verdade está ligada também aos limites de atuação, diz respeito a observância do sigilo, que é uma questão muito delicada e que também tem as suas sutilezas, os seus meandros, porque envolve não só a questão do sigilo legal, mas também razões de sigilo que embora não contemplados pela lei podem ter reflexos muito grandes na vida das empresas. Então, essas são as minhas considerações, peço desculpas se me alonguei e agradeço a atenção.

Pietro Ariboni: Muito obrigado professora Odete. Nós é que pedimos desculpas, porque na verdade gostaríamos de ficar aqui embevecidos ouvindo-a o dia todo, porque cada item que foi abordado é de interesse evidentemente geral e profundo, mas infelizmente existem efetivamente interesses em que estes temas possam ser depois esclarecidos através de respostas à perguntas. E como último palestrante nós teremos o doutor Caio

Mário da Silva Pereira Neto, que é advogado, diretor do DPDE-SDE, que nos vai apresentar exatamente, quase que como colorário do que acabamos de ouvir sobre a parte teórica do processo administrativo e porque já ouvimos pela manhã a respeito das dificuldades para se instaurar e para se realizar o acercamento da verdade dos fatos. Então, o doutor Caio Mário da Silva Pereira, ele nos vai dizer exatamente sobre dois ou três pontos focalizados objetivamente, das dificuldades que se encontram hoje para conduzir este processo. Por favor.

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Bom dia a todos. Junto-me aos demais expositores, cumprimentando o IBRAC por mais essa importante iniciativa. Sem dúvida, o IBRAC tem tido um papel fundamental na catalização de idéias e na promoção de debates a respeito da defesa da concorrência em nosso país. Como vimos hoje, as primeiras exposições trouxeram propostas muito interessantes, iniciando uma discussão que deve ser aprofundada nesses dois dias e posteriormente ao presente Seminário. Agradeço a honra de expor a posição da Secretária de Direito Econômico e passo desde logo à minha intervenção.

Minha exposição procura fazer um diagnóstico, ainda que bastante sucinto, sobre a razão de, nos últimos cinco anos, apesar de ter havido uma enorme evolução no que tange ao controle de concentração econômica, o controle de condutas anticoncorrenciais ainda estar muito aquém ao desejado e ao que se pretendeu com a lei 8884/94.

Nesses primeiros cinco anos de vigência da lei, o que se verificou é que parte substancial dos processos administrativos abertos tem sido arquivada após algum tempo, gerando custos enormes para o setor público – que passa anos instruindo o processo para depois arquivá-lo – e também para o setor privado – que tem que se defender em processos que via de regra têm sido arquivados e levam a desgaste na imagem dos agentes econômicos. Enfim, perpetuam-se as infrações contra a ordem econômica que estão atingindo o mercado e que devem ser coibidas de forma absolutamente contundente.

Pois bem, essa relativa ineficiência do sistema de defesa da concorrência no combate a infrações contra a ordem econômica tem diversos motivos. Nesse ponto, procurarei dividir minha exposição em duas partes. No primeiro momento, procurarei enumerar as razões que me parecem mais relevantes nessa conjuntura geral de ineficiência. No segundo momento, abordarei as ações que entendo devam ser adotadas pelas autoridades de

defesa da concorrência, de forma a tornar efetivo o combate às condutas anticoncorrenciais.

O primeiro ponto que salta aos olhos na lei 8884/94, é a limitação dos poderes de investigação das autoridades de defesa da concorrência, em especial da autoridade instrutória, vale dizer, da Secretária de Direito Econômico. De fato, hoje, os poderes de instrução da SDE são basicamente os poderes indicados no artigo 35 e complementados com os meios de prova do Código de Processo Civil. Atualmente, mais de 90% das provas obtidas nos processos administrativos conduzidos pela Secretaria de Direito Econômico têm e baseado em uma única forma de instrução: o envio de ofícios consubstanciando solicitação de informações às empresas envolvidas no processo (representadas e representante). Esse é o instrumento fundamental utilizado nos últimos cinco anos para produção de provas no processo administrativo. Evidentemente, isto não é suficiente para atacar infrações como a formação de cartéis, apontada anteriormente pelo Dr. Paulo Corrêa. Com efeito, tais infrações são absolutamente sigilosas e, na maior parte das vezes, senão na sua totalidade, as empresas infratoras têm absoluta consciência de que estão praticando um ato ilícito e obviamente vão esconder quaisquer informações relativas àquele ato.

Um segundo ponto que merece a atenção, e aqui peço licença para tocar na questão abordada pela Professora Odete Medauar, são as dificuldades processuais geradas no âmbito do processo conduzido à luz da lei 8884/94. Como é sabido, a lei 8884/94 previu alguns dispositivos básicos sobre o procedimento a ser adotado na Secretaria de Direito Econômico – SDE e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. No entanto, o artigo 83 da mesma lei determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Ocorre que o Código de Processo Civil é talhado para conflitos individuais onde há uma lide e as partes estão litigando perante um juiz. Este diploma não foi talhado para conflitos onde o direito envolvido é difuso, como no caso da defesa da concorrência, acarretando, portanto, diversas deficiências na sua aplicação a processos administrativos do âmbito da lei 8884/94.

Nesse ponto, um paralelo pode ser feito com o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com feito, o CDC foi uma inovação revolucionária em nosso sistema legal, especialmente no que tange à proteção dos direitos difusos e coletivos. No entanto, quando de sua elaboração, foram previstos conjuntamente com as inovações materiais de proteção ao consumidor, os mecanismos processuais adequados. Vale dizer, naquele momento, teve-se a consciência de que era fundamental desenvolver mecanismos outros, que não

aqueles tradicionalmente conhecidos, para se proteger os novos direitos envolvidos no Código de Defesa do Consumidor.

Da mesma forma, a lei 8884/94 trouxe uma revolução o âmbito defesa da concorrência, uma revolução no sentido de direito material, não sendo possível aplicar Código de Processo Civil *ipsis literis* para o desenvolvimento de um processo administrativo no âmbito da lei 8884/94. Isso causa inúmeros problemas. Nesse sentido, gostaria de abordar apenas alguns desses problemas, para passar do abstrato ao concreto. Uma questão inicial é a multiplicidade de réus em alguns processos. Há processos na Secretaria de Direito Econômico com vinte, trinta, quarenta representados... Apenas a título exemplificativo poderia citar um processo paradigmático com cento e dois representados. Isso torna absolutamente inviável a condução do processo, pois os cem representados têm que ser notificados, a cada informação nova no processo, é preciso abrir vistas para os cem representados, sendo o prazo contado em dobro para todos eles. Assim, torna-se inviável investigar uma prática dentro desses moldes, sendo preciso buscar mecanismos processuais alternativos, que garantam a ampla defesa, garantam o devido processo legal, mas viabilizem a condução do processo administrativo.

Um outro problema é do ônus da prova. O ônus da prova hoje é inteiramente atribuído a Secretaria de Direito Econômico e ao CADE, salvo em alguns casos que serão abordados mais a frente. Nesse sentido, torna-se um enorme obstáculo atingir certos parâmetros de prova, especialmente porque muitas vezes essas provas estão em poder das próprias empresas investigadas. De fato, exigir que a autoridade competente produza as provas que na realidade estão em poder das empresas é quase uma prova impossível, uma *probatio diabólica*. Isso também deve ser levado em conta para que, eventualmente, em alguns casos, discuta-se a possibilidade de inversão do ônus da prova. Por que não? Por que as empresas que são, na realidade, quem detêm as informações, não devem provar que não foi praticada aquela infração? Creio que isso deva ser levado em conta.

Um último exemplo é o prazo em dobro que o Código de Processo Civil confere a litisconsortes com procuradores distintos (art. 191). Esse dispositivo é um foco de morosidade no processo administrativo. Isso é tanto mais problemático, tendo em vista que as autoridades antitruste devem dar uma resposta rápida ao mercado, coibindo da forma ágil e dinâmica as infrações, pois seus efeitos no mercado são imediatos e muitas vezes irreparáveis.

A par desses dois problemas iniciais – limitação dos poderes de investigação e dificuldades processuais, estas últimas enumeradas apenas de

forma exemplificativa – há uma terceira questão que tem sido enfrentada nesses últimos anos pelos órgãos de defesa da concorrência, em especial pelo órgão de instrução, a Secretaria de Direito Econômico: trata-se da alternância, durante o processo administrativo, entre diferentes estratégias de investigação. Isso de fato torna o processo mais moroso, dificultando sua conclusão. Assim, é necessário fazer um grande esforço para que possa haver homogeneização, naquilo que for possível, das estratégias de investigação. Evidentemente, cada caso exige certas estratégias específicas, mas casos de venda casada, casos de cartelização, isto é, determinadas práticas típicas, exigem algumas informações comuns em todos os casos. Assim, um mínimo de homogeneização no tratamento das estratégias de investigação deve ser feito. Sem dúvida, há um esforço inicial consubstanciado na resolução 20 do CADE, o qual deve ser lembrado. Contudo, esse esforço tem que ser ampliado, sendo o que a Secretaria de Direito Econômico se propõe a fazer.

Em suma, precisamos dar celeridade ao processo e melhorar a qualidade de instrução. Uma das formas de buscar esses objetivos é definir, claramente, no início do processo, qual a estratégia de investigação, que tipo de prova se faz necessária, onde se quer chegar com essas provas.

Finalmente, o quarto problema que gostaria de identificar, antes de abordar as possíveis alternativas que pretendo submeter ao debate, é o subinvestimento institucional nos órgãos de defesa da concorrência, em especial no órgão de instrução. É evidente que mesmo existindo um arcabouço jurídico perfeito, se não houver o corpo técnico em quantidade suficiente e devidamente capacitado para atuar, bem como uma estrutura material mínima, não será possível coibir infrações como aquelas que estamos discutindo aqui hoje. Infrações como cartelização ou acordos em licitações públicas são infrações extremamente graves e de difícil comprovação, necessitando a formação de equipes de técnicos para investigá-la. Em todas as jurisdições onde funciona uma repressão efetiva das infrações contra ordem econômica, há de fato um corpo técnico devidamente constituído para exercer essa função.

Pois bem, a partir das observações feitas anteriormente, é possível afirmar que, no que tange ao combate de infrações contra a ordem econômica, as autoridades de defesa da concorrência enfrentaram diversos problemas ao longo dos primeiros cinco anos de vigência da lei 8884/94. De fato, é fundamental implementar um combate mais efetivo a condutas anticoncorrenciais. Assim, com o espírito de enfrentar os problemas expostos acima, passo a apontar brevemente algumas ações que entendo relevantes no sentido de trazer maior eficácia à aplicação da legislação de defesa da concorrência.

Uma primeira medida que já está sendo tomada no âmbito da Secretaria de Direito Econômico, a qual pretendemos implementar de forma veemente, é adoção de uma postura muito mais ativa na investigação. Isso é fundamental. A postura até hoje tem sido uma postura ativa, apesar problemas estruturais enfrentados. No entanto, creio que ainda há espaço para tentar potencializar a aplicação da legislação atualmente em vigor e é isso que pretendemos fazer da melhor forma possível. Vale dizer, todos os meios de prova disponíveis serão utilizados pela Secretaria de Direito Econômico. Os ofícios solicitando informações serão apenas uma parte da investigação, mas não o seu âmago. Provavelmente, não serão as informações apresentadas pelas próprias empresas que servirão como bons indícios para demonstrar infrações como a formação de cartel, já mencionada pelo Dr. Paulo Corrêa.

O segundo ponto é a utilização de penalidades instrumentais. Hoje, como já coloquei, a SDE depende fundamentalmente de informações prestadas pelas empresas e tem instrumentos coercitivos para exigir das empresas que prestem as informações de forma adequada, de forma verdadeira. Tais instrumentos devem ser utilizados sempre que necessário.

Gostaria de mencionar apenas alguns desses instrumentos. O primeiro deles, que vem à mente de todos, é evidentemente o artigo 26 da lei. Esse dispositivo prevê a multa por recusa, omissão, retardamento ou enganiosidade na prestação de informações à SDE, SEAE e ao CADE. Atualmente, essa multa vem sendo imposta no final do processo administrativo, para indicar que houve enganiosidade ao longo do processo. No entanto, trata-se de uma multa cominatória, sendo imposta por dia em que perdurar a infração. Vale dizer, a penalidade tem como função básica permitir que as autoridades recebam corretamente a informação solicitada. Não se trata de multar as empresas após o fornecimento de uma informação enganosa ou, simplesmente, do não fornecimento de determinada informação. Ao contrário, o objetivo é forçar que a empresa apresente a informação, não penalizá-la por ter passado três anos desde que ela apresentou uma informação errada. Assim, é fundamental instrumentalizar a utilização dessa multa.

Em segundo lugar, há uma infração penal prevista na lei 8137/90, no artigo 5º, inciso IV, no que tange à prestação de informações de preços e custos. Leio o tipo legal: “*constitui crime da mesma natureza recusar-se sem justa causa, o diretor administrador ou gerente da empresa a prestar a autoridade competente ou prestá-la de modo inexato informação sobre custo de produção ou preço de venda*”. Em muitos processos esse tipo de informação é solicitado, mas as empresas apresentam tais informações de forma truncada ou mesmo se recusam a apresentá-las. Isso é um crime cuja pena é detenção de dois a cinco anos ou multa. Aqui estamos falando em uma

multa na pessoa física do administrador, fixada entre cinco mil a dois milhões de UFIR. Trata-se de uma multa pesada, de caráter instrumental, também para forçar as empresas a conferirem às autoridades as informações solicitadas.

Em terceiro lugar, devo voltar à questão do ônus da prova. A lei 9021/95, em seu artigo 10º, atribuí à SEAE a competência para avaliar aumentos abusivos de preço, convocando as empresas e verificando se há abuso de posição dominante no referido aumento. Após a convocação das empresas, o parágrafo único do artigo 10º prevê que “*não justificado aumento, ou preço cobrado, presumir-se-á abusiva a conduta, devendo a SEAE representar fundamentadamente à Secretaria de Direito Econômico-SDE, que determinará a instauração de processo administrativo*”. Quando a lei utiliza a locução “*Presumir-se-á abusiva conduta*”, evidentemente estabelece uma presunção relativa, uma presunção *iuris tantum*. Todavia, isso equivale a uma alteração no ônus da prova e também serve como uma medida instrumental a ser utilizada. É fundamental que seja utilizada e que as empresas tenham consciência de que, nesses casos, a prova passa a ser dela. (...): (...) recentemente, deve ser aprofundado de forma a potencializar os limites da investigação atualmente existentes.

Então, creio que essa é a primeira etapa a ser vencida para que a investigação se torne mais produtiva, para que a investigação de fato traga os elementos necessários a comprovar as condutas anticoncorrenciais.

O segundo momento, que exige maior reflexão, é a necessidade de alterações na legislação, adequando os mecanismos processuais ao direito material vigente. Vale dizer, na defesa da concorrência há outros interesse em jogo, que não os interesses individuais, disciplinados pelo processo civil tradicional. Assim, precisamos pensar em mecanismos processuais adequados para esse tipo de processo administrativo. Essa reflexão pode começar por pontos mais simples, como a revisão do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos – que é essencial na busca de maior agilidade nas investigações – até questões mais complexas como a da inversão do ônus da prova em determinados casos, bastante específicos, em que haja uma verossimilhança daquela infração e que a empresa precise provar a sua inexistência. Evidentemente, não estou defendendo que seja transferido para a empresa o ônus de uma prova que ela não possa produzir. Não é disso que se trata. A SDE tem respeitado e vai continuar respeitando, sempre, o devido processo legal e a ampla defesa, direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos. No entanto, é essencial conferir mais agilidade ao processo administrativo.

Somente para finalizar, gostaria de citar dois outros pontos para discussão. O problema, de fato, é ampliar os poderes de investigação da SDE,

órgão de instrução dos processos administrativos. Há dois poderes especificamente que entendo devam ser debatidos, dada sua relevância para as autoridades antitruste: a busca e apreensão e a utilização de escutas telefônicas.

Recentemente, houve um Seminário internacional de combate a cartéis organizado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, do qual participaram vinte e sete jurisdições antitruste. Nesse Seminário, ficou evidente que a busca e apreensão é um dos meios de investigação mais importantes, senão o mais importante, utilizado pelas demais jurisdições. Todos os participantes no Seminário enfatizaram que uma das principais formas de obter informações é entrar na empresa e buscar as informações *in locu*, incluindo informações em computadores e documentos impressos. Apenas para um rápido panorama, isso ocorre nos Estados Unidos, na Alemanha, no Japão, na Comunidade Européia, na França, no Canadá e na Noruega.

Não estou falando aqui de um poder absoluto para as autoridades antitruste. Tenho certeza que esse poder tem que ser controlado pelo Judiciário. É preciso atribuir a competência aos órgãos antitruste, isso sim, para ir ao judiciário e expor: há indícios de infração e é preciso uma medida efetiva e imediata que permita verificar se há documentos que demonstrem a existência dessa infração. Nesse ponto, será necessário convencer o juiz, uma terceira pessoa. Contudo, é essencial que as autoridades de defesa da concorrência tenham essa possibilidade. Caso contrário, a capacidade de instruir devidamente o processo fica tolhida e restrita a ofícios, solicitando que as empresas apresentem as informações que incriminam a si próprias.

O segundo ponto, é a questão das escutas telefônicas, que também acredito que deva ser discutido, apesar de ser muito mais delicado. O Canadá instituiu recentemente essa possibilidade na lei antitruste, em determinados casos específicos de investigação mais difícil. Na realidade, são essencialmente duas situações: cartel e bid rigging (acordos em licitações públicas).

Um último ponto que gostaria chamar atenção, para debates futuros e uma possível alteração legislativa, é um ponto que o doutor Paulo Corrêa tocou na sua exposição, qual seja, o estabelecimento de uma política de leniência, isto é, uma política de anistia séria dos órgãos de defesa da concorrência para obter informações e estimular a delação. Isso é fundamental no caso de práticas coordenadas entre concorrentes. Evidentemente isso seria um segundo passo. Primeiramente é fundamental que o sistema se firme, que haja receio dos agentes econômicos infratores serem atingidos pela atuação do sistema e defesa da concorrência. Mas o que se tem demonstrado em outros

lugares do mundo é que, a principal forma de se coibir esse tipo de infração é permitir que um dos infratores, não o líder – isso é importante, quer dizer, a leniência não se aplicaria a empresas que lideraram a infração coordenada – apresente as provas da infração e tenham uma redução ou eliminação de sua pena.

Os Estados Unidos são pioneiros, adotando uma política de leniência agressiva, a partir de 1993. Os critérios básicos que vem sendo adotados em outros lugares do mundo são: (i) para uma corporação atender os requisitos do programa de leniência deve abandonar imediatamente a prática ilegal, cooperando com a autoridade antitruste durante todo o processo; (ii) a confissão deve ser um ato corporativo e não de um ato isolado de alguns administradores ou de alguns funcionários; (iii) quando possível aqueles que foram lesados pela infração devem ser indenizados e (iv) a corporação não pode ser uma das líderes do cartel. Finalmente, apenas para citar outros exemplos, a União Européia, em 1996, adotou também um programa de leniência contundente; hoje a Inglaterra discute um programa de leniência nos mesmos moldes americanos; na Noruega já há casos nos judiciário em que se discute uma atenuação da pena pelo fato das infratoras terem colaborado durante a investigação.

Enfim, esses eram os pontos que entendia fundamentais para uma discussão. Não se trata de uma posição final. Ao contrário, é uma postura de reflexão, num momento em que temos que avaliar as deficiências do sistema de combate às condutas anticoncorrenciais. De fato, após cinco anos com o número reduzíssemos de casos paradigmáticos – merecendo destaque a condenação do cartel das empresas siderúrgicas, recentemente julgado pelo CADE, que anuncia algumas questões importantes em termos de padrão de prova em cartel – temos que refletir para corrigir os rumos do sistema e implementá-lo da forma mais eficiente possível. Tudo isso, vale ressaltar mais uma vez, passa por uma reestruturação profunda do sistema, passa por investir nessa área, passa por ter recursos humanos em quantidade e capacitados para tarefa que lhes é atribuída e passa por ter uma estrutura material mínima. Muito Obrigado.

Pietro Ariboni: Muito obrigado ao doutor Caio Mário. Foi muito, realmente... eu acho que esta é uma forma muito clara, muito objetiva e muito prática para se enfrentarem os problemas. Todos, estamos no mesmo barco, todos desejamos que ordem econômica seja implantada e mantida, então não podemos apenas também atribuir culpas ou ônus para a pública administração, mas será também um papel nosso como interessados, como entidades privadas, para que tomando conhecimento dessas questões, se possa efetivamente juntando mãos e forças e energia, se possa efetivamente chegar a

esta implementação. Está aberta a temporada de caça, portanto ser apresentadas as perguntas, apenas nós teremos comentários dos dois ilustrados debatedores que são dois membros da diretoria do IBRAC, o doutor Laércio Farina, durante uns cinco minutos ele vai fazer um resumo e comentários até para incentivar as perguntas; depois teremos mais cinco minutos que enquanto ele vai sair para fumar porque já não está agüentando mais, nós daremos cinco minutos depois para que o nosso companheiro Fernando Marques também faça os comentários. De qualquer maneira já estou recebendo as perguntas que já estão sendo encaminhadas e logo que terminarmos os comentários dos debatedores, poderão inclusive ser feita as perguntas, questões pelo microfone desde que realmente observando-se rigorosamente o princípio da pergunta objetiva para ter uma resposta objetiva. Por favor, doutor Farina.

Fernando de Oliveira Marques

É muito importante poder ouvir no Seminário do IBRAC as considerações de todas as pessoas que trabalham nessa área de concorrência, quer ocupando cargos públicos, quer na área privada, empresas e advogados. É uma coisa que realmente, um ponto, eu tento preparar como debatedor os pontos para destacar, sobreviveram a algumas palestras mas depois foram considerados um a um pelo doutor Caio Mário, e me resta apenas considerar aos senhores a importância desse tema quer para a administração pública, quer para as empresas de promover um verdadeiro mercado saudável e pujante dentro do Brasil e porque não dizer também dentro do Mercosul. Isso nos trás a responsabilidade dentro de um evento como esse do IBRAC, de tentar sugerir já que estamos aqui na área pública e privada, uma recomendação para que de fato a atividade de trabalho na área pública seja amparada do ponto de vista material e humano. O desafio de investigação sobretudo nas condutas que se tornam tão importantes quanto nos inserimos cada vez mais no processo de globalização, que se tornam tão importantes quanto mais se configura um processo de concentração em nível mundial e em nível nacional; os processos de conduta devem ser analisados com primazia no meu entendimento dentro dos sistemas das equipes que trabalham com a defesa da concorrência. Se, nas concentrações se analisa a potencialidade e a prevenção, é nas condutas que se analisa o eventual dano real e concreto em determinados mercados.

A nossa legislação é muito interessante, e aqui se trouxe aspectos muito importantes para reflexão, a professora Odete Medauar, o doutor Muro Grinberg, no que se refere aos princípios do direito administrativo e do processo civil e o doutor Caio Mário trouxe realmente a novidade, que a nossa

Constituição Federal e a lei 8884 trazem no mercado nessa área de concorrência, se constitui na caracterização de um direito difuso, de um direito que deve ser tratado com outras abordagens, com outros conceitos e que suscitam uma intensa reflexão acadêmica e administrativa, porque de fato não se pode considerar essa tutela de tão importante dimensão para a economia nacional, com arquétipos e com conceitos meramente individuais que decorrem do CPC e como bem salientou o doutor Caio Mário. Na PUC, temos feito um esforço notável no sentido de destacar os aspectos novos relativos a matéria de direitos difusos presentes na tutela da concorrência, tanto que tal matéria é encartada no departamento de relações de direito difuso ao lado do direito de consumidor e do direito ambiental. Isso nos trás um grande esforço que é essa tentativa de superação de obstáculos, sem no entanto afastar as garantias necessárias para que o processo e para que as empresas tenham de um lado afastadas as representações infundadas, que tantas vezes chegam a secretaria de direito econômico, devem ser prontamente afastadas para não causar ônus as empresas, como também os agentes tenham a certeza de que a infração, como bem disse o doutor Paulo Corrêa terá um custo muito grande, ou seja, o conluio, a cartelização, as infrações ao mercado concorrencial terão a certeza da sua punição e o custo que desestimula economicamente a prática de tais condutas. Esse é um desafio muito grande, mas todo esse desafio concluindo eu tenho para mim como inclusive testemunha dos abnegados trabalhos que são feitos, quer na secretaria de acompanhamento econômico, quer na secretaria de direito econômico e quer no CADE, que essas equipes precisam ter o apoio institucional necessário para que tudo isso seja uma realidade num mercado que cada vez se torna mais acirrado e mais competitivo, e para que os agentes econômicos tenham a tranqüilidade de atuar nesse mercado, tenham a tranqüilidade de verem afastadas as representações injustas, tenham a tranqüilidade de terem inclusive as sanções naquelas representações e naqueles danos que venham a ocorrer no mercado. É uma tarefa árdua, e portanto eu recomendo aqui ao plenário que se analise a possibilidade de extrair desse seminário, já que estamos presentes com tantas pessoas importantes da área pública e privada, uma formal recomendação as autoridades federais, ao ministro da justiça, a presidência da república e a comissão de assuntos econômicos do senado que, se dediquem a suportar econômica e pessoalmente essas equipes para realizarem eficazmente e tecnicamente o trabalho que vem sendo feito com as condições precárias que nós, que todos que conhecemos as instituições podem testemunhar a escassez de recursos materiais e humanos. isso seria um resultado eficaz que o IBRAC poderia dar em prol da concorrência e do mercado que tão caro é a um país. Um país se nota, se notabiliza pela sua pujança de mercado e esse mercado tem que ter a marca da concorrência e eu suscito a todos que reflitam sobre

isso e que nas palestras que foram feitas marquem esse desafio que é patente e institucional, de trazer novos conceitos quer da economia, quer do direito para dar conta dessa realidade instigante e desafiadora que é a todos nós convida a estar aqui em Campos do Jordão debatendo e procurando promover o tema.

Pietro Ariboni: Obrigado, por favor doutor Farina. Mais os comentários do outro debatedor.

Laércio Farina

Eu vou procurar ser mais rápido, para que dê... para deixar o auditório a oportunidade do debate. Eu queria só levantar a questão, ou melhor fazer uma provocação até mesmo as autoridades presentes na mesa, que nós temos os três órgãos aqui representados. Nós estamos de volta a uma discussão antiga que é a questão da dedicação de mais ou menos energia das agências antitruste à questão da conduta versus a questão da concentração. Isto passa até mesmo por uma reflexão filosófica a respeito do papel do Estado na intervenção do domínio econômico, observando os dois preceitos constitucionais, da proteção a livre iniciativa e a livre concorrência e imagina-se um exemplo, não na esteira do exemplo dos galináceos já citados aqui, mas na mesma linha de exemplos que é muito interessante para ilustrar certas posições e essa especificamente é relativa a posição do Estado, que é o exemplo da indústria automobilística, na verdade, o exemplo da produção de um automóvel.

O que nós imaginamos que deva ser o papel do Estado em relação a produção de automóveis e as regras estabelecidas no código nacional de trânsito. É papel do Estado colocar fiscais ao longo da linha de produção da indústria automobilística para impedir que esta produza veículos com potencial de atingir lá 190 ou 200/220 quilômetros por hora ou o papel do estado é o de fiscalizar aquele que é titular desse potencial, colocando guarda no acostamento da estrada ou máquinas fotográficas como aquela que me pegou ontem vindo para na Ayrton Senna. Esta reflexão é muito importante, porque na essência estamos falando da mesma coisa e quando nós tratamos de conduta e quando nós tratamos de concentração. A maior parte da discussão dos atos de concentração, está voltada ao potencial dano ao mercado. Então, nós temos instrumentos na lei, instrumentos que prevêm até mesmo cisão de sociedade sem que tenha sido fruto de qualquer fusão caso esteja praticando um dos atos previstos ali no artigo 20 da lei, ou seja, que esteja realmente provocando dano a ordem econômica, danos como por exemplo da cartelização sem falar de outros e o doutor Paulo Corrêa bem lembrou aqui ou bem ressaltou aqui que o cartel é um obstáculo, ele pode vir a ser um

obstáculo ao desenvolvimento da econômica nacional. Então nós podemos, até não é a minha área de especialidade, mas nós podemos até estar tratando ao definirmos ou identificarmos ou procurarmos encarecer a necessidade uma maior ênfase das autoridades antitrust no controle de condutas, podemos até estar falando de um item de política industrial e é um tema que será tratado amanhã. Essa reflexão a respeito do papel do estado e como vemos esse papel do Estado me parece muito importante e eu gostaria de provocar as autoridades presentes na mesa a abordarem um pouco a questão sob este ângulo. Eu queria fazer apenas uma pequena observação e realmente tem a ver com esse tema, na medida em que as limitações e eu diria até ao contrário da colocação do doutor Caio Mário, as limitações da atividade das agências antitrust, das agências, dos órgãos antitrust não estão no artigo 35 que me parece extremamente amplo, considerado evidentemente o nosso arcabouço jurídico, isto é toda legislação que rege e regula a atividade do Estado enquanto administrador. Considerada essa legislação o artigo 35 me parece que dá liberdade de ação total às agências antitrust e eu gostaria de ouvir novamente essa posição do doutor Caio Mário. A limitação me parece que está justamente num ponto citado pelo doutor Caio Mário, que é o pequeno corpo técnico conquanto altamente gabaritado e que nós dispomos na repressão ou no controle das atividades concorrenciais no país, a falta de recursos e a falta de pessoas, a falta de gente, está aí a maior limitação. E, precisamos considerar esse aspecto de carência de recursos e carência de pessoas, para a partir daí definirmos realmente o que, qual a vontade política que se deve adotar para dirigir a atuação dos órgãos de proteção a concorrência considerada a sua carência material, de pessoal e material. Nesse ponto, as posições que foram apresentadas nessa manhã a respeito da necessidade de maior atenção, a conduta me parece muito importante, mas com relação a esse ponto específico do papel do Estado é que eu gostaria de provocar as agências que estão presentes ou os órgãos que estão presentes aqui na mesa a se manifestarem.

Pietro Ariboni: Obrigado doutor Farina. Vamos então passar diretamente, nós temos aqui até meio-dia e meio, para completar aí essa fase de perguntas a não ser que efetivamente o calor dos debates possa nos obrigar a ficar, mas em princípio nós teríamos aí ainda mais vinte minutos. Nós já temos várias perguntas na mesa e está inclusive facultado então no caso o acesso por microfone. É ligar para cá. Quem me pediu apenas trinta segundos para dizer alguma coisa é o doutor Grinberg.

Mauro Grinberg: Eu não pedi trinta segundos, foram dois minutos mas eu vou ser breve. Quando se fala em inversão do ônus da prova, eu tenho um certo arrepio e eu sei que o doutor Caio falou em inversão do ônus da prova em alguns casos, mas eu quero fazer apenas menção a um debate que eu

assisti no plenário do CADE em que se falou da possibilidade de alterar a lei para permitir a inversão do ônus da prova e que o conselheiro Rui Santacruz mencionou aqueles casos de representações feitas por motivos meramente comerciais, então nesses casos que são... que tem um número muito grande que ele mesmo salientou, nós estaríamos invertendo o ônus da prova numa matéria puramente comercial e o conselheiro Marcelo Calliari fez menção naquele momento ao artigo 35 da lei que já permite toda a gama de provas, isso eles estão aqui presentes e poderão até se manifestar melhor, mas eu só quero fazer essa lembrança e mencionar o fato de que inversão de ônus de prova em processo de ordem ou de finalidade punitiva é um risco enorme. Muito obrigado.

DEBATES

Pietro Ariboni: Vamos passar então diretamente para as perguntas. Nós temos três perguntas que foram dirigidas para a professora Odete, que eu gostaria então que ela já as abordasse, do Antonio Fonseca, do Gustavo Henrique.

Odete Medauar: eu posso ler a pergunta, não via ser descontado do meu tempo ou não senhor... que aqui é bem rígido.

Bom, é uma pergunta do doutor Antonio Fonseca: O processo administrativo perante SDE desde logo instaurado a vista de representação de comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas; artigo 30 parágrafo 2º da lei 8884. Essa disposição não afasta a necessidade de motivação do ato do secretário da SDE que de fato instaura o processo, por isso que o secretário poderá não instaurar o processo administrativo se a representação parlamentar não permitir uma instauração motivada. A professora Odete concorda com essa conclusão?

Eu concordo, porque eu acho que o dispositivo da lei, que determina a instalação do processo mediante a representação do Congresso ou de qualquer de suas casas, tem que ser interpretado de acordo com os princípios do próprio ordenamento e inclusive de decisões jurisprudenciais assentadas já para outros tipos de processos mas que se aplica. Então, nós temos as garantias de contraditório e ampla defesa, no artigo 5º inciso 55, e ligado ao contraditório está então a motivação e a especificação de condutas numa notificação, uma especificação de condutas na motivação de instauração do processo ligadas então justamente a possibilidade de condução de uma defesa. Então, uma representação do Congresso que não tenha, vamos dizer assim uma base maior ou que não foi encontrada esta base pelo órgão instaurador do processo, seria uma instauração vamos dizer assim, sem mas talvez até

leviana, porque pode haver motivações outras vinda, vindas de parlamentares de boa ou de má fé, as vezes para satisfazer algum interesse de um eleitor, de um correligionário etc. então, eu estou de acordo com esta conclusão, eu acho que se não houver fundamento para a representação, o Congresso ou cada uma das suas casas deverá receber uma informação a respeito da não possibilidade de instaurar por tais e tais motivos, então eu estou de acordo em razão realmente de interpretar uma lei em função de princípios que rege o ordenamento, valores que regem ordenamento.

Outra questão aqui é apresentada pelo doutor Carlos Francisco Magalhães. O artigo 23, inciso 2º prevê aplicação de penalidades ao administrador da empresa além daquelas aplicadas a essa, o dispositivo ficou letra morta na lei. Ocorreu apenas uma tentativa de aplicar penalidades a administradores sem sucesso. Pergunta duas são, perguntas: primeiro, não seria obrigatória a aplicação da multa aos administradores, já que o artigo 23 fala nos responsáveis pela infração citando nominalmente o administrador?

Me parece que sim, mas se isto ficou letra morta deve haver alguma explicação, eu não sei se uma dificuldade de caracterizar vamos dizer assim, algum tipo de responsabilidade do administrador, embora a lei não preveja um sentido subjetivo na aplicação dessa penalidade, não sei qual foi o tipo de dificuldade que gerou essa prática, mas de qualquer forma seria uma potencialização da lei como foi mencionado aqui. Segundo; neste caso já na abertura do processo, não deveria ser o administrador indiciado para se defender assegurando-lhe o devido processo legal independente daquele assegurado a empresa?

Eu acho o seguinte, eu acho que de acordo com o que está na lei 9784, são legitimados como interessados no processo administrativo, inciso 2º do artigo 9º, aqueles que sem terem iniciado o processo tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada. Então, me parece que pode ser aberta a possibilidade ao administrador de atuar no processo como um sujeito interessado, tendo em vista que uma decisão final pode afetar também o administrador. Eu não acredito que ele seria indiciado, mas sim ter a possibilidade de integrar o processo administrativo como interessado; se for realmente da sua conveniência apresentar alegações no decorrer do processo.

A outra questão; a instauração imprecisa do processo, a ausência de clareza quantos aos fatos a serem apurados pode ser argüida pela própria administração com base no poder de auto tutela? Em caso positivo é possível suprir a deficiência da instauração?(...). Me parece que a administração sim pode argüir esse defeito, porque na verdade ela tem esse poder de auto tutela e a administração é regida pela legalidade, é regida pelo devido processo legal,

pelo contraditório e pela ampla defesa, que são também requisitos de validade do processo. Então, administração de princípio do impulso oficial, além do princípio da auto tutela deve velar pela regularidade na condição do processo. Então, havendo algum aspecto mal colocado, colocado de forma inadequada, a administração ela própria pode invocar essa, uma adequação, até mesmo quando não haja prejuízo para o administrado porque na verdade independentemente do aspecto do interesse do administrador, existe o aspecto dos interesses públicos e o aspecto do devido processo legal, é de interesse público também que o processo ocorra e se desenvolva regularmente.

A notificação que aborda, a última questão; todos os aspectos pode suprir a deficiência da instauração? Depende do tipo de deficiência, se está colocado de uma maneira muito generalizada e eu não posso dar uma resposta sem saber vamos dizer assim o caso, de forma mais exata. É possível que sim e é possível que não, vai depender do caso.

Pietro Ariboni: Muito obrigado. Alternando agora as respostas, perguntas feita por escrito as intervenções orais, eu daria o microfone ao doutor Pedro Dutra.

Pedro Dutra: Obrigado. A pergunta é dirigida ao doutor Caio Mário. Doutor Caio Mário, o senhor defende um acréscimo considerável e inédito dos poderes de investigação a Secretaria de Direito Econômico. Eu gostaria de ouvi-lo sobre a seguinte possibilidade; como o senhor entende que uma vez concedido esses poderes excepcionais à Secretaria de Direito Econômica, ela exercerá esses poderes sendo ela um órgão não independente e absolutamente subordinada ao controle político de seu titular, aliás permissível como todos os outros titulares da secretaria admitem.

Caio Mário da Silva Pereira Neto: Só aproveitar já antes, doutor Pedro... já mencionar algumas provocações que foram feita anteriormente pelo doutor Mauro Grinberg e pelo doutor Farina. Eu queria só retomar, primeiro essa questão do papel do Estado, de papel do Estado da repressão contra as infrações contra a ordem econômica é o papel de aplicar a lei. Quer dizer, o Estado, o administrador é quem aplica a lei de ofício, a gente tem que aplicar a lei e tem que fazer a lei antitrust, esse é o nosso papel fundamental e na parte, na questão de condutas eu acho que esse papel tem que ser absolutamente ativo, a gente tem que adotar uma postura que de fato leve a um combate ágil, dinâmico, efetivo das infrações. As empresas tem que ter consciência de que uma violação da lei antitrust tem um altíssimo risco de punição e que essa punição é alta também. quer dizer, o valor da multa a ser imposta e das penalidades a serem impostas pelo CADE são altas e isso tem que ficar muito claro para o mercado, é uma sinalização extremamente importante.

Segundo lugar, com relação ao artigo 35 doutor Farina, eu de fato eu assim, não consigo identificar esses poderes tão amplos que o senhor identifica no artigo 35 e só gostaria de ressaltar que o artigo 35 faculta, a secretaria requisitar, é dito expressamente, abre aspas “requisitar representados qualquer pessoa física ou jurídica, órgãos ou entidades públicas 1- informações, 2- esclarecimentos, 3- documentos a serem apresentados, ou seja, a empresa é que apresenta esses documentos, informações, esclarecimentos no prazo de 15 dias mantendo sigilo legal quando for o caso”. Aqui, eu estou falando por exemplo de documentos na formação de um cartel com memorandos para a área de vendas da empresa. Solicitar para a empresa memorandos para a área de vendas da empresa, para ver como é que está sendo fixado o preço internamente nas empresas, evidentemente aqueles memorando que tem qualquer informação que pode denunciar as empresas não vão ser apresentados. Quer dizer, isso é algo... é altruísmo até, eu acho que a gente precisa ter absoluta consciência de que tipo de infração a gente está falando, as empresas tem consciência da ilicitude da infração que estão fazendo; pedir para apresentar os documentos que as incrimine evidentemente não funciona, não tem funcionado e basta ver o que tem acontecido com os processos administrativos no âmbito da secretaria de direito econômico e do conselho administrativo de defesa econômica. Então, realmente eu reitero que considero os poderes conferidos pelo artigo 35 muito inferiores aqueles necessários, e mais do que isso, é fazer uma comparação rasa e imediata com os países do mundo que tenham um combate a infrações antitrust de forma mais sedimentada. Os poderes são ínfimos. Quer dizer, se for os Estados Unidos, se for a comunidade européia, a Alemanha, os poderes são ínfimos. Só para ter uma parâmetro, o cartel de lisina que foi pego nos Estados Unidos teve uma multa de U\$ 100 milhões de dólares numa das empresas, a empresa líder, ele foi acompanhado pelo _____ e pelo FBI durante um ano e meio, e o mando todas as reuniões do cartel no mundo, eles filmaram, eles conseguiram a colaboração de uma das empresas, eles filmaram, eles acompanharam as reuniões do cartel no Havaí, em Atlanta, em Paris filmando as reuniões em que as empresas fixavam preços, em que as empresas dividiam o mundo e falava, alocavam cotas por local do mundo e acompanhavam isso mensalmente. Então, quer dizer a gente nesse seminário eles passaram os filmes que eles obtiveram, os principais trechos durante um ano e meio de investigação. Este tipo de informação não é possível de obter de outra forma. Quer dizer, realmente é preciso ter poderes de investigação concretos e contundentes.

Segundo ponto; com relação a inversão do ônus da prova doutor Mauro Grinberg, o senhor levanta um receio importante que é um receio a respeito de representações cujo único intuito é o intuito particular, é o intuito

privado, de provocar uma outra empresa, de provocar um processo administrativo; pode ter um ônus grande, pode ser um desgaste a outra empresa e tudo o mais. Eu acho que isso tem que ter um cuidado extremo das autoridades em qualquer dos casos, com ou sem inversão do ônus da prova. Quer dizer, a avaliação de si, uma representação diz respeito, uma estou que tem impacto no mercado ou se ele é um ato meramente com impacto privado, é em todos os casos. Quer dizer, não que se pode abrir um processo administrativo e tem que se buscar não abrir processo administrativo em casos meramente privados. Esse desgaste imposto a empresas em casos privados evidentemente com ou sem inversão do ônus da prova não deve ser imposto. Então, eu acho que isso deve ser avaliado em todos os casos e a inversão do ônus da prova que eu mencionei como proposta e como sugestão para o debate na minha exposição, é para casos bastante específicos, quando por exemplo de cartel, eu estou falando de alguns casos específicos que a gente deve identificar e acho que esse debate merece ser feito e em que haja a verossimilhança da infração, quer dizer já tenho que ter provas suficientes dos autos de que há um indício muito concreto de que aquela infração ocorreu. Quer dizer, não é simplesmente eu receber uma cartinha, uma representação de uma empresa e falar; está invertido o ônus da prova. Eventualmente isso tem que ser controlado jurisdicionalmente também pelo judiciário, quer dizer em que momentos que se dá essa inversão do ônus da prova, acho que a gente deve discutir isso, mas acho que são casos específicos em que todas as informações estão em posse das empresas. Se torna extremamente difícil conseguir, obter as provas necessários; isso sem dúvida seria mitigado se nós conseguíssemos ampliar os poderes de investigação.

Finalmente, doutor Pedro, com relação ao acréscimo dos poderes mencionados, eu menciono como poderes excepcionais, antes de só entrar na questão específica da demissão *ad nutum* das eventuais pressões políticas envolvidas; é importante notar que esses poderes não são excepcionais, são os poderes utilizados em todos os lugares do mundo, em que o combate a infrações contra a ordem econômica, infrações antitrust, é de fato levado a cabo e se atinge os cartéis, pega-se as infrações de cartel em licitação. Então, quer dizer esse tipo de coisa se mostrou nas outras experiências, inclusive experiências de autoridades com muito mais tradição, história do que nós temos no país, que é fundamental para esse tipo de poder. Quer dizer, e não é um poder ilimitado, volto a dizer isso, eu realmente gostaria de ressaltar, não deve se atribuir esse poder a ninguém; quer dizer, ninguém, não existe iluminados no mundo que possam ter poderes tão grandes e irrestritos. Esse poder tem que ser controlado, esse poder é atribuído com o poder de convencer a um terceiro que é o juiz, de que eu preciso de uma busca e apreensão para provar aquela prática. Eu não estou pedindo aqui, eu não estou

sugerindo que se atribua a secretaria de direito econômico simplesmente o poder de; olha, quando entender necessário entra na empresa e faz o que quiser. Não! quando entender que é necessário, vá a juízo, solicita, consegue uma ordem judicial, entra com oficial de justiça nas empresas, é isso. Quer dizer, segurança jurídica, é devido processo legal, é ampla defesa mas é poder efetivo de caracterizar a infração, só isso.

Finalmente, com relação a atribuição desses poderes a uma autoridade que hoje demissível *ad nutum*, está integrada a na administração direta e isso eu acho que tem alguns problemas gerais e acho que não só com relação a atribuir ou não esses poderes, com relação a questão da autoridade instrutória estar no âmbito da administração direta. Eu acho que essa é uma outra questão a ser discutida também, o problema de...até que ponto não se deve ter mandato para as pessoas que encabeçam o órgão instrutor. A outra discussão que é a questão da agência; até que ponto deve haver uma agência de defesa da concorrência. Quer dizer, eu acho que são questões abertas, as questões institucionais tem que ser levada em conta. Na minha opinião, na minha opinião acho que tem ser dado mais autonomia a secretaria de direito econômico em termos de mandato, em termos de... Olha, doutor Pedro em princípio sim, agora eu diria o seguinte; isso tem que ser uma discussão bastante profunda, inclusive essa discussão de vamos manter dois órgãos, um órgão instrutor, um órgão judicante, eu acho que uma discussão que envolve muitos aspectos, é uma discussão que eu acho que está embrionária e que precisa ser aprofundada. Agora, acho salutar, a minha visão é de que é salutar ter mais independentes; não tenho dúvida quanto a isto, agora e quanto aos poderes para uma autoridade que hoje não é independente, volto a frisar, são poderes controlados. São poderes que, eu vou ter que demonstrar indícios de uma infração, tenho que ir ao juiz e convencê-lo que há indício suficiente de uma infração para justificar uma busca e apreensão, tal qual a polícia tem que fazer. Quer dizer, a polícia também é um órgão que pode sofrer todo o tipo de pressão; o departamento de polícia federal está vinculado ao Ministro da Justiça e tem poderes desse tipo; agora o que acontece com esse poder?, esse poder é controlado, a polícia não sai entrando em qualquer lugar por aí; a polícia federal tem que ir a um juiz, convencê-lo que dentro dos termos da lei ela pode realizar uma busca e apreensão. Portanto, nesse sentido eu acho que não há uma relação direta entre o fato de ser vinculada ao Ministro da Justiça e o fato de ter esses poderes, que não são excepcionais, é os poderes efetivos de investigação controlados pelo Judiciário. Eu acho que isso de fato permite um controle, é importante.

Sr. Pietro Ariboni: Muito obrigado. Eu acho que a resposta foi exaustiva, eu gostaria apenas de dar meio segundo para o doutor Farina que tem um comentário a fazer sobre o artigo 35 apenas.

Dr. Laércio Farina: Talvez seja uma questão de interpretação doutor Caio, mas me parece que quando o artigo 35 diz que a secretaria determinará a realização de diligências, ela está abrindo um leque e deixando um instrumental jurídico a disposição da secretaria justamente nesse sentido. Quer dizer, o instrumental já existe, ele é limitado pelo restante do ordenamento jurídico, donde a intervenção necessária do poder Judiciário em certos aspectos.

Pietro Ariboni: Nós temos mais duas perguntas por escrito e temos mais dois inquirentes oralmente e eu pretendo encerrar por aí porque efetivamente estaremos adiantando a hora aí e atrapalhando o horário do painel da tarde. Eu gostaria de dar então a palavra para o doutor Túlio.

Dr. Túlio: Muito obrigado. Eu tenho basicamente duas perguntas; eu gostaria de dirigir uma delas a professora Odete e é referente a um entendimento que tem a respeito de um assunto muito polêmico sobre o processo administrativo, sobre a regulação do processo administrativo. Se a professora entende que o princípio da unicidade processual seria aplicável também ao processo administrativo, para concluir-se então e se a título de entendimento que não há um processo administrativo na SDE, um outro na SEAE e um outro no CADE, mas há apenas um único processo administrativo, que se inicia no SDE e termina no CADE com participação da secretaria de acompanhamento econômico, isso no que se refere a condutas e no que se refere a atos de concentração passando efetivamente por três órgãos de administração federal. Então, se a professora compreende, concorda com o entendimento de que o princípio da unicidade se aplica ao processo administrativo, quem poderia regular esse processo administrativo, se o CADE teria jurisdição para regular o processo administrativo, inclusive o quanto ele corre no âmbito da SDE e do âmbito da SEAE e inclusive é o que dispõe o artigo 51 da lei antitrust, que diz; o regulamento e o regimento interno do CADE disporão de forma a complementar sobre o processo administrativo. Eu entendo que aqui seria o processo como um todo, um processo único seja, esteja ele na SDE, esteja ele no SEAE, esteja ele no CADE, essa é a minha pergunta.

Eu também teria uma segunda pergunta se me permitir a fineza que é sobre... rápida, sobre a possibilidade do CADE no processo administrativo reabrir instrução, porque a lei expressamente autoriza o relator a solicitar informações adicionais. Neste caso, considerando que as alegações finais já foram apresentadas na secretaria de direito econômico, se teria direito o representado depois dessa dilação probatória complementar do CADE, se teria direito representado a apresentar novas alegações finais, considerando que

houve uma reabertura da fase de instrução. São essas as perguntas, muito obrigado.

Pietro Ariboni: Quem por favor.

Odete Medauar: Dr. Túlio, eu acho que a sua questão trata de aspectos muito sensíveis na questão do processo administrativo e talvez na cogitação de uma modificação deste processo, se houver esta intenção. Eu acho que na verdade o processo é um só, não pode haver um fracionamento de um processo, eu acho que aí no caso o processo é um só. O que eu acho que está mal colocado, acabei de comentar aqui brevemente com o doutor João Bosco é esse fracionamento entre órgãos, embora possa haver uma explicação em termos de não haver tudo correndo num órgão só, porque poderia haver algum subjetivismo. Eu acho que hoje no panorama que nós temos de garantias dadas aos administrados, que é muito diferente do que havia há dez, vinte anos atrás, uma consciência diferente, uma evolução do direito público diferente oferecendo essas garantias, motivação, contraditório, ampla defesa, razoabilidade, todos esses princípios que hoje informa a atuação da administração, eu não vejo um risco muito grande de concentrar o processo num órgão só, inclusive quando o órgão é colegiado, porque também a colegialidade é uma técnica para justamente impedir o subjetivismo, a pessoalidade. Então, eu acho eu há um problema sério na questão desta tramitação por vários órgãos e outro problema sério é a questão relativa a reiteração de práticas de instrução que trás um ônus muito grande para a administração, porque sempre se vê o ônus para a empresa, mas é um ônus para a administração e isto tem um custo em termos de recursos materiais e recursos humanos, e eu acho que é sobreposição que também contraria o princípio da eficiência que está na constituição e faz com que o processo fique muito longo, que é um ônus também para a administração, um ônus para a atividade econômica em geral. Então, eu acho que aí haveria um problema embora a lei dê poderes de instrução tanto a SDE quanto ao CADE, eu acho que isto teria que ser visto de uma maneira mais racional, talvez por uma modificação da lei, um órgão tem que ser o instrutor, mantendo-se a diversidade de órgãos um tem que instruir; havendo a necessidade de uma complementação de instrução volta para o órgão de instrução e não se reabrir uma nova fase de instrução. Então, havendo necessidade de uma complementação tem que ser dada a vista para o interessado, também pelos princípios do contraditório e ampla defesa. Não pode haver instrução escondida, clandestina sem que tenha ciência o interessado, mas eu acho que isso também é um dos pontos problemáticos do processo. Agora, a questão de quem pode regular, é outra questão problemática, porque a lei em princípio interpretando literalmente ela dá um poder amplo para o CADE, independentemente de que fase do processo seja, embora se também possa

argumentar que há um problema de competência; você vai regular além da sua competência, você pode avançar na competência de outro órgão, então este é um outro problema sobretudo no tocante aos requisitos para aceitação de uma representação. Quais são esses requisitos para se considerar a representação como indícios consistentes para gerar a instauração do processo. Então, eu acho que uma interpretação literal dá ao CADE uma ampla possibilidade de regular mas por outro lado existem as regras de competência que podem impedir a interpretação desta forma da lei.

Pietro Ariboni: Muito Obrigado. Respondendo a última pergunta por escrito que foi encaminhada ao conselheiro João Bosco Leopoldino, gostaria então que respondesse a doutora Lobão.

João Bosco Leopoldino: Bom, para que toda comunidade tenha conhecimento da pergunta, eu deveria lê-la embora longa.

A instrução do processo em que se analisa um ato de concentração, que não seria o caso aqui econômico, nem como em que se apura uma conduta anticoncorrencial fundamenta-se em uma unidade de análise sobre a qual repousará o entendimento final da autoridade antitrust, mas acima de tudo sobre a qual dar-se-á a defesa da representada ou da requerente. Essa unidade é o mercado relevante. Diante de tal consideração eu pergunto; seria válida a instalação de processo administrativo cujo despacho não contempla a definição de um mercado relevante, como poderia a representada se defender uma vez não definida o mercado relevante? Como V.S., veria uma situação em que o CADE decidisse pela condenação da representada ou pela não aprovação de uma operação a partir do mercado relevante outro que não aquele com base no qual se deu a defesa? A questão não poderia importar na violação do direito constitucional do devido processo legal e do direito de ampla defesa?

Bom, a resposta me parece simples e a professora Odete Medauar já colocou essa questão, ou seja, o despacho que encaminha o processo ao CADE, ele deve caracterizar todo o ato, todo o tipo da conduta, a tipificação, aquilo que eu mencionei, a tipificação da conduta deve estar completa no despacho do secretário. Então naturalmente dentro desse contexto se o despacho do secretário não tipifica adequadamente aquilo que constou na instrução haveria um hiato entre aquilo que se instruiu e aquilo que está no despacho e então viria a pergunta; a empresa se defenderia daquilo que constar no despacho ou aquilo que vamos dizer assim, constou nos atos instrutórios? Então, haveria um hiato que eu acho que poderia e certamente geraria a nulidade, mas aí repisando isso que a professora Odete acabou de colocar e que nós comentávamos antes, dessa duplicidade, o artigo 43 dá ao relator o poder de determinar, a realização de diligências complementares ou

requerer novas informações na forma do artigo 35, ou seja pode repetir tudo com um grave ônus para a administração público e um grave ônus para as empresas e nós lamentamos que isso aconteça. Aliás, eu comentava com ela que pelo fato de eu ter participado da magistratura, eu acompanhava a instrução do processo desde o início até o final e isso eu acho importante que haja um órgão que pode não ser o instrutor, a instrução pode ser destacada, haja alguém que faça instrução mas sempre acompanhada pelo órgão que vai julgar, porque o órgão que vai julgar é que vai dizer; eu preciso de tais e tais, de tais atos devidamente levantados. Então deve haver uma conjunção e eu acho que atualmente essa conjunção não existe, e então há uma duplicidade de instrução ou uma triplicidade muitas vezes com grave ônus, com grave prejuízo e isso a meu ver causaria a nulidade do processo porque estaria havendo claramente uma lesão ao direito da ampla defesa.

Paulo Correa (...) refletir as suas...porque são democraticamente eleitos, devem ter direito de refletir em suas políticas públicas o desejo dos seus eleitores, isso se faz através de políticas específicas e dentre elas a política antitrust. Então, eu não vejo com tanta simplicidade a total autonomia do órgão instrutor ou dos eventuais órgãos que participem da instrução.

A segunda observação é sobre os poderes de investigação de cartel. Daí, eu como economista me permitiria uma observação sobre o último comentário; eu vejo com muito ceticismo, muito ceticismo a possibilidade de análises econômicas serem indícios e evidências e aí os senhores me perdoem a falta de precisão no conceito, contundentes e cabais para o desfecho desejado de cartéis clássicos. Eu acho que no caso de paralelismo consciente ou da doutrina do paralelismo consciente plus, ainda há um espaço bastante razoável para reflexão econômica, eu acho que o subsídio do economista aí pode ser grande. Mas para os cartéis clássicos, em especial em economias em transição, eu acho que se aplica em particular, são economias em transição, são agências com uma debilidade de recursos muito grande, portanto a assimetria de informação entre o setor público porque é a agência ou as agências, o setor privado que são os potenciais infratores é um fato. Nesse contexto de informações assimétricas vale o teorema da indistinção; esse é um teorema econômico que mostra o seguinte, quando há a assimetria de informações é muito fácil para o agente que está sendo investigado enganar a autoridade pública, porquê, porque com uma pequena mentira sobre o seu nível de custos, com uma pequena mentira, pequena, ao invés de dizer que é dez, é vinte; com uma pequena mentira sobre a sua demanda que não é dez, é quinze, é possível demonstrar que a conduta privada que se alega ser uma colusão é um acordo (tácito?). esse é um teorema econômico e ele é particularmente relevante quando existem informações assimétricas que é disso que nós estamos falando aqui; dada a institucionalidade legal existente,

dada as características da nossa economia informações assimétricas não são uma hipótese irreal, são um fato; nós não temos instrumentos adequados para investigação e produção de informação e a sociedade como um todo e aí eu estou falando do IBGE, estou falando enfim do sistema de administração pública que poderia gerar informações adequadas, também tem uma produtividade limitada e debilitada aí pelas dificuldades conhecidas porque passam no setor público. Então, é nesse sentido que eu acho que é a maneira de quebrar a assimetria de informações, é de fato gerando poderes de investigação adequados. Eu não me atrevia naturalmente a dizer o que quê são adequados, mas adequados do meu ponto de vista é o seguinte; que gerem um resultado aonde a pena efetiva é alta e pena efetiva é pena, é a sanção, é o valor da sanção vezes a probabilidade de condenação. Se a probabilidade de condenação continua sendo muito baixa, a pena efetiva vai ser baixa independentemente do valor absoluta da sanção, e aí os incentivos dos quais eu falava no início da minha intervenção vão ser incorretos. Eu acho que, se a gente quer ter uma política antitrust que envie os sinais adequados para os agentes econômicos, no caso específico da realidade e o brasileiro ele passa pela geração, pela concessão de instrumentos de investigação mais apropriados.

Sr. Pietro Ariboni: Muito Obrigado. Eu acho que como fecho aí para o aspecto filosófico do que se discutiu hoje é perfeito, e vale como incentivo realmente para que todos nós nos empenhemos efetivamente em melhorar o sistema. Eu quero agradecer em primeiro lugar o presidente do IBRAC, que me indicou para esta gratíssima tarefa, quero agradecer os companheiros da mesa; Paulo Corrêa, Mauro Grinberg, João Bosco Leopoldino, Odete Medauar e Caio Mário da Silva Pereira Neto que foram brilhantíssimos e conseguiram agüentar as minhas pressões psicológicos, agradecer os meus dois anjos da guarda aqui também co-diretores, o Farina e o Marques e dar um aviso de que em função da nossa indisciplina por termos avançado o horário, então o painel da tarde começará pontualmente as 14:30 h.

INFORMÁTICA E CONCORRÊNCIA

DIRETRIZES DA REGULAMENTAÇÃO GOVERNAMENTAL PARA O SETOR DA ALTA TECNOLOGIA

QUESTÕES DE CONCORRÊNCIA NO SETOR DE SOFTWARES

ANÁLISE ECONÔMICA DO SETOR E DO MERCADO DE ALTA TECNOLOGIA

CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Coordenador: Luiz Sette

Luiz Sette: Mais uma vez agradeço a presença de todos. Nós estamos abrindo a sessão da tarde, que não é uma sessão da tarde no *strictu* senso da palavra, com o tema Informática e Concorrência. Nós temos a honra de ter a presença de grandes especialistas da área no Brasil e internacional, e eu vou pedir a todos os palestrantes e os debatedores e os membros da audiência que fizerem perguntas, que façam pausadamente para ter um maior grau de nitidez nas traduções. Então, nós vamos falar um pouco mais pausadamente porque esse talvez seja o painel que tenha a presença maior estrangeiros e muitos vão usar da tradução simultânea.

Também esse painel deverá ser o painel que a gente vai gerar um maior número de debate, então eu quero privilegiar o debate, pelo menos a gente ter na última hora da tarde uma maior frequência de debate e um maior número de perguntas com a participação de todos.

Eu vi que o grande debate do almoço foi realmente o ovo índice do professor João Bosco, e eu descobri professor que só nós mineiros conhecemos o Ovo Índice e é uma expressão regionalizada professor. então, muito boa tarde senhoras e senhores, autoridades presentes, membros da mesa, diretoria do IBRAC. É uma enorme satisfação para mim e uma responsabilidade coordenar esse painel sobre um assunto tão fascinante quanto a concorrência no setor de alta tecnologia.

Estamos vivenciando hoje uma enorme transformação do setor de informática. Novas tecnologias são lançadas diariamente a serviço do mercado e ao consumidor; cada vez mais as empresas de diversos setores tem buscado o acesso a informação e a tecnologia de ponta; novas empresas com novas idéias são criadas diariamente no mercado mundial, o mercado viu uma transformação nunca antes imaginada; essas transformações ainda não acabaram e vão durante ainda por muito tempo. Estima-se que nos últimos dez

anos as transformações do mundo foram menores do que nos próximos dois anos, no setor de alta tecnologia. Empresas estão correndo contra o tempo e procurando desenvolver novas tecnologias para atender ao mercado consumidor. Muito se fala hoje de e-commerce, mas ainda ninguém tem a dimensão do que realmente vai ser o e-commerce no próximo século. A convergência dos sistemas é outra área que milhões de empresas estão procurando e apostando seus melhores servos no sentido de integrar computador com quase todos os devices, quase todos os elementos eletrônicos do mundo. Nós veremos nos próximos anos a integração de sistemas que antes a gente não imaginava, computadores falando com telefone, falando com computadores de mão, falando com eletrodomésticos, falando com todos os aparelhos domésticos, industriais e ele se integrando e existe uma enorme gama de produtos de sistemas que vão convergir para essa nova era de acesso a informação. Por isso estamos aqui com grandes especialistas do mundo para debater esse assunto, e vou contar muito com a participação de vocês para a gente gerar um debate com alta tecnologia.

Antes de passar a palavra para o Richard Corley, que é o nosso primeiro palestrante, eu queria desculpar, nós estávamos contando com a presença do Charles Rule e ele nos ligou ontem a noite e pediu desculpa para todos, que teve um contratempo em Washington e não pôde comparecer ao debate. Richard Corley ele é sócio do Davies Ward & Beck em Toronto e forma o grupo de Competition Law Information e Technology Law, ele estudou direito na (...) e school e na Yale Law Scholl, ele serviu como clerk na Suprema Corte do Canadá e antes de entrar no estudo de direito, o Richard ele trabalhou como engenheiro no setor de informática, especificamente desenvolvendo softwares para computadores. Ele tem praticado direito junto com Davies Ward & Beck, principalmente na área de hardware, software e telecomunicações e outros assuntos ligados a informação a tecnologia. Richard, por favor.

Richard F.D. Corley* (paper apresentado)

Davies, Ward & Beck
Toronto, Canada

COMPETITION LAW IN THE INFORMATION ECONOMY

Table of Contents

Introduction

II. Competition Law Goals

III. Information Economy

A. Competition Law Implications of the Information Economy.

B. Characteristics of the Information Economy.

1. Intellectual Property Based.

2. Low Barriers to Entry

3. Open Access to Markets and Distribution Channels

4. Minimal Marginal Costs of Production

5. Network Externalities - The Value of Ubiquity.

6. Exponential Growth and Increasing Returns.

7. Expectations and Tipping

8. Product Durability

9. Role of Standards.

10. Innovation and Technological Development

11. Open Specifications and Compatibility.

* *rcorley@ dwb.com*, Richard Corley is a Partner in the Technology & Communications and Competition Law Practice Groups at Davies, Ward & Beck, Toronto. This paper attempts to further develop the analysis of related topics explored in earlier papers. (See: R.F.D. Corley, "Antitrust: Friend or Foe of Innovation" presented at the American Bar Association Antitrust Section Meeting on August 5, 1998 at the American Bar Association 1998 Annual Meeting in Toronto, Canada; R.F.D. Corley and C.J. Prudham, "Intellectual Property Law and Canadian Competition Law" in *Protecting & Managing Intellectual Property Assets Conference* (Toronto: Federated Press, 1997); R.F.D. Corley, "The Competition Act and the Information Economy" (Address to the CBA Competition Law Conference, Aylmer, Quebec, September 18-19, 1997); and R.F.D. Corley, "Competition Policy and the Internet" (1997), 16 *Asia Business L. Rev.* 57.)

IV. Information Economy Competition Law Challenges.

A. Competition Law Goals for the Information Economy

B. Adverse Implications of Unwarranted Competition Law Enforcement.

C. Competition Law Authorities Should Act with Restraint

D. Exceptional Circumstances Justifying Intervention.

V. Conclusion

I. Introduction

The rapidly developing information economy poses difficult conceptual and practical challenges to those responsible for competition law enforcement. The shift in the focus of economic activity from traditional industries and material resources to information and intellectual property ("IP") rights, and the distinctive economic characteristics of information-based enterprises have raised profound questions concerning the applicability of the traditional micro-economic antitrust model to the information economy.

Competition law now recognizes that dynamic change and innovation, which are fostered by the protection of IP, are increasingly important drivers of economic activity and productivity, and in many cases, are now the most important indicia of competition, but competition law authorities have not found it easy to incorporate the assessment of these factors into their competition law analysis. While it is clear that IP laws and competition laws are both intended to promote the development of an efficient economy, the different mechanisms that each employs to achieve this common long-term goal may become a source of tension in specific cases. IP laws foster long-term dynamic efficiency gains by providing incentives to invest in the development of valuable works, whereas competition law tends to focus on the achievement of static allocative efficiency by preventing the inappropriate accumulation or exercise of market power with respect to existing products or services. Consequently, there is a danger that the adoption of a competition law focus on shorter-term allocative efficiency goals could adversely affect the incentives to innovate and the long-term benefits to society that flow from research and development activities and the protection of IP rights.

This paper examines the relationship among competition law, innovation and intellectual property in the context of the information economy. More specifically, this paper considers our current understanding of the goals of competition law and the economic characteristics of the information economy, and then discusses some of the issues which may arise from the application of competition law to information economy markets.

II Competition Law Goals

Despite the fact that the first competition law was enacted over a century ago¹, the goals of competition policy have not been well articulated. Indeed, there is a continuing debate regarding those goals². These include the protection of competition as an end in itself³, the promotion of economic efficiency⁴, the prevention of wealth transfers from consumers to producers⁵, the protection of personal autonomy, equality and liberty⁶, the protection of free markets and democracy against Marxism and totalitarianism⁷, the

1 In 1889, Canada was the first western industrialized nation to enact legislation designed to prevent firms from forming agreements in restraint of trade. See: R. Khemani and W. Stanbury, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Institute for Research on Public Policy, Halifax, N.S., 1991 at vii. U.S. legislation, the Sherman Act, 15 U.S.C., ss.1- 7, followed a year later.

2 See, for example: R. Lande, note 5, *infra*; H. Hovenkamp, "Antitrust Policy After Chicago" (1985) 84 Mich. L.R. 213; and P. Gorecki and N.T. Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983*, Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1984, at 51 *et seq*.

3 See, for example: *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 at 320 (1962); E. Fox, "Antitrust Competitiveness and the World Arena: Efficiencies and Failing Firms in Perspective" (1996), 64 *Antitrust Law Journal* 725 at 728; and P. Crampton, *Mergers and the Competition Act*, Toronto: Carswell, 1990, at 515 *et seq*

4 See primarily: R. Bork, *The Antitrust Paradox*, (1978); R. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, (1976); T. Calvani, "Challenges to the Chicago School Approach: Rectangles & Triangles: A Response to Mr. Lande" (1989), 58 *Antitrust Law Journal* 657; and Gorecki & Stanbury, *supra*, note 2 at 9 *et seq*

5 R. Lande, "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged" (1982), 34 *Nastings L.J* 65; R. Lande, "Challenges to the Chicago School Approach: Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (not just efficiency) Should Guide Antitrust" (1989), 58 *Antitrust Law Journal* 631; and J. Kattan, "Efficiencies and Merger Analysis: A Response" (1994), 62 *Antitrust Law Journal* 513

6 R. Pitofsky, "The Political Content of Antitrust" (1979), 127 *U Pa. L. Rev.* 1051

7 D. Millon, "The Sherman Act and the Balance of Power" (1988), 61 *S. Cal. L. Rev.* 1219; E. Fox, "Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade" (1995), 4 *P. Rim L. & P. J I*; and R. Pitofsky, *ibid*

protection of small business⁸, the protection of workers and even the protection of the environment⁹.

Using the Competition Act (Canada) (the "Act") as an example, it is apparent from section 1.1 that the Act is addressing a variety of conflicting objectives:

" I .1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices."

However, notwithstanding the broad range of considerations listed in the purpose clause of the Act, it is now widely agreed that the principal goal of Canadian competition policy is economic efficiency, both static and dynamic. Over the past 20 years, the academic literature and judicial decisions in both Canada and the U.S. have downplayed the importance of other objectives, such as the maintenance of fragmented industries and markets which had earlier been emphasized by the courts, in favor of the promotion of economic efficiency¹⁰.

The Act is intended to prevent competitors from implementing mergers or other arrangements or conduct that would substantially or unduly prevent or lessen competition¹¹. However, these limitations do not apply in cases where the impact on competition is a result of "superior competitive performance¹² or is offset by greater gains in efficiency¹³.

Parties will be found to have substantially prevented or lessened competition where an arrangement or conduct will permit them to obtain and exercise, unilaterally or interdependently with others, a materially greater degree of market power than in the absence of that arrangement or conduct. Market power refers to the ability of firms to profitably influence pricing,

8 See: *Brown Shoe Co. v. United States*, supra, note 3 at 344; and *Gorecki & Stanbury*, supra, note 2, at 122 et seq.

9 Remarks of Michael Pertschuk, Chairman, FTC, Eleventh New England Antitrust Conference (Nov.18,1977).

10 See: *P. Cram ton*, note 3, supra at 496-499

11 See: ss. 45, 79 and 92 of the Act.

12 See: s. 79(4) of the Act

13 See: ss. 86 and 96 of the Act

quality, variety, servicing, advertising, innovation or other aspects of competition, but is usually assessed primarily in terms of the parties' ability to set prices above competitive levels for a sustained period of time¹⁴. In summary, the principal goals of Canadian competition law are the maximization of consumer welfare and the promotion of efficiency. As discussed in more detail below, in the new economy, these goals are usually best advanced through the promotion of innovation and the resulting development of new products and services.

III Information Economy

The "Information Economy" is the segment of the Canadian and global economies which is engaged in the creation, processing and communication of information¹⁵. The Information Economy is in the process of revolutionizing both the nature and the structure of commerce. The rapid growth in the use of the Internet and secure Internet protocol extranets for mainstream communications and e-commerce applications has provided a striking demonstration of the economic implications of such networks for the Information Economy.¹⁶

It is impossible to accurately quantify' the actual size and rate of growth of the Information Economy, as the value of the rapidly increasing information content of tangible products and services is effectively unmeasurable. Consider, however, the following points: ¹⁷

more computers are sold now worldwide every day than existed in 1975;

14 See: Director of Investigation and Research, *Merger Enforcement Guidelines (Canada: Supply and Services, 1991)* [hereinafter "MEGs"] and *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606

15 In view of the importance of network and network effects, discussed below, Kevin Kelly, the executive editor of *Wired* magazine, prefers to use the term "Network Economy" to describe the new economy which has developed around the creation, processing and communication of information. See: K. Kelly, "New Rules for the New Economy" (September 1997) 140 [hereinafter "New Economy"].

16 The Internet is a network of interconnected computer networks which use standard communications protocols to transmit digital information, in the form of individually addressed packets of data, among the computers which comprise and are connected to the Internet

17 The following are from Revenue Canada, *Electronic Commerce and Canada's Tax Administration: A Report to the Minister of National Revenue from the Minister's Advisory Committee on Electronic Commerce*, September 1998

the cost of processing information has dropped over the past two decades from one dollar per instruction per second to one penny; today's Sony Playstation runs on a higher performance microprocessor than the original 1976 Cray supercomputer; and since its invention in the 1950s, refinements to the integrated circuit have permitted the number of components on a computer microchip to increase from 1 in 1960 to more than 1 billion today.

As recently noted by the Economist, "if cars had developed at the same pace as microprocessors over the past two decades, a typical car would now cost less than \$5 and do 250,000 miles to the gallon". Moreover, sales of information technology products and services, e.g., computers, software, data communications services, etc., which are used to process and communicate information ("Information Technology"), are growing at approximately twice the rate of the Canadian and global economies as a whole and Information Technology has become a vital strategic input to virtually all other industries.

The development of the Information Economy is requiring that economists and competition lawyers rethink a number of the traditional paradigms of competition law. In the past, most competition law economic analysis has been based principally on traditional static market analysis and assumptions concerning the relationship between prices, output levels and marginal costs.¹⁸ To the extent that dynamic changes were considered, traditional analysis primarily focussed on non-transitory changes that resulted in a shift of equilibrium rather than the continuous change which characterizes the Information Economy.

A. Competition Law Implications of the Information Economy

From a competition law perspective, the Information Economy differs in a number of important respects from the traditional industrial economy. The underlying economic assumptions, sources of market power and conduct which may be considered an anti-competitive act in the Information Economy also differ from those in the traditional industrial economy. The movement from the industrial economy to the Information Economy may be expected to have the following implications, among others, for competition and competition law enforcement:

¹⁸ D.A. Yao and S.S. DeSanti, "Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines" (1993), 61 *Antitrust L.J.* 505.

(i) competition will be enhanced in many industries as more open access to market information, competing products and reduced transaction costs serve to reduce barriers to entry and expand the scope of both the product and the geographic dimensions of relevant markets;

(ii) research and development and innovation to develop new products, rather than marginal cost pricing, and dynamic efficiency concerns, rather than static efficiency concerns, should become the principal objectives of competition law and the measures of effective competition;

(iii) competition law will have to take account of the shift in the focus of competition in certain industries from competition with existing products to competition for opportunities to develop new systems and standards which are of value to consumers, and competition law enforcement will need to become more sensitive to the legitimate business justifications for the use of techniques such as tying and price discrimination which may be required in order for the development of socially valuable new products and services to be economically feasible;

(iv) the competition law review of joint ventures will play an increasingly important role as companies seek to combine complementary competencies to more rapidly develop new products and services; and

(v) the globalization of markets and the movement of commerce into cyberspace may present substantial impediments to the effective exercise of jurisdiction by competition law authorities over extra-territorial anti-competitive conduct which affects the authorities' domestic markets.¹⁹

¹⁹ *The principal focus of this paper concerns the substantive competition law implications of the movement from an industrial to an information-based economy. Consequently, process issues and questions relating to the jurisdiction of domestic competition law authorities over extraterritorial conduct are not addressed in this paper. The extraterritorial application of the Act is discussed in C.S. Goldman, G.P. Cornish and R.F.D. Corley, "International Mergers and the Canadian Competition Act", and in Ch. 9 in B. Hawk, ed., 1992 Fordham Corporate Law Institute - International Antitrust Law and Policy (New York: Transnational Juris Publications, 1992) at 217. The application of competition law to joint ventures is discussed in C.S. Goldman and R.F.D. Corley, "The Review of Joint Ventures under the Canadian Competition Act" (an unpublished paper prepared for presentation at the U.S. Federal Trade Commission ("FTC") Joint Venture Project Hearings on June 30, 1997) and C.S. Goldman, R.F.D. Corley and M. Barutciski, "Joint Ventures in the Global Economy: Applying the Competition Act in the 21st Century" (Address to the CBA Competition Law Conference, Aylmer, Quebec, September 18-19, 1997)*

These factors and the ongoing reorganization of the global economy to reflect the network logic of the Information Economy require that competition authorities consider the implications of the principal differences between the industrial economy and the Information Economy in order to update and adapt their enforcement policies in a manner that appropriately reflects the competitive dynamics of the new economy.

B. Characteristics of the Information Economy

The following are some of the principal characteristics of the Information Economy which distinguish it, for competition analysis purposes, from the industrial economy:

1 Intellectual Property Based

The principal source of value in the Information Economy is knowledge and information rather than tangible resources or capital. As a general rule, information may be freely and essentially costlessly duplicated and simultaneously used by unlimited numbers of individuals. It is exclusive only to the extent that it is kept confidential and/or protected by applicable intellectual property laws. Valuable information is principally protected under domestic copyright, patent, trade- marks and trade secret laws. However, other Information Economy market dynamics, discussed below, and the practical difficulty of effectively enforcing IP rights on the Internet have resulted in extensive quantities of copyrighted materials being offered on the Internet at no charge.

2. Low Barriers to Entry

The growth of Information Technology networks, in particular the Internet, has greatly reduced the costs of bringing buyers and sellers together to form vastly expanded markets, has reduced barriers to entry, and is continuing to reduce the costs of obtaining information and transacting business. Information Technology and the Internet are reducing the costs of processing, distributing and acquiring information respecting specific subjects by facilitating the low-cost automation of these functions. By virtue of developments such as the availability of usenets, listservs, news services and the rapid growth in the use of the Internet and Internet protocol extranets for commercial transactions, the Information Economy has reduced information

and transaction costs and introduced conditions in certain markets which more closely approximate the economist's ideal of perfect competition.

3. Open Access to Markets and Distribution Channels

Open access to markets through efficient electronic networks such as the Internet has allowed suppliers to bypass more costly and constrained traditional distribution channels. This characteristic of the Information Economy is perhaps best demonstrated by the rapid development and widespread distribution of successive generations of a wide variety of software products such as media players, document viewers and browsers using the Internet.

4. Minimal Marginal Costs of Production

The initial cost of creating information and information-based products is a sunk cost and the marginal cost of producing additional copies of such is usually minimal. This characteristic of the Information Economy is most clearly apparent in software, much of which is now distributed at minimal cost and for no charge over the Internet or sold for relatively nominal prices using "shareware" CD-ROM products. This characteristic is also reflected in the falling cost/performance ratios of other products and services which have a substantial information content. The continually falling costs of computer processors, memory and disk drives, and telecommunications services reflect the high percentage of low marginal cost information content incorporated in these products and services, scale economies and the other factors discussed in this section.

Minimal marginal costs mean that the average cost of information-based products will fall continuously with increasing volume. For example, if a software program which costs \$ 1 million to develop is to be sold to only 10 users, each user will be required to contribute \$100,000 towards the development costs. However, if 10,000 copies are to be sold, each user will be required to contribute \$ 100 towards the development costs. If 10 million copies are sold, each user's contribution towards the development costs falls to a mere 10 ¢.

Continually declining average and marginal costs are inconsistent with the economic assumptions relating to diminishing marginal returns and increasing marginal costs which underpin many of the economic objectives of the Act.

5. Network Externalities - The Value of Ubiquity

The phrase "network externalities" is typically used to describe the manner in which the addition of further users of a product or technology increases the value of the product or technology to all other existing users. For example, the very first telephone on a network would have no value at the time it was purchased because there would be no other telephones to call. However, each telephone subsequently added to the network adds to the value of the first telephone and all other telephones on the network, thereby conferring benefits and value to the other members of the network that are external to the purchaser of the additional telephone. The same type of network externalities arise whenever users adopt a product or technology which becomes more valuable to existing users (referred to as "demand-side network externalities") or less expensive to provide (referred to as "supply-side externalities").

Virtual networks are comprised of users of compatible technology who are not linked by a physical network, but rather generate network externalities as a result of their adoption of the common technology. The users of MS-DOS/Windows computers, VHS cassettes and the Internet protocol comprise three highly successful virtual networks. In each case, the widespread adoption of the particular technology increased the value to consumers of the compatible products which they had previously purchased: the success of the MS-DOS/Windows computers has greatly expanded the range of, and continues to reduce the price of, compatible hardware, software and services available to the owners of these computers; the ubiquity of VHS cassette players has created a massive market for compatible media; and the success (i. e. , expansion and adoption by those outside the scientific community) of the Internet has greatly increased the value of e-mail services, HTML pages and the use of Intranets, Extranets and the Internet to perform an increasing range of functions, in essentially the same manner as the increase in the number of telephone users increased the value of that network.

Network externalities and the minimal marginal cost of duplicating information challenge fundamental economic assumptions which relate value

to scarcity and increased quantity to diminishing marginal values.²⁰ In this regard, it is important to note that the principal beneficiaries of network effects, in most cases, are consumers rather than suppliers.

6. Exponential Growth and Increasing Returns

As a result of network externalities, the value of networks typically increases exponentially in response to a linear increase in the number of members. Network effects, in combination with low marginal costs, frequently give rise to dramatically increasing returns to scale and positive feedback effects, thereby creating dynamically unstable markets. The dramatic increase in the value of the network with increasing size suggests that once a network has achieved a critical mass, it will continue to grow exponentially until all potential members have joined or it is displaced by a competing network.

7. Expectations and Tipping

The exponential growth and positive feedback characteristics of markets subject to strong network externalities make such markets dynamically unstable and subject to "tipping" in favour of the perceived market leader. For example, the expectations of computer users with respect to the identity of the hardware, operating systems and other software, that are going to be most popular, and therefore most effectively supported with wide varieties of competitively priced, compatible products and accessories, will affect the computer users' purchasing decisions. Purchasers will tend to buy the systems which they view as likely winners and will try to avoid purchasing less popular computer systems. The expectations of software suppliers will similarly affect their decisions with respect to the systems for which they will develop and support software products. Developers will

²⁰ Referring to network externalities associated with widespread adoption of the fax machine, Kelly, in *New Economy*, supra, note 15, at 142-143 notes:

"The fax effect suggests that the more plentiful things become, the more valuable they become. But this notion directly contradicts two of the most fundamental axioms we attribute to the industrial age. First ... Value came from scarcity...Second ... When things were made plentiful, they became devalued... The logic of the network flips these industrial lessons upside down. In a Network Economy, value is derived from plentitude, just as a fax machine's value increases in ubiquity. Power comes from abundance

attempt to develop software for which there is likely to be a large potential market. However, tipping is of limited competitive significance in most cases in the Information Economy as low barriers to entry, minimal marginal costs and positive feedback effects permit a superior new product or service to rapidly displace an inferior, incumbent product, notwithstanding the initial success and widespread acceptance of the inferior product.

8. Product Durability

Information and information-based products, such as software, are durable goods which may, in most cases, be used indefinitely without any additional costs or expenditures. In order for a supplier to sell users replacement products, the users must be persuaded that the new features and enhancements incorporated in the replacement justify the cost of the upgrade. Consequently, Information Economy suppliers are frequently in the position of having to compete against the prior generations of their own products, as well as the products offered by their competitors.

9. Role of Standards

Competition in Information Economy markets frequently revolves around the development of a popular specification or standard. As is particularly evident on the Internet, minimal marginal costs and the desire of many companies to establish their new products or services as a virtual network standard have led to a veritable explosion in the range of products and services which are offered at no charge over the Internet. Products such as media and content players, document viewers and browsers are typically provided at no charge in order to help create demand for complementary products and services such as compatible server software or authoring software products.

The use of standards and intellectual property rights to lessen competition led to the FTC's consent proceedings against Dell Computer Corp.²¹ In that case, Dell, along with virtually all U.S. computer hardware and software manufacturers, was a member of the Video Electronics Standards Association (VESA). After the VESA members had decided to adopt the "VL-bus" standard in 1992, Dell undertook legal action for the enforcement of patent rights under a 1991 patent which it claimed was

21 Federal Trade Commission, In the Matter of Dell Computer Corp., Proposed Consent Order to Cease and Desist, FTC File No. 931-0097 (2 November 1995) [hereinafter "Dell"].

infringed upon by the VL-bus, despite having previously denied that the design of the VL-bus would violate any of its patents. The FTC objected to this conduct and sought an order requiring Dell to cease and desist its legal action. The FTC alleged that Dell sought to use the standard-setting association (i.e., VESA) to unilaterally impose costs on its rivals through an abuse of the standard-setting process. Thus, American antitrust authorities have been vigilant concerning the use or abuse of standards and have taken action when standards have been the subject of perceived abusive behaviour.²²

10. Innovation and Technological Development

For the reasons outlined above, traditional static economic competition law analysis breaks down when applied to dynamic and rapidly changing markets, such as those which characterize the Information Technology industry.²³ As a consequence, it has been suggested that innovation rather than price may be a more meaningful measure of competition in such a market.²⁴ Innovation and technological developments which have the ability to overcome or limit the exercise of market power are more likely to occur in information-based markets as a result of the characteristics of the products and other factors discussed in this section. The relatively low marginal costs of producing and reproducing information, low barriers to the marketing and distribution of information-based products over

²² This is reflected in Section 6 of the Intellectual Property Guidelines: "Objectively baseless litigation to enforce invalid intellectual property rights may also constitute an element of a violation of the Sherman Antitrust Act." As noted in C. Shapiro, "Antitrust in Network Industries" (Paper Prepared for the American Law Institute and the American Bar Association, Conference on Antitrust Intellectual Property Claims in High Technology Markets, January 25, 1996) [unpublished] [hereinafter "Antitrust in Network Industries"], this type of litigation is especially destructive if the strategy raises sufficient fear, uncertainty and doubt that it convinces consumers that the entrant's product will not succeed.

²³ See: A.L. Clapes, "Blinded by the Light: Antitrust Analysis of Computer Industry Alliances" (1993), *Antitrust L.J.* 899 at 909; and A.C. Page, "Microsoft: A Case Study in International Competitiveness, High Technology and the Future of Antitrust Law" (1994), *47 Fed Comm. L.J.* 99 at 110-115

²⁴ See: T.M. Jorde & D.J. Teece, "Innovation, Cooperation, and Antitrust", in T.M. Jorde & D.J. Teece, eds., *Antitrust, Innovation and Competitiveness* (1992) at 55; and C.T.C. Compton, "Cooperation, Collaboration, and Coalition: A Perspective on the Types and Purposes of Technology Joint Ventures" (1993), *Antitrust L.J.* 861.

the Internet, the durable nature of information products (which requires that all suppliers, including those with high sales shares, innovate to compete against the installed base) and other factors, such as the convergence of computer and telecommunications technologies, all tend to foster innovation as suppliers compete to develop products, systems and standards which deliver greater value to consumers.

11. Open Specifications and Compatibility

The success of open specifications and standards, such as those underlying the global telephone and fax systems, the Internet and the IBM personal computer, have clearly demonstrated the positive network externalities that result from relatively open access to specifications and the development of fully compatible and interoperable products. Increasing recognition of the economic value of ubiquity and the minimal marginal cost of reproducing information-based products are increasingly leading customers to further demand, and suppliers to provide, products which comply with clearly documented specifications and standards, and are resulting in the formation of industry coalitions to develop and support open standards in order to help facilitate the development of markets for new types of interoperable and compatible products. Firms have doubtlessly also noted that delays in the development of a consensus regarding the technical specifications of a new type of product or service may impede or block the introduction of that product or service.²⁵ The adoption of industry standards also provides manufacturers with some measure of assurance that compatible new products will find a ready market.

IV Information Economy Competition Law Challenges

The unique economic characteristics of the Information Economy require that competition law authorities carefully consider the implications of their actions on dynamic efficiency and innovation, as efforts to promote competition within existing markets may pre-empt or inhibit innovation and more significant competition for the development of new markets. In this regard, competition authorities must recognize that efforts to promote static efficiency by attempting to protect certain competitors from the normal

25 For example, delays in the development of widespread support for one of the alternative specifications for AM stereo radio and high definition television have substantially delayed the introduction and widespread adoption of these technologies

economic consequences of vigorous competition in markets characterized by network externalities are likely to inhibit the achievement of dynamic efficiencies associated with the development of new products and markets. In the context of the Information Economy, innovation is the key determinant of competition and should not be impeded by the enforcement actions of competition authorities.

The character and role of innovation in the Information Economy highlights the contrast, and sources of potential conflict, between static and dynamic efficiency. Static efficiency is epitomized by the economist's model of perfect competition under which a large number of perfectly informed suppliers compete with one another to supply an undifferentiated product to a large number of perfectly informed consumers. Dynamic efficiency is achieved as a result of the development of new products, and new and improved processes for producing existing products, through innovation and technological change. Innovation is antithetical to perfect competition to the extent that innovations are created with the view to developing new markets, within which the innovator may, for a certain period of time, be the sole supplier, rather than to assist the innovator to compete more effectively with other competitors within existing markets.

A. Competition Law Goals for the Information Economy

The primary importance of innovation to competition in the Information Economy suggests that the enforcement activities of competition authorities should apply the following principles:

- (i) that the promotion of innovation and the resulting dynamic efficiency benefits) are to be favoured over static efficiency goals;
- (ii) that consumers should not be prevented from enjoying the benefits of the network externalities that result from the widespread consumer adoption of common systems and standards;
- (iv) that consumers should not be prevented from enjoying the benefits of competition between competing systems and standards,²⁶

²⁶ *These benefits may include below-cost pricing and other incentives offered by competitors each of which is seeking to have its product or system adopted as the basis of a virtual network. The desire of suppliers to capture some of the benefit of potential network externalities means, in many cases, that competing innovators will in effect be "bidding for the field" in an effort to confer network externality benefits upon their customers and thereby ensure the success of their products. Such conduct is not only*

(v) that competitors should not be protected from the adverse consequences of consumer decisions to adopt competing systems and standards;

(vi) that the marketplace, not competition authorities, should determine which new

(v) features and products should be introduced to the marketplace;

(vi) that the marketplace, not competition authorities, should determine which standards should succeed and achieve widespread acceptance; and

(vi) that competition law enforcement with respect to IP rights should be restrained in a manner that avoids deterring research or innovative activities.

Adverse Implications of Unwarranted Competition Law Enforcement

Unwarranted enforcement activities of competition authorities may give rise to the following marketplace externalities:

(i) the inhibition of the innovation and associated dynamic efficiencies gains that would otherwise have been achieved;²⁷

(ii) the loss by consumers of the benefits of the network externalities that would have resulted from the adoption of common systems and standards and of the lower prices and other benefits that would have resulted from competition between competing systems and standards;

(iii) the loss of incentives to perform research and make other forms of investment with a view to creating competing systems and standards;

(iv) the distortion of competition in a marketplace and the potential loss of competitiveness; and

(v) the cost, in both dollars and executive time, incurred in responding to and defending competition claims.

C. Competition Law Authorities Should Act with Restraint

economically rational but also inevitable and desirable in view of the economic characteristics of the Information Economy

27 Efforts to encourage competition for existing products by preventing the integration of new functionality within existing products may have the effect of freezing the development of new products and thereby cripple the most important dimension of competition, namely innovation.

The foregoing negative externalities of unwarranted competition enforcement activities together with the following factors suggest that the competition authorities should act with restraint when investigating matters relating to the Information Economy:

(i) the low barriers to entry associated with the intangible nature of the underlying products, the almost costless deliveries of products and services over the Internet and the absence of any physical restraints or constraints on the ability of competitors to quickly duplicate and deliver competing products;

(ii) the rapid rate of innovation and technological change which is resulting in the entry by competitors into areas in which they did not previously compete, and leading to the development of new systems and markets which are effectively competing with and displacing existing markets or technologies;²⁸

(iii) competition from products previously supplied by existing manufacturers, which requires that all suppliers innovate and add new features in an effort to persuade customers to upgrade their products;²⁹

(iv) the inability of competition authorities to effectively anticipate future innovations or the implications of recent developments for the marketplace³⁰ (this is particularly the case with respect to the Information Economy, insofar as even the participants in this sector have not, in most cases, anticipated or appreciated the implications of past innovations); and

(v) the manner in which developments and changes in Information Technology markets have ameliorated the conditions which had prompted enforcement action against companies such as International Business Machines, Borland International Inc. (in connection with its acquisition of Ashton-Tate Corp.) and Silicon Graphics Inc. (in connection with its

28 This characteristic of the Information Economy is demonstrated by the rapidity with which apparently dominant software products can rise and fall in popularity as better products are developed and quickly take their place; for example, Wang word processing systems, Visicalc, Wordstar, dBase, Lotus 123 and earlier video game products

29 The durable nature of software products requires that manufacturers continually innovate to enhance their products by integrating additional functionality in an effort to persuade consumers to abandon existing fully functional products in favour of new and improved versions of the same or completely new products.

30 Developments which have the potential to redefine computing, software and other important aspects of the information economy include the miniaturization of computing, ubiquitous access to wireless data networks, and the integration of digital television with computers

acquisitions of Alias and Wavefront), and raised serious questions about the necessity or even the desirability of the competition enforcement actions taken in those cases.

D. Exceptional Circumstances Justifying Intervention

While the above-noted characteristics of the Information Economy and the resulting competition law considerations suggest that competition authorities should act with restraint in this area, they do not suggest that competition law has no role to play. In cases where the use of Information Technology is constrained by restrictions imposed on access to unique physical facilities, such as a network of automated teller machines, which is essential to competition and could not reasonably be replaced as a result of innovation, a competition law response may well be merited. Similarly, agreements among leading competitors as to bids or to prices, or mergers of leading competitors, may justify intervention under the Act.

However, when assessing market power in the Information Economy, an important distinction must be drawn between the barriers to entry in the form of unique physical facilities and those which competitors may argue have been created by widespread consumer preference for or acceptance of a particular product (for example, a particular software program). While the former may give rise to circumstances in which market power is being exercised inappropriately and competition law intervention is required, the latter should not be viewed as a source of market power, insofar as consumers were free to purchase an alternative product at the time of the original acquisition and are generally free to switch, and in practice will switch, to a superior product if one is offered.

V Conclusion

The Information Economy differs substantially from the industrial economy. Appropriate competition law enforcement in Information Economy markets requires a thorough understanding of the characteristics of the markets, and the rationale for and the competitive dynamics associated with the particular conduct or transaction under consideration. The movement toward IP and information as a source of value, network effects, the rapid rate of industry change, the crucial role of innovation, falling barriers to entry and the other factors discussed in this paper which characterize the Information Economy, require that competition authorities recognize that dynamic change

and the long-term increases in efficiency which flow from research and development and innovation are, in the long run, more important to competition than are short-term static efficiency gains. The rapid rate of change in such markets, together with the tendencies of technologies to leapfrog previous generations and the inability of competition authorities (or anyone else for that matter) to assess or predict the development and market impact of new inventions strongly suggests that authorities should err on the side of caution so as to avoid causing any unnecessary harm to innovation and competition in such markets. These same principles should be applied generally to conduct involving IP in order to avoid impairing the incentives to innovate which are provided under applicable IP laws.

Luiz Sette: Obrigado Richard pela excelente apresentação e pelo aprendizado de um assunto que pouco se tem abordado no Brasil. para vocês terem uma noção do mercado brasileiro, vou falar um pouquinho de números aqui; o mercado de software no Brasil ele representa hoje um pouco mais de três bilhões, três bilhões de dólares em venda no Brasil, gerando cerca de 100.000 empregos, perto de novecentos milhões de dólares em impostos para o governo; e deste mercado os maiores fabricantes não tem, tem um pouco mais de 5%, quer dizer é um mercado extremamente competitivo, é um mercado que tem uma abrangência enorme e nós estamos falando do mercado de software, se a gente falar do mercado de informática esse nos chega a dezenas de bilhões de dólares, sendo que as maiores empresas não tem mais do que 2% desse mercado de dezenas de bilhões dólares, e o Brasil é um mercado muito importante para todo mundo, está entre os dez maiores mercados do mundo na área de informática e pouco se tem falado no Brasil da aplicação de leis anticoncorrenciais nesse mercado específico. Eu achei muito importante a abordagem do Richard em cima de que, realmente nós não sabemos e ninguém de nós pode saber o que vai acontecer amanhã e de novas tecnologias que vão surgir e nós não conseguimos definir a concorrência nesse mercado. Quer dizer, é um grande debate que a gente pode ter geralmente da aplicação das leis antitruste, no mercado específico que é o mercado de informática.

Eu vou passar, eu não vou entrar mais...vamos deixar isso ao debate, rapidamente para o Arthur Barrionuevo, ele é ex-secretário de Desenvolvimento Tecnológico do Ministério da Ciência e Tecnologia, é professor da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e ex-conselheiro do CADE. Por favor Arthur.

Arthur Barrionuevo

Bom, boa tarde. Em primeiro lugar, eu também gostaria de ressaltar nesse momento a importância de debates sobre esse tema, que é a questão de concorrência em setores de alta tecnologia e a questão do surgimento da economia da informação. Só que em cima desse tema que é extremamente amplo, como nós pudemos ver pela apresentação anterior, eu resolvi focar essa apresentação que eu vou fazer para vocês na seguinte questão; até que ponto existem diferenças numa economia ainda em desenvolvimento como a economia brasileira, em termos de preocupações com defesa da concorrência nesses segmentos de alta tecnologia. Só pra dar uns dados já que a gente começamos com informações sobre a indústria de software e a indústria de informática em geral. Para se ter um a idéia em geral, os países da OCDE gastam por ano algo como 2%, 3% do seu produto interno bruto em pesquisa e desenvolvimento; o Brasil gasta em torno de 1%, um pouco menos. Nesses países em termos de 2/3 desses 3% é gasto pelo setor privado, ou seja, em desenvolvimento tecnológico propriamente dito que vai impactar o mercado com inovações, no Brasil 2/3 desses gastos de 1% é gasto pelo governo. O impacto que esse gasto tem sobre práticas de mercado é pelo menos discutível, ou seja, nós gastamos 1/3 de 1%, 0,3% contra 2/3 de 3%, 2% então, ou seja sete vezes mais que os países industrializados gastam em desenvolvimento tecnológico, isso considerando como fração. É claro que, as diferenças de PIB fazem com que essas diferenças em alguns casos sejam muito mais significativas.

Então, quando se vê esse tipo de diferença e vai se pensar no que quê deve ser afinal de contas o pensamento sobre a concorrência em alta tecnologia num país como o Brasil, algumas qualificações devem ser feitas. Indústrias de alta tecnologia se definem como aquelas que tem em geral, essa definição não é muito precisa, mas é aquelas que tem um alto gasto de pesquisa em desenvolvimento sobre o seu faturamento. Quer dizer, certamente entra a indústria de software nisso, entra a indústria de comunicações, entra a indústria farmacêutica que não é exatamente o tema dessa nossa conversa de hoje, mas esses seguimentos são importantes, são fundamentais. Na nossa discussão que está centrado sobre a indústria de informática e a indústria de telecomunicações, eu acho que uma questão fundamental e aí foi bem colocando antes pelo Richard Corley, a questão do surgimento do que se chama de economia da informação ou economia do conhecimento. Ou seja, há um grande potencial de demanda de uso das redes de comunicação para disseminação do conhecimento, seja ele aplicado em educação, saúde, comércio eletrônico, ligação, Intranet, entre... redes de produção entre empresas. Quer dizer, há um enorme potencial de crescimento nesse segmento. Disso o Brasil, nessa onda o Brasil já está participando, ou seja, há uma enorme demanda e um enorme potencial de crescimento da demanda

nesses segmentos; no segmento de software e no segmento de telecomunicações. Se isso vai significar gasto em pesquisa e desenvolvimento isso é uma outra questão.

Bom, em cima desse quadro, quer dizer que é uma inserção do Brasil mais como usuário e menos como fabricante vamos dizer assim de inovações, eu acho que vale a pena se discutir os seguintes temas. Em primeiro lugar, eu gostaria de baseado num debate que foi realizado por autoridades de defesa da concorrência da OCDE em 1996/97, sobre as aplicações da competição para os mercados de alta tecnologia, pinçar três aspectos que são importantes ou que essas autoridades consideram importantes e diferenciam os mercados de alta tecnologia de outros mercados, e depois pegar três questões que me parecem mais importantes ainda para a nossa discussão que dizem respeito a até que ponto práticas anticompetitivas podem surgir também em casos de países como o nosso que é mais um usuário do que efetivamente um produtor de inovações nesses segmentos. Então, apesar de como a palestra anterior já ressaltou, haver uma série de fatores econômicos que levam a um possível acirramento da concorrência, existe por um outro lado também uma tendência a nível de criação de novas estratégias por parte das empresas no sentido de criar poder de mercado.

Interessante o que um trabalho sobre a economia da informação, do Varian e do Shapiro que são especialistas, o Varian em economias de informação e o Shapiro em antitrust, sobre a precificação de informação. Segundo eles, você liberar informação para mais um consumidor tem custo variável zero, quer dizer, custo é você produzir a informação antes. Então, se nós caíssemos na organização industrial antiga, na precificação antiga essa informação deveria também nem ter um preço próximo de zero e o que eles justamente colocam é que, a precificação da informação deve ser aquela da valoração que o consumidor dá para essa informação. Ora, você precificar dessa maneira, de acordo com a valoração do consumidor, nada mais é que uma outra definição de poder de mercado. Afinal de contas só valora, só definam preço, só fixa preço quem tem condições de defini-los.

Então, vejamos em primeiro lugar quais são esses três temas ou três pontos que foram discutidos sobre diferenciação entre indústrias de alta tecnologia e outros seguimentos. Uma primeira questão que é importante e aí nos diz respeito também, é a questão de definição do mercado relevante. Se nós pegássemos a definição tradicional e que está expressa por exemplo, num trabalho que é utilizado, pelo menos como exemplo em todo mundo, que é a questão... que é o Merger Guidelines do Departamento de Justiça e da Federal Trade Commission, você considera como fazendo parte do mesmo mercado

relevante aqueles bens substitutos onde a diferença de preço não for muito significativa.

Alguns autores como Jordan e T..., quer dizer aquela questão dos 5%, colocam que nos produtos de alta tecnologia essa definição deveria de ser diferente, não se partir do preço, mas se partir dos atributos específicos de cada um dos sistemas, eles estão falando mais especificamente de informática. Então, por exemplo ao invés de preços de um sistema operacional, quer dizer seria mais importante ver até que ponto os atributos em termos de velocidade e de qualidade etc, são substituíveis, que os preços deveriam ser considerados apenas em segundo lugar. É uma proposta que foi discutível, mas que mostra uma diferença enfim, em termos de abordagem na definição de mercado relevante nessa indústria de software.

Um segundo ponto, seria a questão de discutir também até que ponto se pode separar um mercado de inovação de um mercado de produto, ou seja, uma fusão por exemplo ela poderia ser analisada sob dois ângulos; qual vai ser o impacto no mercado de produto, qual vai ser o impacto no que se chamaria entre aspas de mercado de inovação, ou seja, se deveria de ver qual é o gasto de pesquisa em desenvolvimento de cada uma das empresas envolvidas e mostrar até que ponto haveria concentração nesse mercado, aspas, de inovação. Essa proposição, apesar de ser também ela um tanto quanto polêmica, porque não há uma relação direta entre concentração nesse caso e resultados de pesquisa e desenvolvimento, a relação entre inovação e gastos em P&D e também a competição no mercado de produtos são relações que a nível econômico, apesar de já terem algum desenvolvimento ainda não tem digamos, conclusões que sejam perfeitamente estabelecidas, para nós esse é um tipo de problema que é secundário tendo em vista o baixo gasto em pesquisa em desenvolvimento realizados pelas empresas aqui no Brasil.

E, por fim a questão de que quando você trabalha em mercados onde existe alta taxa de inovação, especialmente em produtos, existe um problema de se estabelecer no caso de uma fusão, qual vai ser o impacto sobre os produtos de geração futura. Aqui no Brasil esse problema ocorreu num caso, num ato de concentração da Allergan Frumtost, ou seja, em termos de produtos farmacêuticos, produtos oftalmológicos onde quando se deu a fusão, a participação de mercado das participantes era uma, quando o ato foi analisado, algo como mais de um ano depois, a participação de mercado havia mudado completamente pela introdução de novos produtos, por parte das empresas que se fundiram e por parte de concorrentes. Então, efetivamente esse é um problema também que, também nos diz respeito em relação a preocupação como... em relação a como medir, qual vai ser o impacto de mercado de uma fusão. Então, nesse sentido, quer dizer dessas três questões

principais, a questão da competição por atributos que é muito polêmica, a questão do mercado para inovação que para nós diz muito pouco, tendo em vista os baixos gastos em pesquisa e desenvolvimento, sobraria apenas como um aspecto e uma contribuição mais interessante do que está se discutindo, a questão da preocupação com os produtos de geração futura e como é que se poderia de alguma maneira medir a participação de mercado, tendo em vista que essa participação se altera muito e onde a reputação das firmas acaba sendo uma questão muito importante.

Bom, essas são vamos dizer assim, são temas que estão sendo discutidos, mas que no meu entendimento não seriam os principais a serem abordados, quando se discute a questão da competição em indústrias de alta tecnologia no Brasil. Na verdade, existem três questões que são também preocupação a nível internacional e que para nós certamente tem um impacto mais importante. A questão da complementaridade de produtos, seria o primeiro aspecto; por exemplo quem compra um computador obviamente vai querer comprar software, quem compra o software para o sistema operacional obviamente vai querer comprar aplicativos e etc.

Uma segunda questão que diz respeito a contratos de longo prazo, ou seja, a questão da relação que um fornecedor estabelece com os seus compradores no longo prazo e um terceiro ponto que também é característica na indústria de software é a questão da externalidade de network, de rede. Só para dar um exemplo já que muitos senhores são advogados, essa externalidade de método pode ser explicada por exemplo, no setor no produto fax; vamos supor que uma sociedade ninguém use fax, a primeira pessoa que comprar esse fax provavelmente ou certamente não vai ter utilidade nenhuma de ter comprado esse fax, porque ninguém passa fax para si próprio; a utilidade do uso do fax aumenta a medida que mais e mais pessoas usam fax. No caso de software por exemplo, se todo mundo escreve com o mesmo software, uma mesma planilha de texto ou usa a mesma planilha eletrônica e precisa intercambiar resultado desse trabalho, existem vantagens de se utilizar o mesmo padrão, existem vantagens se aumenta o número de pessoas que utiliza o mesmo padrão. Então, essas são características que estão dadas e que no nosso entendimento devem ser examinadas quando nós formos analisar o impacto da competição nesses segmentos aqui no país. Por que isso? Hoje de manhã nós estivemos discutindo muito a questão de cartéis. Nesse caso, provavelmente nas indústrias de alta tecnologia e considerando esses efeitos e as possíveis barreiras à entrada que as empresas possam construir levando em consideração esses fatores, a questão mais importante que vai se colocar é provavelmente é a de constituição de posição dominante e a extensão da posição dominante a partir de um mercado para outros mercados. Há uma literatura antiga sobre a questão de fechamento de mercado a competição,

onde se discute até que ponto o monopolista e o mercado pode estender essa sua posição monopolista para outros, isso foi muito criticado no passado por alguns membros da escola mais liberal da Escola de Chicago, estudos mais recentes mostram que isso é possível e há inclusive um trabalho interessante do Carlton & Waldman que saiu no Nacional Bureau of Economic Research desse ano, onde mostra que o uso dessa complementaridade pode servir até para fortalecer inclusive a posição de domínio no mercado inicial, no mercado primário, não só pra estender mas principalmente para fortalecer a posição inicial.

Bom, como se vê isso. eu acho que isso é importante porque, mesmo em termos de repressão, é muito mais, provavelmente é muito mais simples, é muito mais evidente os efeitos de uma posição dominante do que o de cartel. Quer dizer, a descoberta de um cartel ela é mais difícil em termos de capacidade de investigação do que a questão de abuso de posição dominante.

Vejamos então, como é que esse tipo de prática pode levar então a essa constituição, a estratégias para constituição de posição dominante. Bom, eu falo aqui como economista e o economista quando faz teoria econômica, hoje em dia pelo menos, a economia é uma teoria de decisão na verdade e ela mostra como os agentes econômicos se comportam, tomam decisões em função de alguns objetivos que eles procuram atingir da melhor maneira possível. No passado se criticou muito a idéia de relações verticais ou os contratos poderem serem efetivamente instrumentos que prejudicavam a concorrência, e que na verdade esse tipo de instrumento ele servia muito mais como uma maneira de incrementar a eficiência produtiva na relação entre produtores, ou então uma forma de evitar o oportunismo, evitar perda de propriedade intelectual. Só que eu acho que, aqui vale a pena citar pelo menos dois ou três trabalhos de economistas importantes que tem mostrado que o uso da análise micro econômica, onde se estuda o comportamento estratégico, problemas de informação, problemas contratuais, que há possibilidade de também se utilizar esses instrumentos como uma maneira de restringir a concorrência. Então, acho um trabalho sem dúvida nenhuma importante, é o trabalho de E. e Bolton onde eles analisam a possibilidade de usar contratos como barreiras a entrada. Como é que eles fazem isso, eles mostram que se um produtor tem uma vantagem de primeiro movimento, ou seja, produtor que se instala antes, estabelece contratos com os seus consumidores, para um nova, uma nova firma poder entrar nesse mercado ela deveria de oferecer um preço que é pelo menos igual, ao preço que é fornecido pelo outro fabricante que já está instalado menos uma multa por causa da ruptura do contrato ou menos uma perda pela espera que o contrato termine. Então, só aí já se mostra que há uma desvantagem em termos do entrante em relação ao preço que ele pode fixar para conseguir entrar nesse mercado. Dependendo dessa

penalidade, dependendo do número de contratos que ele vai ser obrigado a quebrar para poder entrar nesse mercado, isso pode se tornar uma barreira significativa a entrada. Agora, se pergunta; porque então os consumidores sabendo que isso vai fortalecer a posição de um monopolista, que eles vão ficar na mão desse monopolista, eles estariam dispostos a fazer isso. Aí eu acho também, que vale a pena citar rapidamente um trabalho do H e Willey onde eles mostram que como os consumidores não se organizam para negociar com o monopolista, cada consumidor acaba assinando por exemplo um contrato desse tipo, porque sabe que ele individualmente não tem condições de mudar as condições vigentes num determinado mercado.

Esse tipo de situação vale para os dois tipos de setores que nós estamos analisando, seja para o setor de informática quando nós estamos pensando em produtos complementares, seja no setor de telecomunicações quando se pensa que existe também complementaridade e efeitos de network. Por exemplo, entre chamadas de longa distância nacional e internacional e chamadas locais; e como é impossível se falar em software, em indústria de software sem citar a Microsoft, só para citar um exemplo nesse caso quando ele começou, o caso Microsoft, de quatro questões foram levantadas e é interessante mostrar que eles eram... questões que estavam vinculadas a relações contratuais, uma delas a primeira era, os grandes compromettimentos mínimos que os fabricantes de computadores pessoais tinham com a Microsoft, ou seja, quando eles enfim faziam um contrato para instalar o windows por exemplo, esse número, número de cópias o que devia de ser comprado ou paga por cada um dos fabricantes era elevado. Uma outra questão foi levantada, era a questão do contrato por processador, ou seja, o fabricante de computadores pessoais ele pagava a Microsoft, não pelo número de cópias Windows que fossem efetivamente vendidas mas pelos processadores enfim, 486 etc. na época que eram vendidos pelo próprio fabricante, e outros. Quer dizer, são questões efetivamente contratuais, quer dizer havia um outro problema também em relação ao não disclosure quando um outro desenvolvedor de software se associava no desenvolvimento de um novo produto, etc., que também foi levado em consideração e que está vinculado a essa questão de eficiência no longo prazo e no incentivo a inovação. Então, é só para mostrar que há uma questão também aí importante.

Bom, de que maneira isso é para nós importante em termos da nossa, da concorrência no mercado brasileiro de software, um mercado que tende a se internacionalizar mas ele tem ainda características nacionais e pelo menos em parte dele e na indústria de telecomunicações. Bom, o que quê é a indústria brasileira de software? Em boa parte, a indústria brasileira de software ela é internacional com produtores que tem produtos internacionais e eu acho que aí o Brasil segue uma tendência que outros países industrializados

também estão seguindo, e há alguma vamos dizer, de pequenas e por parte de pequenas empresas brasileiras que também atuam em nichos desse mercado. Que o importante para manter a competição no nosso mercado vamos dizer assim, se é que se pode falar em mercado doméstico strictu sensu brasileiro de software. Há uma questão, há uma preocupação de você impedir ou limitar as barreiras a entrada nesse mercado e aqui eu acho, só para fazer uma observação importante notar, que muitas vezes essas barreiras à entrada não são criadas tão somente pela posição das empresas, mas também por regra (pausa) (...) que tem condições de ofertar uma linha ampla de softwares e não comprar de um produtor que oferta apenas um tipo de produto, porquê, justamente para a dificuldade de comprar que se tem quando você enfim, procura, você precisa repetir licitações.

Então, esse seria um exemplo onde a própria legislação cria barreiras a entrada e é um exemplo concreto do que está acontecendo atualmente no país. Segundo exemplo, há que se discutir no setor de telecomunicações até que ponto a separação e o impedimento de que as empresas, de acordo com o plano geral de autorgas estão sujeitas a atuar num determinado segmento do mercado de longa distância, seja ele nacional ou internacional, seriam ou não prejudicadas por não poder ofertar um serviço amplo; até que ponto isso limita esse tipo de empresa, até que ponto serviços vinculados como transferência de dados e serviços de valor adicionado também não estão sendo limitados por esse tipo de regra. E dessa maneira nós poderíamos encontrar vários outros problemas.

Então, a conclusão básica que eu gostaria de chegar agora é a de mostrar que possivelmente, dado o nosso grau de desenvolvimento, dado o crescimento exponencial que essas indústrias de software e telecomunicações estão tendo, existem enormes incentivos para as empresas procurarem atingir posições dominantes. Existem, se não barreiras a entradas técnicas, existem outros instrumentos de constituição de posição dominante, como contratos e o aproveitamento da economia de network, aproveitamento da complementaridade de produtos e provavelmente eu penso que a defesa da concorrência ao analisar no Brasil esse tipo de setor deveria olhar com muito cuidado essa questão desse tipo de relacionamento produtores/clientes e os tipos de contrato enfim que vão estar sendo feitos e os tipos de regras que estão sendo seguidos para evitar essa constituição de posições mais fortes. Basicamente era isso que eu tinha a dizer.

Luiz Sette: Obrigado Artur pela excelente exposição. Vamos acertar os relógios aqui, são quatro e quinze no meu relógio, quatro e meia todo mundo volta para a exposição da Rebecca Dick. Obrigado. (pausa).(intervalo).

Passo a palavra então a Rebecca Dick que é do Antitrust Division dos Estados Unidos.

Rebecca Dick

COMPETITION IN HIGH-TECH INDUSTRIES

*by Rebecca Dick*¹

November 1999

As technological advances transform the way we do everything from reading the news to buying real estate, high-tech industries are becoming ever more important to our commercial life. While some ongoing litigation has grabbed a lot of attention, I'd like to begin by taking a look back and considering what we can learn from history about the consequences of vigorous competition -- and its absence -- in high-tech industries. Twenty-five years ago the U.S. Department of Justice brought a major antitrust case against AT&T, then the monopoly telephone company in the United States. When the case was filed in 1974, AT&T provided local telephone service to the vast majority of the homes and businesses in the United States. Those it served had no alternative source of local service. AT&T also provided over 90% of the country's long-distance telephone service. Most of those customers had no alternative source of long-distance service, either. In addition, AT&T, through its Western Electric subsidiary, manufactured over 80% of the nation's telephone equipment -- both user equipment, like telephone sets, and switches and other infrastructure equipment. AT&T purchased equipment for its own use from its affiliate, and it required its customers to use AT&T equipment whenever possible. Moreover, customers could not buy most of the equipment they used, but had to rent it from AT&T for a monthly fee. The Department of Justice charged that AT&T had used illegal tactics to keep competitors out of the long-distance and equipment markets, monopolizing markets that could have been competitive.

The Department conceded that, given the state of technology at the time, competition in local telephone service was not feasible. Even very limited wireless service required a broad band of spectrum, was of poor quality, and cost a lot -- wireless was simply not a substitute for wireline service. And it was thought to be economically infeasible to install a competitive wire telephone network. The scope of competition in local

¹ My comments are not official statements of the United States Department of Justice. I speak, however, from a perspective based on my experience at the Department's Antitrust Division.

telephone service in the United States today is a matter of dispute, but the 1996 Telecommunications Act is based on the premise that local competition has become feasible in many places and the law is designed to foster that competition.

But back in 1974, the Department's case was addressed to the lack of competition in long-distance and equipment markets only. The Department alleged that AT&T had systematically and relentlessly driven a number of competitors out of business -- a good part of our case was a series of "episodes" about the demise of one small firm after another, almost like a long-running television series.

We alleged that one of AT&T's methods had been unreasonably to refuse to interconnect other firms' equipment and services to the AT&T telephone network. In response, AT&T argued that it was justified in opposing interconnection because equipment made by other companies could threaten the integrity of the nation's phone system. AT&T applied this argument to everything from competing long-distance networks to small consumer devices. One episode in the government's case concerned a small company that made telephone answering machines. In 1968, an important decision (known as *Carterfone*) by the federal communications regulator required AT&T to develop standards for interconnecting other firms' products to its network. Yet AT&T moved very slowly, and it imposed high burdens on what it described as "foreign" equipment.

At the time, AT&T didn't make an answering machine for the consumer market, but a small company called Phone-Mate did. AT&T tried to block sales of the Phone-Mate by saying that if a Phone-Mate was directly connected to the AT&T system, it could produce hazardous electrical shocks to unsuspecting telephone users far away. AT&T said this to large retail chains that were considering selling Phone-Mates, it said it to state regulatory commissions (one of which then banned Phone-Mates on the grounds that they could be lethal), and it said so in the contentions it filed with the court in the antitrust case. AT&T insisted that Phone-Mates could safely be used only with large insulation devices, available of course from AT&T, for which the user had to pay AT&T an installation fee and perpetual monthly rent.

A contemporaneous survey conducted by AT&T itself, however, showed that some 670,000 "illegal" Phone-Mates were already directly connected to the AT&T network. There was no record of random electrical shocks. The claim had been completely spurious. The judge later wrote that at trial AT&T had failed to demonstrate any need for protective devices when connecting any non-AT&T equipment to the AT&T network. By then, however, Phone-Mate was out of business.

In defending against the case generally, AT&T also argued that its products were technologically advanced and that it constantly upgraded and improved them. The implication was that the market was really competitive, despite AT&T's high market shares, and that in any event the firm was so aggressive and capable that it energetically pursued progress even without the discipline imposed by competition. AT&T argued that the United States telephone system was the best in the world. Anyone who tried to make a local call in London in the 1970s would have had to agree that the British system, for one, was quite inferior. How, AT&T asked, could the government possibly make things better? In the contentions it filed with the court, AT&T repeatedly emphasized the improvements it had made over time in its network and in its equipment. AT&T argued that the United States would lose its position of world leadership in telecommunications if the government prevailed in the antitrust case, and it called prominent citizens to testify to that effect at the trial.

Instead what happened was the reverse -- the United States' telephone system was dramatically improved by the introduction of competition.

The consent decree in the *AT&T* case was entered in 1982. It required AT&T to divest its local telephone service from its equipment and long-distance businesses -- that is, to separate its continuing monopoly service from those of its businesses that operated in markets that could be competitive. I remember clearly New Year's Day in 1984, when for the first time I and millions of other U.S. residents could easily make a call from our home telephones on a long-distance carrier other than AT&T -- and the telephone network didn't crash! Not surprisingly, the prices of long-distance service in the United States fell quickly. Today they are substantially less than they were in 1974.

The cost of consumer equipment also plummeted. The local phone company was no longer permitted to insist that equipment be rented rather than purchased, and in a competitive market with many suppliers, prices fell steadily while quality improved. But much more dramatic was what happened technologically. First, and most visibly, new consumer devices appeared almost overnight. Answering machines and fax machines in particular quickly became universal -- today we can hardly imagine living without them. Like answering machines, faxes had been invented before the decree took effect and their appearance in the market had simply been blocked by AT&T while it tried to develop its own fax products.

Of most long-term significance, a small company called MCI installed the first fiber-optic cable in the United States in order to attract

customers to its fledgling long-distance service. Again, fiber-optic cable had been developed before the decree took effect, but it had attracted few buyers in a world where there was little economic incentive to create or improve a long-distance telephone network. AT&T soon responded to MCI with enhancements to its own long-distance network. New entrants had to match or exceed these upgrades in order to compete effectively. Throughout the 1980s, the nation's long-distance network was significantly upgraded in capacity and reliability.

These innovations ultimately led to dramatic and largely unforeseen consequences. When the Internet suddenly exploded on the scene in the mid-1990s, the United States had in place an interstate communications network that could support its widespread use. We use the Internet in new ways every day, and even now we cannot foresee all of its potential. Had the monopolies in equipment and long-distance service remained in place, the United States would not have had an infrastructure capable of handling popular use of the Internet. Slow transport, broken connections, and high costs would have deterred many users, and Internet-driven changes would have required not months, but decades. New competition in the long-distance and equipment markets ultimately fostered a much higher level of innovation and technological advance than would have occurred under the old monopoly regime, where it often took years for innovations to reach the market and produce returns to their inventors and supporting investors.

One reason AT&T was so well-positioned to exclude competitors for so long was because of the phenomenon we have come to call "network effects." A product enjoys network effects if its value increases as it is more and more widely used. This can happen either because its value lies in its very ability to interconnect with other devices like it -- like a telephone, or because it is used with a complement, which becomes more readily available or available in wider variety as the product becomes more popular -- different kinds of players, like CD players and VCRs, fall into this category.

There are degrees of network effects, but in some industries they tend to encourage the concentration of substantial market power. The market seeks to consolidate on a single network or standard, sometimes on a single brand. Once a network is established, it will pose a major barrier to entry by products embodying a competing standard. Since the reward for winning the competition to set an important standard or build a dominant network can be substantial, the incentives to utilize all available tactics, even anticompetitive and illegal ones, can be very strong. Yet the economic costs if an inferior product prevails can also be substantial. That product may dominate the field for some time to come. Once entrenched, a dominant firm has strong

incentives to block interconnection and interoperability that would permit competing firms to sell compatible substitutes or complements for its own products. Substitute products, of course, even if distributed on a small scale threaten its dominance directly. Even complements are of concern -- the dominant firm wants to be able to use its control of the network to reap the rewards of the sales of complementary products for itself. More importantly, a producer of a complementary product, if successful, may soon evolve into a producer of a competing product that directly threatens the incumbent's position. This can happen in any one of several ways. For example, the new entrant's product may function in a way that erodes network effects by enabling users more conveniently to interconnect with other networks.

To give examples, a new entrant into long-distance telephone service could not start with an entire new telephone network stretching across the United States. Rather, it might begin by building a communications link between, say, Chicago and St. Louis. It could then offer customers with corporate buildings in those two cities service between their two offices. But this service would be of limited value. The new entrant would soon find itself trying to interconnect its limited network with the larger, monopoly telephone network, so its customers could have seamless telephone service, using the entrant's network wherever that was in place and using the monopoly system elsewhere. And the new entrant would plow any profits it earned back into its network, adding new cities as soon as possible. A firm trying to sell a complementary telephone product like answering machines in the United States before the entry of the *AT&T* decree would design its devices to work with telephone sets made by *AT&T*'s equipment affiliate -- there would be no point in trying to design devices for other telephones, even if they were technologically superior, because other telephones could not be connected to the nationwide network. *AT&T* resisted interconnection of its system to other firms' answering machines, even though that could have increased demand for its telephone service, because interconnection would have subjected it to competition in the sale of answering machines -- a product it wanted to develop and sell eventually -- and because a successful answering machine competitor might then turn its interest to making competitive telephones or even to reconfiguring answering machines so that they could serve to link the established telephone network and some upstart telephone system.

The history of the *AT&T* litigation leads to a few general conclusions:

(1) First, a monopolist's claims that its network is incompatible with a competitor's products should be viewed with skepticism. Because the

incumbent firm is in a position to understand compatibility with its own products at least as well as anyone else, there can be a tendency to defer to its conclusions. A dominant network firm has a very strong incentive, however, to assert -- even to create -- incompatibility. AT&T, a respected company with some outstanding technical accomplishments to its name, was able to persuade businesses and regulators for years of the risk of dangerous incompatibilities between its network and "foreign" equipment. As a result a number of very useful products were kept off the market for years. Yet in court AT&T was unable to substantiate any of these claims.

(2) Second, this history indicates that, absent special circumstances, to achieve maximum levels of innovation, there's no substitute for competition - - having multiple competitors trying in multiple ways to develop cheaper and better ways of doing things. These myriad efforts will produce more advances than will a monopolist, even a monopolist that is both skilled and willing to invest generously in research. The AT&T experience indicates that this principle applies to high-tech markets just as it does to traditional industries. (3) Third, in an evolving high-tech industry, the absence of competition over a substantial period of time is likely to affect quality and innovation far more than it affects price. The most important result of the introduction of competition into the U.S. telephone industry was not lower prices, although there were dramatic reductions, but a flood of innovation, some of it wholly unanticipated.

So, going forward, we need to take care to enforce the antitrust laws effectively in network markets, which many high-tech markets tend to be. But there are other aspects of advancing technology with important consequences for competition. One is their potential to facilitate very traditional kinds of antitrust violations, ones that involve simple collusion. Again I'd like to turn to an older case, this one from the early part of the decade.

The major airlines in the United States own an entity called the Airline Tariff Publishing Company, which maintains an online database of information about fares for all listed domestic flights. In 1992, the airlines submitted fare changes to ATP frequently, at least once daily. ATP in turn distributed each day's changes to the airlines and to computer reservation systems used by travel agents to schedule their customers' travel.

Each time an airline submitted information to ATP it named the route in question, listed the price, set the first and last ticket dates within which the fare was to be available, and set what are called the fare rules -- conditions under which a customer could obtain the fare, such as a Saturday layover. In addition, each airline could attach up to two footnotes to a fare,

which were linked by the use of special designators to the fare to which they related. Footnotes also typically contained fare rules. Often they specified the dates within which the ticket-holder would have to travel.

The ATP service evolved into a complex but highly efficient mechanism for communication, negotiation, and agreement among the airlines about their fares. The combination of fare amounts, dates within which a fare was to be made available, and footnotes with their designators enabled the airlines to negotiate with one another with considerable precision. For example, if one airline announced a reduction in the price of its fare on a particular route, a competing airline could immediately announce a retaliatory fare cut on some other route where a fare reduction would cause serious harm to the would-be discounter. Just to ensure that there was no misunderstanding about the second airline's purpose, that airline could use footnote codes to link its proposed fare cuts to the discounter's first announcement of the fare reduction. This would also signal the second airline's willingness to restore its high prices if the discounter would do the same. The discounter, if it decided to back down and announce a price increase, could also use footnote codes to clarify that it was raising its prices in response to the second airline's price moves.

An airline that wanted to raise prices on a route could announce a fare increase, to take effect some time in the future. This served as an invitation to other airlines flying that route to raise their fares, too. If they did so, then the first announced increase would take effect, but if the competing airlines declined to match the price increase, the airline that had proposed it could withdraw it before losing any ticket sales as a result of having an above-market price.

Sometimes airlines agreed to trade an increase in the fares on one route for an increase in fares on another. Sometimes they agreed to end certain discounts. Sometimes they agreed to changes in the conditions on particular fares.

Some of the categories of information most frequently used by the airlines to convey messages to one another were not included in the computer reservation systems available to travel agents, and some were present but not in a form that was intelligible to them. Thus the travel agents were unaware of the airlines' price negotiations.

The complaint we filed in 1992 alleged over 50 separate price-fixing conspiracies, including one in which nearly all the airline defendants agreed to raise certain fares by \$20 each in over 200 markets. Clearly, the ATP arrangement had a significant impact on the price of air travel in the United States. We alleged that the individual pricing and fare rules agreements were

illegal restraints of trade, and we alleged that the entire Airline Tariff Publishing operation had been illegally distorted to facilitate price-fixing behavior. Eventually all of the defendants entered into consent decrees with the government that bar pricing-fixing agreements and, in addition, prohibit specific ways of using the ATP system that had facilitated the negotiation of pricing agreements.

In the years since this case, we've seen a few other instances, in other industries, of firms using coded electronic messages to negotiate price-fixing and bid-rigging arrangements. As in the ATP case, the messages were sent together with otherwise legitimate communications, over a legitimate communications channel.

Note that with the development of the Internet, firms don't need a specialized communications network in order to talk to each another, but can do so through their own websites if they can develop the needed code, as long as it is intelligible to their competitors but unobserved by others. While the potential to use electronic communications in this way is present for many businesses, one could expect that high-technology businesses, that have the closest familiarity with the Internet, might be among the most likely to utilize this opportunity.

A few conclusions flow from the ATP case: (1) First, it stands as a testament to the continuing truth of Adam Smith's famous admonition that when tradespeople gather, the talk inevitably turns to the subject of price-fixing. The word "inevitably" is a little strong, and there can be legitimate reasons for business competitors to meet and talk -- indeed the ATP system itself served legitimate business purposes and remains in operation -- but temptation is never very far away.

(2) Second, it also shows that, where everyone understands each other, very few words are needed to convey even a complex message about fixing prices. And a deal can be struck with only a few short messages back and forth.

(3) Finally, it hints at the increased potential that electronic communications networks can offer for reaching quick and effective price agreements.

* * *

It's been said recently by some that antitrust enforcement can't keep up with today's fast pace of technological change, and that given that pace, there's not even a need for antitrust enforcement in high-tech sectors of the economy. But high-tech industries have as much potential to be crippled by anticompetitive conduct as other industries, indeed in these industries the costs of anticompetitive conduct can be not only high prices but a decline in

the pace of innovation itself. As high-tech industries become an ever more important part of our overall economy, the costs of less than vigorous competition in those sectors grow apace.

In addition, advanced technology -- so much of which offers improved communications -- provides new and efficient means of implementing very traditional anticompetitive arrangements among competitors. There is no reason to think that high-tech firms will be less interested in such arrangements than the tradespeople of Adam Smith's day.

Thus effective antitrust enforcement is needed today as much as ever, and it is proving fully equal to the challenge.

Luiz Sette: Obrigado Rebecca Dick pela exposição brilhante. Agora, nós passamos a palavra aos debatedores. Primeiro eu passo a palavra para o Marcos Vinícius de Campos, a minha direita, advogado, ex-diretor do DPDE e exerceu mandato de deputado federal na última legislatura; ele vai tecer comentários principalmente a palestra de Richard Corley. Por favor Marcos.

Marcos Vinícius de Campos

Eu gostaria de entrar no tema que foi proposto pelo doutor Corley, destacando os seguintes pontos; nós sabemos que hoje em dia a tela do computador ela representa uma janela para um mercado mundial e nós como consumidores nós temos através desta tela o acesso direto a produtos e serviços, que estão disponibilizados através de outros computadores que podem vender esses produtos e serviços dentro da própria cidade ou em qualquer parte do mundo. Este novo mercado que nós temos acesso através desta rede, desta tela, evidentemente nos coloca todo o planeta como uma possibilidade concreta de mercado. Eu gostaria de iniciar exatamente essas breves observações lendo o que diz um contrato do maior provedor no Brasil, que coloca de forma talvez direta a perplexidade que esta janela está sendo colocada para nós. Diz o contrato o seguinte que “o provedor não se responsabiliza pelas transações comerciais efetuados on-line, que são de responsabilidade de quem colocar produtos e serviços a venda via esse provedor ou Internet. Esse provedor também não se responsabiliza por eventuais danos que venham a ocorrer no equipamento do assinante pelo mal uso de qualquer software ou conexões” e aí outras exceções de responsabilidade.

É óbvio que existe um contrato entre consumidores e provedor de acesso, mas é um terceiro que supre a necessidade do consumidor e se nós olharmos o código civil brasileiro no artigo 1086, nós vemos que os contratos

a distância eles se tornam para efeitos desde que a aceitação é expedida. Óbvio, que nós estamos aqui discutindo a crucial questão de saber quem tem acesso a rede.

Doutor Arthur e eu me valho um pouco da contribuição brilhante que ele nos deu, ele com clareza disse que uma decisão de política de concorrência ela evidentemente pressupõe a escolha de determinados objetivos, e se nós temos a mais de cem anos leis antitrust, nós podemos com certeza identificar diversos objetivos possíveis para estas legislações que nós podemos encontrar em vários países; proteção da concorrência como o fim em si mesmo, proteção da eficiência econômica, prevenção da transferência de riqueza dos consumidores para os produtores, concorrência leal, proteção a pequenas empresas, proteção do livre mercado e da democracia contra regimes totalitários, proteção aos consumidores. Vários objetivos e eu destacaria por exemplo na própria Comunidade Européia, objetivo de integração dos mercados nacionais, a capacitação das empresas no caso européias para o jogo internacional, para este mercado internacional e a proteção aos consumidores como sendo objetivos desejáveis do modelo europeu de proteção a concorrência. E nós no Brasil também temos, objetivos que a lei apresenta. Esses objetivos podem ser mais ou menos focados, nós podemos eleger objetivos que destacam a inovação, a eficiência, estática ou dinâmica ou podemos escolher objetivos que destacam a livre iniciativa, a proteção ao consumidor. Mas o que eu quero colocar e aí retomando a palavra do doutor Arthur, é que a escolha de objetivos para este tipo de legislação, esta escolha não é um fato isolado. Nós como, por exemplo consumidores e não produtores de produtos de alta tecnologia, nós temos que focar especialmente os aspectos relativos a distribuição e aquisição desses produtos que estão disponibilizados, logo quando vem esta idéia de que os conceitos econômicos que nós utilizamos na análise tradicional do direito da concorrência, que esses conceitos econômicos estão ultrapassados para este novo mundo que está na nossa tela do computador, nós temos que reconhecer que de fato há um novo paradigma, e esse novo paradigma impõe pelo menos para esses setores onde a inovação tecnológica é a principal característica competitiva, esta teoria tradicional tem que ser recolocada, repensada. Nesse sentido, creio que a contribuição do doutor Corley é em apontar a prevalência da inovação, da eficiência dinâmica em relação a chamada eficiência estática, é um ponto necessário para ser destacado pelas autoridades antitrust, no caso dos países em geral e no caso do Brasil; mas também nós não podemos nos iludir quanto ao que se elege como objetivo principal da legislação de defesa da concorrência. Nesse momento discute-se no âmbito das negociações em Seattle, a possibilidade de se ter um modelo legal para o mundo inteiro e é consenso entre os estudiosos de que as diferenças entre os países são de tal

ordem, que praticamente se torna inviável nós termos um elenco de prioridades para esse tipo de legislação, dada as características industriais de desenvolvimento de cada país. Portanto, qualquer proposta de unificação ou harmonização de legislações antitrust, pode representar um passo perigoso. Nós podemos destacar e eu concluiria a minha breve intervenção dizendo que, esta economia da informação ou economia do conhecimento ela exige que nós pelo menos tenhamos aprendido a lição de casa tradicional para nós podermos dar um passo a frente, e para nós brasileiros é mais complicado porque nós temos uma experiência muito recente da aplicação da legislação antitrust. nós ainda estamos aprendendo conceitos clássicos e tradicionais que a teoria econômica disponibiliza para nós, como advogados ou como economistas e ao mesmo tempo nós temos que enfrentar setores onde esta teoria econômica já não é mais um instrumento capaz de enfrentar a problemática daquilo que se apresenta. E nesse sentido eu gostaria de perguntar ao doutor Corley, como que ele identifica esta compatibilidade entre objetivos da legislação antitrust, no Canadá em particular, com esta nova economia da informação, se esta é uma realidade para um país que produz tecnologia e portanto a eleição destes objetivos como sendo objetivos desejáveis está compatível com o que existe no Canadá, e se ele acha que este approach ele se coloca num país como o Brasil onde nós temos uma distinção clara, nós não somos produtores, nós somos consumidores de tecnologia de altos investimentos. Essa é uma questão, e para o doutor Arthur também eu colocaria inicialmente uma questão, para saber se ele concorda que os instrumentos teóricos disponíveis, pelo menos num approach tradicional, se esses instrumentos precisam ser superados ou se nós ainda podemos utilizá-los mesmo neste mercado que seria um mercado para a economia da informação e da economia da informática.

Luiz Sette: Obrigado Marcos. Eu rapidamente passo a palavra para Alejandra Estela Herrera, ela é assessora do Conselho da Anatel sobre temas de defesa da concorrência. Por favor Alejandra.

Alejandra Estela Herrera

Bom, em primeiro lugar eu queria agradecer a IBRAC a possibilidade de participar desse seminário. Eu acho que se vai trazer ganhos para todos, vai trazer ganhos particularmente para a Anatel que está se iniciando nesses caminhos da aplicação da legislação de defesa da concorrência no Brasil. Em relação ao idioma, eu vou falar portunhol. Eu sugiro que traduzam para o inglês e não para o português, porque os amigos brasileiros mais ou menos estão acostumados e me entendem, ou simulam que me entendem, não sei.

Eu fui catalogada aqui de debatedora, mas eu não teria realmente a coragem de debater com algum dos expositores que me antecederam, como por exemplo no caso do Richard que falou de uma indústria da qual conheço praticamente nada. Então, mais do que nada quero aproveitar para colocar algumas preocupações em relação as coisas que estão acontecendo no setor, particularmente no setor de telecomunicações, mas não somente. De qualquer maneira em relação a exposição do Richard, eu queria comentar uma coisa; quando ele falava da falha para considerar inovação como fonte de concorrência e de outros erros que fazem com que normalmente não se avaliem os efeitos dinâmicos, dos atos que são submetidos a apreciação dos órgãos encarregados da concorrência, eu lembrei... ele atribui, pelo menos eu entendi assim, ele atribui parte destes problemas a legislação vigente, mas me veio a cabeça uma frase que eu acho que vem a este, mesmo que eu não estou segura, ele falou alguma vez uma coisa assim como que; o processo de aprendizado dele tinha sido interrompido, que começou também, nasceu claro como o de todo mundo, tinha sido interrompido quando ele fez oito anos e foi obrigado a ir a escola. Então, aí eu pensei; bom, o que nos acontece com a economia? Eu acho o seguinte a legislação brasileira, pelo menos vou a Argentina quando eu conheço, não coloca nenhum modo de se fazer uma análise dos casos que considero os efeitos dinâmicos dos atos que estão sendo submetidos ao controle do CADE ou qualquer órgão equivalente, o problema é que isso cai nas mãos de economistas como eu por exemplo, que aos dezoito anos começamos na universidade geralmente a desaprender qualquer capacidade de analisar efeitos dinâmicos de qualquer coisa, porque somos introduzidos de forma assim insistente num instrumental, que aquele de economia clássica que nos fala de coisas, como diz Mário Possas entre outros, menos que são horrorosas como os princípios gerais, de equilíbrio gerais ou raciais etc., e o fato que nem aprendemos na universidade e nem conseguimos desenvolver depois um instrumental teórico apropriado, realmente, suficientemente sofisticado para analisar de verdade os efeitos dinâmicos. E nisso quero fazer uma reivindicação dos legisladores, que acho que tem pouco a ver com esta insuficiência digamos do arcabouço instrumental dos economistas.

Bom, mas passado esse comentário, eu queria...acho que a gente tem muito que caminhar nisto e num tema regulatório exatamente. Queria compartilhar com vocês uma preocupação que seria o seguinte; quando vocês vêem nesses setores da alta tecnologia uma coisa que surge muito claramente, particularmente para quem vê desde o setor de telecomunicações e que tem uma série de desenvolvidos tecnológicos que estão apagando, que eram fronteiras tradicionais que separavam mercados relevantes até há pouco tempo. Um caso típico, por exemplo os mercados do acesso a Internet, da

telefonía e da TV, por exemplo três mercados que são claramente diferenciados e que estão aí com série de desenvolvimentos tecnológicos que começam a pagar fronteiras entre esses mercados.

Agora, do ponto de vista de defesa da concorrência isto trás uma situação peculiar, que é a seguinte; basta pensarmos no fato que a convergência tecnológica vai fazer com que a empresa que ofereçam produtos que são percebidos como equivalentes pelos usuários, está sendo oferecidos por empresas que são submetidas a arcabouços regulatórios diferentes e arcabouços regulatórios que são diferentes num ponto que é muito importante; que quê eles afetam de maneira assimétrica a capacidade das empresas lutarem por determinadas estratégias concorrenciais ou competitivas. Vou dar um exemplo, por enquanto pode parecer tudo meio esquisito especialmente para os advogados, mas vou dar um exemplo, claro do meu setor, que é o caso da competição para prestação do serviço telefônico; que até faz pouco tempo quem poderia prestar única e exclusivamente?, as companhias telefônicas, aquelas velhas e tradicionais, desde _____ e etc. acontece que tendo esses movimentos tecnológicos que permitiriam num prazo relativamente breve que provedores destes serviços; digamos que esses serviços sejam oferecidos por provedores de acesso a Internet, por empresas que atualmente vendem serviços de TV a Cabo, etc. agora, o problema é o seguinte que os provedores tradicionais do serviço telefônico estão sendo submetidos a uma pesada regulação setorial que impõe restrições específicas muito concretas, por exemplo a capacidade de diversificação dessas empresas; restrições que não pesam sobre empresas que oferecem os mesmos serviços por exemplo, vamos pensar em empresas que prestam os mesmos serviços e do ponto de vista dos usuários são os mesmos serviços, mas que se apresentam como provedores de acesso a Internet por exemplo; isso existe na legislação americana e na legislação brasileira. Agora, claro quem poderia prever pelo menos, quem poderia imaginar isto há alguns poucos anos, que um provedor de acesso a internet poderia estar utilizando tecnologias que lhe permitem não só oferecer esses serviços telefônicos de longa distância por exemplo, mas oferecer os serviços a custos que são absolutamente independentes ou quase independentes das distâncias entre os dois usuários de serviços?

Agora, eu penso seriamente nesse contexto, o que acontece é que a medida que a convergência tecnológica realmente no mercado apaga fronteiras entre o que era antes desses mercados relevantes, vai ser muito difícil sustentar arcabouços regulatórios que pensam de forma tão assimétricas sobre empresas que competem nos mesmos mercados, e que de fato começam, vão começar a constituir uma impossibilidade fortalecer o que algum palestrante anterior chamou das possibilidades da leal concorrência, não só concorrência, a leal concorrência.

Bom, diante dessa situação tem toda uma discussão a nível internacional e tem quem sugira que deveria, e simplesmente a de acabar com as regulações setoriais e as respectivas agencias. Entretanto, a coisa não é tão fácil; do ponto de vista da defesa da concorrência, porque mercados onde existem uma situação de domínio monopólio, em sistemas das redes, não vou explicar de novo o que é sistema de redes mas economia de redes, mas nesses mercados alguma regulação é imprescindível, é imprescindível e vai continuar sendo imprescindível por muito tempo para forçar a queda de barreiras centralizadas, cujo a existência não se origina na maior eficiência econômica de alguns agentes senão como fatos tais como a presidência, a existência de contratos anteriores que faziam referência Artur Barrionuevo, outro seria o fenômeno que inclusive assinalou Rebecca anteriormente. Além do mais nós não podemos nos esquecer, que muitos países mas particularmente nos nossos, nós aqui do sul, o arcabouço regulatório setorial para prestação de serviços públicos tem um outro objetivo que tem pouco a ver com a defesa da concorrência, embora tenham uma relação de complementaridade as vezes, mas que o objetivo é alcançar uma universalização desses serviços. É uma universalização que em países que partem de uma distribuição de renda tão injusta como a dos nossos países, não se consegue apenas pelos mecanismos de mercado; então tem aí uma série de complicações para sugerir saídas simplesmente ao estilo ou então não regulamos nada. Agora, também qual é o caminho, então regulamos tudo inclusive a Internet? Digamos, tem... de fato o tema é muito complicado; nos Estados Unidos só este _____ faz relativamente pouco tempo, abriu-se um período de reflexões e debates sobre este problema específico, ou seja como deve adaptar-se a legislação de defesa da concorrência e a regulação setorial para fazer frente a esse fenômeno da convergência que está provocando todos estes problemas a ambos os níveis, digamos a nível da legislação específica do setor e a nível do fortalecimento da concorrência. Eu gostaria muito de escutar a opinião dos palestrantes sobre essa questão e deixar com vocês essas preocupações, eu não tenho respostas, de sentir que tendo nós no Brasil recentemente aprovado uma lei, por exemplo que revoluciona o setor de telecomunicações e que em algum momento muitos de nós sentimos como o ponto de chegada; sabe como o ponto final em um aspecto de um processo já iniciado faz uma década pelo menos, de repente frente a esses fenômenos que estamos sentindo, que na verdade esse ponto chegou nada mais como um ponto de partida que nos obriga especialmente de _____ regulador a repensar todo esse tema da defesa da concorrência e do relacionamento entre a agência reguladora e os órgãos de defesa da concorrência, do ponto de vista da necessidade de complementar toda este fenômeno da convergência gerado pelas inovações tecnológicas nos setores que vocês chamam de alta tecnologia. Obrigado.

Debates

Luiz Sette: Obrigado Alejandra. Bem, nós vamos abrir os debates, eu tenho duas perguntas por escrito. Eu não vou dar a palavra agora para os debatedores para replicar aos expositores, para replicar os comentários dos debatedores, mas eles poderão fazer antes de responder as primeiras perguntas para a gente salvar um pouco de tempo.

Após essas duas perguntas nós vamos circular os microfones e a palavra está franqueada, poderão ser feitas as perguntas tanto em português quanto em inglês, não necessariamente precisam ser feitas em inglês porque nós temos os tradutores aqui que poderão traduzir as perguntas para os expositores.

A primeira pergunta que eu tenho é para o Richard Corley, e é um assunto que na verdade foi a segunda pergunta que eu recebi, mas eu vou botar ela na ordem, porque é um assunto que foi levantando pelos dois debatedores, é a respeito da pesquisa e desenvolvimento e do custo de inovação. A pergunta é de Renault de Castro e eu vou fazer a pergunta em inglês, porque ele escreveu em inglês e ficaria mais fácil. **(em inglês) (sem tradução simultânea).**

Richard Corley: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Obrigado Richard. **(em inglês) (sem tradução simultânea).**

Richard Corley: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Eu tenho uma questão para Rebecca Dick **(em inglês) (sem tradução simultânea).** (pausa) **(final do lado A - fita 06).**

Rebecca Dick: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Laércio Farina queria fazer uma pergunta?

Laércio Farina: Eu vou fazer em português mesmo, porque o meu inglês não é tão bom quanto o seu, e nem o meu português é tão bom quanto o da Alejandra. A pergunta para a Misses Rebecca Dick.

O sistema de roaming na telefonia celular brasileira é mais eficiente do que o sistema americano, essa é uma constatação técnica, não o funcionamento do aparelho em si mas o sistema de roaming, isto porque o nosso sistema é estandardizado uma vez... desculpe estandardizado saiu... porque o nosso sistema se originou de um monopólio, ao passo que a telefonia celular nos Estados Unidos teve a concorrência incentivada desde o início. A pergunta que eu faço é a seguinte; como a senhora vê a questão do standard visa vir o incentivo da concorrência no que toca aos benefícios ao consumidor

final. E essa é uma questão que passa inclusive pela questão de opção do, a pergunta anterior feita pelo Luiz, a questão de opção do consumidor pelo satélite ou pelo cabo ou pela Internet, evidentemente nós estamos tratando de questões de standard.

Rebecca Dick: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Nós temos duas perguntas aqui na frente, a doutora Elizabeth e depois o doutor Pedro Dutra.

Elizabeth Farina: Uma pergunta para o doutor Richard. Eu queria insistir nesse tema dos padrões, nos sistemas de padrão e me parece por todas as exposições que foram aqui feitas, que nesse setor de alta tecnologia a questão de padrão e a questão de direito de propriedade são elementos vitais dentro das regras de concorrência e da defesa da concorrência e me parece que é uma questão difícil de ser definida, porque ela tem prós e contra. Do ponto de vista de ampliar as economias de rede, a adoção de padrões comuns certamente que amplia esse efeito de externalidade de rede, por outro lado ele pode engessar a inovação na medida em que dificulta você trocar de padrão; que é um problema parecido com a questão do direito de propriedade. Direito de propriedade é importante para garantir a proprieabilidade do investimento na inovação, mas também pode significar uma barreira a própria inovação, a novos ingressantes que é a pressão competitiva que faz esse sistema que a gente gosta de chamar de capitalismo se mover. Então, eu queria colocar diretamente para o doutor Richard, como é que no Canadá se está resolvendo esse ____ entre o que quê, o que pode se transformar numa barreira e ao mesmo tempo o que é uma base para exploração de externalidades de rede.

Richard Corley: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Doutor Pedro Dutra.

Pedro Dutra: a pergunta é dirigida a doutora Alejandra, a quem... a senhora prefere renunciar a soberania, eu posso fazer a pergunta a Misses Dick no seu lugar.

Alejandra Estela Herrera: Não, não... fale.

Pedro Dutra: eu ia começar por uma afirmação que a defesa da concorrência no setor de telecomunicações lhe deve muito porque, quem acompanhou a elaboração da lei sabe da sua participação, e a lei da Anatel é a que melhor recebeu no sentido técnico o princípio da livre concorrência e graças em boa parte ao seu trabalho. A Anatel não divulgou o relatório dela ao meu conhecimento, fazendo um balanço circunstanciado em base em fatos como a experiência americana sempre gosta de lembrar, o brasileiro tem horror ao fato e o amor desmedido as teses, não fez ainda um balanço da repressão e prevenção ao abuso do poder econômico. Eu gostaria, se a senhora pudesse fazer esse balanço por exemplo, quantas infrações ao abuso do poder

econômico foram verificadas pela Anatel e se a Anatel já verificou a existência de alguma falha regulatória em termos de concentração indevida atual ou futura do poder econômico.

Alejandra Estela Herrera: Bom, sinceramente que eu esperava fácil, porque eu posso responder uns cem, que... Não, entende, eu não me sinto obrigada a saber de tudo graças a Deus. Aí não, também não. Não, não poderia responder a uma pergunta tão específica além do mais porque... sobre quantos processos entraram ou não entraram, mas eu posso fazer a minha apreciação que é absolutamente pessoal sobre... fazer um comentário sobre como eu vejo a Anatel neste tema da participação da Anatel no tema de defesa da concorrência, mas não nesse nível. Aliás, ontem foi o aniversário da Anatel, fez dois anos, e publicaram no balanço bom 99, de 98, desculpa 99 ainda não terminou, 98. Dei uma olhada por cima, não vi se tem alguma coisa mais específica; o que eu vi que tem lá se faz referência ao fato que se criou dentro da Anatel um comitê de defesa da ordem econômica da Anatel. O que eu posso falar referente a Anatel é o seguinte, há muito pouco tempo, são dois anos a Anatel se encontra num situação difícilíssima de ser um organismo que está tentando processar, está tentando implementar uma lei que pretende passar de um sistema de absoluto monopólio do setor de telecomunicações para um sistema da mais ampla competição, com as dificuldades próprias do fato que logicamente se o sistema brasileiro era um sistema monopólico, todos os engenheiros, economistas etc que se formaram entendendo o sistema de telecomunicações, se formaram na base daquele mercado monopólico, tem experiência zero em termos de defesa da concorrência, isso é óbvio. Então, um dos desafios mas importantes que enfrentou a Anatel em termos de defesa da concorrência e eu acho que está se saindo muito bem nesse aspecto, foi o tema de ter que se capacitar, formar pessoal na área de defesa da concorrência; porque a lei brasileira, a lei de telecomunicações deu para a Anatel aquelas competências da ECD quando se tratava de empresas de telecomunicações. Então, quem faz instrução dos processos no caso em que estejam envolvidas as empresas de telecomunicações é a Anatel e para fazer isso a Anatel deu uma série de passos, entre outros um muito importante que foi um acordo com o CADE que não nos tem permitido... este acordo se compõe de várias coisas, uma é participação dos técnicos locais que nos tem permitido avançar muito na elaboração dos instrumentos regulatórios que vão regular os nossos procedimentos. Há pouco houve por exemplo uma consulta pública da qual que você respondeu, entre outros, colocamos a consulta pública uma proposta para regular a forma em que a Anatel vai proceder nos casos de abuso de poder econômico e de atos de concentração e nesse processo de elaborar essa regulamentação nós solicitamos, nós tivemos o apoio do CADE, dos técnicos do CADE. Por outro lado, acordos com o CADE, com a universidade de

Brasília e provavelmente com outras universidades num futuro próximo estão nos permitindo capacitar o nosso pessoal em termos de instrução de processo e em termos de criar. Nós temos uma ambição bem grande para quem está começando na área, mas é dar de alguma forma ao Brasil instrumentos com os quais ainda não conta, que são instrumentos tipo guias muito mais detalhadas, explícitas e mais rigorosa que nos permitam fazer a análise dos casos tanto de infração de ordem econômica como a análise de atos de concentração apropriados para a realidade, para o contexto regulatório brasileiro, etc e que considere justamente a necessidade de se realizar avaliações dinâmicas nesse sentido. Agora, não sei, em termos de... as nossas primeiras experiências foi acho que de muito êxito; a primeira coisa que a gente teve que submeter a apreciação do CADE e fizemos em termo recorde, acho inclusive em relação a história passada do sistema de defesa da concorrência foram o próprio processo de privatização, todos os atos que levaram ao processo de privatização foram instruídos na Anatel, esse foi um momento de aprendizado importante para a Anatel, mas a Anatel mostrou umas coisa, eu digo, isso eu posso falar com toda a tranquilidade porque sou isenta, sou estrangeira, não sou da Anatel, sou uma consultora e o que eu percebi no setor de telecomunicações já no Ministério, é impressionante, isso é opinião pessoal mas é impressionante a capacidade de aprendizado, a velocidade com que os engenheiros especialmente os engenheiros economistas formados no sistema Telebrás conseguem incorporar conceitos novos, mecanismos novos e ____ quando eu cheguei no setor de telecomunicações no Brasil que foi lá em 95 quando o Ministro Sérgio Motta, mas o Ministro Sérgio Motta falou o que queria fazer do setor de telecomunicações. Eu pensei; este homem está louco, nunca vai conseguir naqueles prazos o que ele achava. Conseguiu, mas conseguiu somente porque está aquele pessoal que hoje constitui a Anatel, porém com aquela formação que o sistema Telebrás deu para ele, a universidade brasileira e tudo. eu tenho um balanço positivo, eu acho que superou as expectativas no que se pensava que podia ser, eu achava que podia ter sinceramente grandes catástrofes, mas o que ____ tem uns caras que nunca viram um ato de concentração, analisar um ato de concentração. E acho que a Anatel está se saindo bem, pena que em alguns casos, algumas demoras lógico, mas no geral acho que está se saindo bem digamos, esse é o meu balanço.

Luiz Sette: Obrigado. Mais alguma pergunta. Não tendo mais pergunta, eu vou dar a palavra aos palestrantes para os comentários finais e principalmente aos comentários em cima dos debates. Arthur por favor, se você obviamente se os expositores já se sentirem satisfeitos com o debate não há necessidade de adicionar nenhum comentário. Eu passo a palavra para o Arthur, por favor.

Arthur Barrionuevo: Bom, para terminar eu de qualquer maneira, eu acho que houve uma colocação do Marcos Vinícius que eu pelo menos rapidamente gostaria de fazer um comentário. Que é, se instrumentos teóricos de economia precisam ser adaptados para essa nova economia de informação. Eu acho que isso é tema relevante, justamente quando nós estamos discutindo concorrência e concorrência é analisada com os instrumentos que existem de análise econômica. Eu aqui seguiria mais uma vez o que esses dois estudiosos, o ___ Verian e Carl Shapiro disseram a respeito dessa economia da informação e é uma opinião bastante conservadora deles. Na opinião deles a tecnologia tem mudado muito mas as leis econômicas permanecem as mesmas, ou seja, os instrumentos que serviam para analisar a economia antes continuam servindo para analisar a economia de hoje.

Eu gostaria de ressaltar alguns aspectos aqui que foram trazidos como novidades em relação a sociedade e a economia da informação. Eu acho que existem debates, por exemplo a questão de eficiências estáticas e dinâmicas. Na verdade, esse é um debate que desde Sun Peter publicou as suas obras, alguns trabalhos nos anos 30 ou anteriores, há uma discussão sobre os ganhos do consumidor em relação de eficiências estáticas e dinâmicas e é um instrumento que tem sido utilizado para fazer esse tipo de análise. Então, a preocupação com os resultados ou o progresso técnico com os ganhos que a sociedade tem, os consumidores tem com o progresso técnico, eu acho que é uma preocupação muito anterior a que você tem em relação ao surgimento da economia da informação. Se a gente conseguir conceituar a economia da informação como algo que está vinculado ao surgimento das redes de informação, não a informática pura e simplesmente, mas as redes que realmente reduziram em muito o custo da informação, você vai notar que esse é um fenômeno relativamente recente. Eu acho que com certeza o progresso técnico no longo prazo afeta instituições dessa maneira, acaba afetando também leis econômicas, mas esse impacto ele não acontece num prazo curto. Então, nesse sentido eu acho que muito do que se faz em termos de análise de competição, em termos de análise de bem estar do consumidor, continua sendo válido nessa nova economia. Não é o fato do ciclo de vida do produto ter se reduzido que a análise de oferta, demanda, de oligopólios e etc. deixa de valer, pura e simplesmente vamos ter um mercado com uma nova diferença. A existência de interdependências pelo lado da demanda também não é uma novidade em termos de análise econômica. Então, eu acho que embora você deva fazer uma análise numa economia de mercado e isso continua sendo válido, dos efeitos da sociedade de informação e eu acho que aí há um aspecto que efetivamente tem que ser ressaltado. Quer dizer, com a redução do custo de informação possivelmente os custos de inovação venham a se reduzir, mas boa parte do que se sabe sobre

conhecimento econômica a respeito de competição e desenvolvimento tecnológico no meu ponto de vista continua fazendo sentido. É isso!

Luiz Sette: Richard Corley.

Richard Corley: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Obrigado Richard. Rebecca Dick.

Rebecca Dick: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Luiz Sette: Obrigado. Vamos encerrar a sessão. Eu gostaria de agradecer ao IBRAC, agradecer ao Richard Corley, agradecer ao Arthur Barrionuevo, agradecer a Rebecca Dick, a Alejandra Herrera e ao Marcos Vinícius de Campos pela enriquecedora palestra que, provavelmente é um dos primeiros debates desse nível no Brasil e um assunto tão interessante e lembrar a todos que a palestra da Rebecca e a palestra do Richard Corley está a disposição de todos na secretaria, na porta, na saída do seminário. Muito obrigado a todos. (pausa) **(final do painel). (final do lado B - fita 06).**

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Coordenadora: Sônia Marques Döbler - IBRAC

Sônia Marques Döbler: (...) Farina, que é doutora em economia e livre docente da Faculdade de Economia e Administração da USP; é também responsável pela área de organização industrial na mesma faculdade. Com a palavra a doutora Elizabeth Farina.

Eu gostaria de lembrar aos palestrantes, que cada um terá vinte minutos de tempo para fazer a sua apresentação. Senhores debatedores, terão depois para as suas observações e perguntas cinco minutos cada um.

Elizabeth Farina

Boa noite a todos. Bem, me foi atribuído um tema “Atos de Concentração, Competitividade e Concorrência”. Então, eu vou me dar o direito de ampliar um pouquinho, não falar apenas de atos de concentração já que o tema envolve algumas coisas mais amplas de política pública.

Então, basicamente... eu vou começar falando um pouco e amarrando um pouco a minha exposição com alguns pontos que foram levantados ontem a respeito das mudanças institucionais e as mudanças competitivos das empresas brasileiras nesses últimos dez anos. Vou passar a falar um pouco de competitividade e como objetivo de política pública; depois competitividade, eficiência e concentração; concentração e concorrência e por último promoção da competitividade e promoção da concorrência para concluir a minha exposição.

O Brasil como é de conhecimento de todo o mundo passou por mudanças institucionais bastante importantes e o Paulo Corrêa ontem nos lembrava que essas instituições oferecem às empresas, aos empresários um conjunto de incentivos e controles que vão definir a maneira como esses empresários vão agir no mercado. Eu trouxe um quadro aqui só para nos lembrar de algumas mudanças importantes que ocorrem entre 89 e 99, portanto nos últimos dez anos. E essas mudanças tem a ver com essa estrutura de incentivos, com essas regras do jogo, mudanças institucionais bastante importantes e que foram na direção de maior abertura do mercado e portanto de concorrência, na área, começando aqui pela abertura de mercado mesmo e aqui a gente já entra com uma lei 8158 visando concorrência, ao mesmo tempo um processo de privatização que começa com atividades como

siderurgia e petroquímica e depois na segunda metade da década passa para serviços de utilidade pública, que é um processo de privatização mais complexo do ponto de vista de combinar esses incentivos oferecidos pela concorrência e em todo esse período a gente passa por um processo de desregulamentação, onde eu interpreto como uma privatização das estratégias empresariais. Então, esse quadro institucional nos diz que essa nova estrutura de incentivos, ela está fortemente marcada por uma ampliação tanto da concorrência em nível internacional, abertura comercial mesma, como da concorrência interna e aí pelos mecanismos de política de defesa da concorrência e o próprio processo de estabilização que também faz intensificar essa concorrência.

Portanto, o que eu queria colocar com esse quadro é que evidentemente que política de concorrência faz parte da política macro econômica geral, a política econômica geral ela é um instrumento de política econômica; ontem nós tivemos um final aqui da participação do Paulo Corrêa onde ele colocava essa questão da independência. Então, desse ponto de vista mais geral é óbvio que se eu tiver pensando numa economia totalmente regulada, fechada para o comércio internacional, fechada para a entrada de capitais, eu não posso pensar numa política de defesa da concorrência que seja rigorosa. Não há como conviver com duas políticas desse tipo. Portanto, é claro que política da concorrência faz parte da regra mais geral da política econômica. Isso não quer dizer no entanto que as políticas tenham objetivos múltiplos e consistentes entre si, isso é dentro desse ambiente institucional geral onde a concorrência desempenha agora um papel fundamental na estrutura de incentivos aos empresários, eu tenho um conjunto de objetivos da economia para buscar que as vezes são conflitantes entre si. Por exemplo, essa abertura comercial e essa força da concorrência claro que geram um processo de reestruturação produtiva; é natural, é esperado, do que de um ponto de vista é muito salutar, porque reestruturação produtiva está me dizendo que as empresas estão sendo incentivadas a buscar a eficiência, só que na esteira da busca da eficiência muita gente quebra; empresas menos eficientes de vários tamanhos, pequenos, médios, grandes; empregos são destruídos, outros são construídos e vai ser muito difícil a gente atender objetivos múltiplos com instrumento único. Portanto, eu acho que o que eu gostaria colocar já desde o início, é que eu vejo instrumentos de política como tendo que ser adequados a objetivos claros e consistentes, e claro, tem que ter uma consistência geral, porém nem política da concorrência pode fazer todo o serviço em nível de desenvolver setorialmente por exemplo, a agricultura ou a indústria, ou defender o emprego, melhorar a tecnologia; não há como a política de concorrência resolver todas essas questões e nem é o seu papel e nem é o seu objetivo. Então, isso começa nos colocar a importância de um conjunto de

instrumentos de política que tem que ser acionados para atingir objetivos específicos e bem definidos.

Bom, nesse ambiente de economia desregulamentada ou em mudança, uma economia em transição onde a concorrência interna e externa passa a ser um elemento importante de incentivo das estratégias, a gente pode imaginar que a competitividade, que afinal de contas está no cerne do meu tema, possa passar a ser um enfoque para por exemplo uma política industrial. E eu estou separando propositalmente o que quê é uma política industrial do que é uma política de defesa da concorrência; só que também em política industrial nós temos que optar por uma visão mais ampla ou mais restrita e mais bem focada, e alguns autores bem reconhecidos internacionalmente como Coorder e o Krugman eles dizem o seguinte; política industrial é um eufemismo para uma demanda protecionista. Existe uma tendência no desenvolvimento de política industrial para que eu reduza o rigor da concorrência e proteja setores previamente escolhidos ou todos os setores.

Procurando fugir desse perigo protecionista que levaria qualquer política industrial a ter uma inconsistência intrínseca com uma política de defesa da concorrência, o próprio Coorder e o Johnson sugerem o seguinte; que uma política industrial deveria ser, tudo o que for favorável ao desempenho industrial. Isso é uma visão bem ampla, mas o que ele está pensando é alguma coisa do seguinte tipo; uma política que fornecesse infraestrutura adequada para que as empresas bem desempenhassem, que oferece uma estrutura educacional adequada para renovação dos recursos humanos, uma política que fornecesse o controle do poder de monopólio dos cartéis para que estimulasse a concorrência, uma política que dessa estabilidade macro-econômica. Ou seja, dentro de política industrial se coloca todas as outras políticas, a política comercial, a política de emprego, a política de infraestrutura e fica muito difícil portanto a gente definir que instrumentos utilizar para desenvolver aquela política industrial.

Uma outra visão de política industrial que reinou por muito tempo, especialmente na década de 50, foi que a política industrial se compunha de tudo o que fosse favorável ao desenvolvimento. Isso é ainda mais amplo, ainda mais vago, e por isso dava tanta possibilidade de transformar uma política industrial no que era uma demanda protecionista.

A visão mais restrita e que eu prefiro é uma visão por exemplo do Krugman ou do Jeroski onde eles propõe uma intervenção deliberada nos mecanismos de mercado visando melhorar a competitividade de empresas em seu conjunto. Então, a competitividade aparece aí como elemento central da política industrial em um país onde já tem, é claro, uma estrutura industrial complexa e desenvolvida. Não estamos pensando em uma estratégia de

desenvolvimento a la década de 50, mas uma estratégia de abertura comercial por exemplo, onde depois de muitos anos a indústria é exposta a pressão competitiva externa e portanto tem que provar, tem que mostrar se veio para ficar ou se vai embora. Isso é, a idéia de que a competitividade envolva capacidade sustentável se sobreviver e de preferência crescer em mercados correntes ou em novos mercados, é um conceito de competitividade que nos leva ao desempenho das empresas, ao desempenho dentro desse ambiente institucional de concorrência. Portanto, nós estamos falando de um elemento que é resultado de um processo de concorrência. A concorrência, isto é, o processo de disputa pelos mercados pelas empresas é que vai definir o resultado; desempenho dessas empresas nesse processo de concorrência. Portanto, olhar a competitividade e promover competitividade por meio de um a política industrial rompe assim uma incoerência latente entre a política industrial e política de concorrência se você eleger a competitividade como objetivo a ser buscado por essa política. Porém, para a gente entender quais são os fatores que estão no cerne dessa competitividade das empresas eu tenho que entender o processo de concorrência. Isto é, existe um elemento que é importante que é a produtividade de característica produtiva e tecnológica, isso é, vantagens competitivas apoiadas em diferenças de produtividade, em vantagens de custo, em vantagens de custo de logística, de suprimento e distribuição; são muito conhecidas essas bases da competitividade. Mas existe também e aí eu retomo as palestras de ontem a respeito de economia da informação, onde a capacidade de inovação é fundamental, não para eu atingir a competitividade apenas hoje, mas para sustentar essa competitividade do tempo; isso e nós estamos falando não só em inovação de alta tecnologia mas estamos pensando em inovações organizacionais, inovações de gerar novos mercados. Então essa capacidade é importante para que eu tenha a possibilidade de sustentar no tempo a competitividade. E por último um elemento que pouco se fala quando se discute competitividade que é a capacidade de coordenar outras empresas, por exemplo fornecedores ou distribuidores para que a estratégia de concorrência da firma seja viabilizada e essa coordenação leva a questões de relações verticais importantes que estão por trás do processo de competitividade de concorrência.

Do ponto de vista então das características produtivas tecnológicas, é claro que nós vamos estar falando de vantagens de escala, economias de escopo, economias de rede que ontem nós discutimos e eu não vou repetir pela sexta vez a definição de economia de rede, mas que certamente tem a ver com características tecnológicas dos setores em que nós estamos nos referindo; e do ponto de vista de uma política de concorrência, se ela lida, como a nossa com atos de concentração, evidentemente que isso tem um desdobramento que é saber, num, ambiente onde a concorrência é uma

estrutura de incentivo para as estratégias, eu tenho que explorar vantagem de custo e portanto vantagens de escala, de escopo, de economia de rede que em contra posição com o tamanho do mercado relevante onde eu estou operando, pode levar sim a uma elevada concentração que tem que ser consistente então com a minha capacidade de sobreviver e de preferência crescer nos mercados. Isso é, nós estamos falando basicamente aqui da eficiência produtiva e que não é, não conta a história toda; eu também preciso saber da minha eficiência dinâmica, baseada na minha capacidade de inovação e portanto de renovação das minhas vantagens tecnológicas produtivas que mudam no tempo, porque a tecnologia muda e nem sempre muda para quanto maior melhor, as vezes muda também para níveis de escala menores, mas eu tenho que ter essa capacidade de acompanhar as mudanças necessárias em nível tecnológico. E também em nível de coordenação que gera o que a gente chama de eficiência sistêmica, isto é, como é que eu consigo viabilizar as estratégias competitivas e me manter e sobreviver no mercado, eu tenho que cooptar os meus fornecedores e distribuidores.

Mas isso tudo tem a ver então com a regra do jogo que está imperando no mercado onde a empresa está atuando, isto é, com o padrão de concorrência que está vigorando. Nós vimos ontem bastante exaustivamente características específicas do padrão de concorrência na indústria de informática, na indústria da informação e nós vimos que diferente de outras indústrias onde a variável principal de concorrência ao preço, como por exemplo as commodities agrícolas ou onde a variável importante é a reputação de uma marca junto a consumidores, promoção de vendas como é a área para o exemplo, de alimentos industrializados diferente dos grãos das matérias primas agrícolas, eu posso valorizar atributos de qualidade na concorrência, eu quero alguns atributos específicos e ontem o Richard nos falava sobre isso; na indústria de informática é importante que eu ofereça para o consumidor sempre atributos de qualidade que ele valoriza, por que senão ele não paga por ele; afinal de contas a gente tem que pagar a conta do sistema produtivo todo. E a regra do jogo então na informática é que, a variável principal de concorrência e inovação, inovação visando atributos específicos e depois vem preço, mas isso é muito diferente numa indústria como alimentos industrializados onde você pode ter marca e promoção como primeira variável de concorrência, preço como segunda e as vezes qualidade como última e inovação é muito baixa. Isso é, cada caso é um caso, é preciso analisar o padrão de concorrência daquela indústria para entender quais são os elementos fundamentais para que ela consiga sobreviver e de preferência crescer nesse mercado. E considerando o padrão de concorrência isso nos leva a extrapolar a exploração de economias de escala, de escopo e de rede como único fator importante para eu discutir eficiência e competitividade, porque,

porque esse padrão de concorrência vai me dar, por exemplo voltando a indústria de informática porque assim a gente explora um caso que foi bastante falado aqui, qual é o faturamento que a minha empresa tem que ter para sustentar P & D e competir globalmente, porque esse é o mercado global, nesse mercado; para enfrentar os players que estão nesse mercado, qual é o meu faturamento para bancar P & D, não estou falando de porcentagem, estou falando de um nível mínimo absoluto que se define até pelas estratégias passadas as empresas; quanto é que tem que ser o meu orçamento de P & D, para me sustentar na área por exemplo nova hoje de biotecnologia e competir na área de sementes agrícolas que há algum tempo atrás era uma área bastante competitiva e de repente tem um processo de concentração em curso fantástico, quando tem a tal convergência tecnológica que a gente falava antes.

Então, do ponto de vista daí do controle de concentração a gente já conhece bastante a idéia, já está bastante sedimentada entre nós na literatura internacional e inclusive nas decisões do próprio CADE, de que mercados concentrados não implicam necessariamente em menor vigor competitivo. A concorrência entre grandes as vezes é muito mais vigoroso e até mais agressiva do que em mercados fragmentados. Segundo, embora as vezes a gente não pense dessa maneira, se eu tiver efetivamente bancando uma política de concorrência para valer onde a intensidade da concorrência seja forte eu tendo a ter maior concentração. Porquê, porque simplesmente eu elimino mais rapidamente aquele que não consegue acompanhar o padrão de concorrência estabelecido pelo mercado e as bases dos fatores de concorrência. Então, não pensem que estimular a concorrência leva a um maior número de players, as vezes leva a um menor número de players dependendo de que mercado eu estou falando.

Por outro lado, a competitividade, a gente tem que sempre lembrar não é um objetivo único, nem o mais importante da política de concorrência. Competitividade pode ser eleita como objetivo de política econômica em uma economia aberta, mas ela não é o objetivo da política de concorrência. Além disso, eu tenho que reconhecer entretanto que a concorrência contribui para eu buscar a competitividade na medida em que ela é um incentivo a busca da eficiência de vários níveis, a produtiva, a locativa e a dinâmica. Tem um rival no meu calcanhar é o melhor estímulo para o empresário não sossegar, e a definição de mercado eficiente que hoje a gente adota, não dos livros textos que a Alejandra leu na década de 70, mas os que a gente estuda hoje, tem muito a ver exatamente com esse conjunto de eficiências que as empresas tem que buscar e a dinâmica inclusive.

Por último, a gente tem que lembrar que a concorrência ou a defesa da concorrência não é condição suficiente para competitividade sustentável. Isto é, uma política de concorrência pode não ser suficiente para eu ser competitivo como país em vários setores e talvez eu necessite sim de uma política industrial mais ativa, não protecionista porém mais ativa.

Portanto, eu queria voltar então no começo e lembrar que eu tenho uma série de objetivos que tem que ser combinado com instrumentos de política para atacar esses objetivos, e muitas vezes esses objetivos são conflitantes entre si; muitas vezes eu tenho insuficiência de instrumentos para alcançar esses objetivos, mas se eu não tiver claramente o objetivo de cada política eu também não posso monitorar o desempenho por exemplo da agência responsável pela política. Então, se a política de concorrência tiver que dar conta da competitividade que não é o objetivo primordial dela, do emprego que muitas vezes é conflitante com uma política de concorrência bastante firme; se ela tiver que responder pela política agrícola que também não é problema dela, certamente eu não vou ter nem como monitorar o papel dessa agência, porque ela vai ter muitas vezes que tratar de objetivos que são conflitantes; para isso eu preciso ter uma política agrícola, uma política industrial, uma política de emprego e tenho que torná-las consistente pela concentração e aí ao nível de governo que está eleito para desempenhar uma série de objetivos de política que ele se propôs a buscar.

O que quê eu estou querendo dizer para vocês, que eu acho muito saudável ter algum órgão que estimule a competitividade e eu estou pensando em coisas do seguinte tipo; ação até coordenada entre empresas para explorar mercados externos, provisão de laboratórios em áreas onde qualidade seja importante, que dê reputação para o país fora, que dê reputação dentro; porque numa economia aberta a competitividade é tanto para quem exporta quanto para quem fica aqui dentro. Quando você tem papéis bem definidos você evita a captura das agências e evita que a gente magnifique as falhas de mercado com as falhas de governo, da seguinte maneira: existe uma tensão que eu acho salutar entre uma política industrial que queira amparar as empresas na sua área de competitividade e uma política de defesa da concorrência que chegue lá e fala assim; opa!, você está passando os seus limites; essa aqui é a minha arena e nós vamos ter que conciliar o objetivo de competitividade com o objetivo de concorrência. Pode ser alguma coisa que pareça meio inconsistente a um primeiro nível, que gera um certo nível de conflito mas é um sistema que evita um pouco essa possibilidade muito fácil de captura que existe em vários níveis da política pública. E eu acho que a gente tem que reconhecer que nós estarmos numa difícil construção institucional muito delicada e para terminar então, eu queria encerrar com uma frase do Douglas Nortz que foi prêmio Nobel de economia e ele diz o seguinte para nossa

reflexão: “as instituições que contribuem para o desenvolvimento são aquelas que incentivam o aprendizado e a capacidade de solucionar problemas, a taxa de aprendizado refletirá a intensidade da concorrência entre as organizações, a concorrência refletindo a onipresença da escassez induz as organizações a se engajarem em processo de aprendizado para sobreviver. O grau de concorrência pode variar e efetivamente varia, quanto maior o poder de monopólio menor o incentivo ao aprendizado e o incentivo ao desenvolvimento econômico”. E eu deixo essa frase para a gente refletir um pouco a respeito da nossa política pública. Obrigado.

Sônia Marques Döbler: Muito obrigado a Elizabeth. Em seguida ouviremos o doutor François Souty. O doutor François Souty é conselheiro no Conseil de la Concurrence de France e está a cargo de assuntos internacionais. É professor de direito e economia na Universidade de La Rochelle, França. Escreveu vários livros sobre política da competência e história da economia; atualmente está preparando uma obra sobre direito da concorrência e ação do governo francês nessa área. Com a palavra o doutor François Souty.

François Souty (paper apresentado)

COMPETITION, REGULATED SECTORS AND MERGER CONTROL: SOME REFLECTIONS ABOUT THE FRENCH EXPERIENCE

To address the very complex issue we are facing today, I will mainly draw on the French case law which has been recently developed by the competition law and policy enforcement authorities. I will also try and connect these developments in my introduction with analyses recently presented in an OECD Workshop.

Thinking about mergers, concentration control and firms operating in regulated sectors may induce to use several different approaches, either institutional, structural or behavioral.

For instance, in the recent roundtable which I have just mentioned, the OECD Committee on Competition Law and Policy has tried to define what are the main policy questions raised by the relationships between regulators and competition authorities. And the debates have shown that the experience of deregulation in the most advanced economies can lead at least to three main observations :

1/ First, there are specific regulatory regimes in many sectors in OECD countries. They are particularly common in sectors such as telecommunications, electricity, railways or natural gas. But these specific regulatory regimes are found as well in radio and TV broadcasting, civil aviation, cable television, ocean shipping, pharmaceuticals, radioactive minerals, alcoholic beverages, insurance, banking, inter-city bus transportation and trucking, Water distribution... and the list is far from being closed.

2/ Second, there is no unique model of relationship between sector specific regulators and competition authorities either across countries or sometimes even within a country. One particular model, the mandate driven division of labor approach, appears, however, to be somewhat more common than others.

3/ Third, in countries which have deregulated somewhat earlier than others, a rather pragmatic approach seems to have been used : this approach empirically differs from sector to sector. Countries liberalizing somewhat later appear to have followed a more systematic approach.

The conclusions of the debates were that although « the theory of regulation seems reasonably clear in terms of indicating where regulation

could be usefully applied, the corresponding theory of appropriate regulatory institutional arrangements was much less clear ».

You will find in this room a reference note which was prepared by the OECD secretariat to support the national contributions submitted for debates at this OECD Roundtable which lead to this set of observations. I hope this document can also be of use for further reflections of Brazilian authorities and scholars as it has served in my own competition authority and university.

Now, to address the precise questions of how to cope with competition problems when mergers occur in regulated sectors, in a competition agency perspective, let me first introduce you how sectoral regulators can live with one or even two competition agencies as this is the case in my country. I should even say « how competition agencies can cope or survive with sectoral regulators » instead of how they can live with.... Then I will consequently elaborate on three recent cases which were recently dealt with by the Competition Council in sectors where independent sectoral regulating agencies are at work or in sectors where new regulators will be operating soon. These sectors are the telecom sector, the broadcasting industry sector and the electricity sector. And I hope you will see how the competition agencies are developing their enforcement and advocacy.

1/ The « Cohabitation » of Competition authorities and Sectoral Independent Agencies in France

Here we need to consider what are the competition authorities and their roles, what are the Sectoral independent agencies and what is the philosophy underlying their respective roles.

A/ Competition Authorities

In principle, the French competition law rules are set out in the so called 1986 Ordinance and these rules concern all economic activities. This competition law is enforced by the Competition Council (or « *Conseil de la concurrence* ») and the Ministry of Economic Affairs, Finances and Industry through its Directorate General for Competition, Consumers affairs and Frauds (DGCCRF). On behavioral matters, the Council rules on its own as a Competition Tribunal. But the Conseil has to resort to the Ministry manpower for the major investigation.

In the structural field, specifically on mergers issues, the story is different : the Council only has an advising capacity to the Minister. The Minister's decisions are prepared by the DGCCRF. Only the Minister has the discretionary power to prohibit a merger even when the Conseil de la concurrence has found its advantages from the point of view of economic progress outweighed its disadvantages from the point of view of competition. In principle, the Minister decides also on whether to publish the Conseil's opinions on mergers along with his decisions : in other words, sometimes, the Conseil has conducted in depth analyses, but its findings will remain confidential to all operators that are not directly involved in the merger under review. This leaves a good deal of discretion to the political authorities on issues which are considered too hotly sensible.

There are two limits to these principles : first, competition law rules may not apply entirely when operations might affect public order, such as the defense sector for instance; second, there are a number of areas in which specific behavioral or merger rules apply.

B/ Sectoral authorities

Sectors in which the competition authorities have to share their powers with specific regulators include the audio-visual sector, the telecom sector, the banking, investment and insurance sectors, the electricity sector, etc. Here, we have to make a differentiation between different categories of sectoral regulators. A first category is made with classical technical Ministries or Departments such as the Departments respectively in charge of Transportation, Maritime activities, Environment, Public Health and Social Security etc... A second category is made by independent agencies which, in France, have appeared in the second half of the present decade and have some powers with regard to competition issues. And a third category is made with independent administrative authorities, some of which are pre-existing the competition council but have no specific powers related to competition issues.

The first category does not represent a specific regulatory feature with regard to experiences in most countries : these authorities tend to try and protect the monopolies or exclusive licensed operators under their realm. When there are advisory bodies linked to executive departments, these agencies report directly to the ministers without involvement of either the Conseil or the DGCCRF. Decisions are taken in a classical governmental process, with arbitrages under the responsibility of the chief of the government.

The second category is much more interesting in our perspective : up to 1999, there have been only two independent agencies operating more or less jointly with the Competition council under provisions set out in their own statutes:

- the « *Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (CSA in the Broadcasting Sector). The Audiovisual law of 1986 provides the CSA with responsibilities in the field of merger control whereas the Conseil de la concurrence is responsible for the enforcement of the competition ordinance with regard to abuses of dominance and anti-competitive agreements and cartels.

- the « *Autorité de Régulation des Télécommunications* » (ART in the Telecom sector). The telecommunication law of 1996 has made this agency responsible for exercising control over the conditions governing interconnection and for settling disputes arising in this area. Its decisions can be appealed to the Paris Court of Appeals : as will be seen later, the Court sees to it that the ART decisions are consistent with competition law. The Competition council's jurisdiction over competition issues in telecommunications has been confirmed. The ART also has to submit to the Council any dispute falling within its jurisdiction. Furthermore, the law itself requires that the two independent bodies engage in mutual consultation and reaffirms the consultative role of the competition council in the drafting of regulations affecting competition.

As for the rules governing network interconnection contracts, these are considered private-law agreements and are subject to the ordinary law of competition. However, some of the contracts offered by powerful providers must obtain the prior approval of the ART. A free market exists in principle for services. The only remaining rules concern fees charged for universal service and for services for which there is no competition. The Ministry of the Economy and Finance retains the right to approve prices in this field, and the Competition council can be asked for its opinion on these issues as well.

A third independent agency is likely to start operating in 2000, the « *Commission de Régulation de l'Electricité* » (CRE in the electricity sector). The latter is likely to have a relationship with the Conseil de la concurrence very similar to the CSA and ART. The respective laws instituting these two agencies provide that they must consult with the Conseil de la concurrence when matters concerning competition issues arise within the sectors they are overseeing. On the other hand, the Conseil must refer for opinion to these two agencies each time it has to rule over practices of operators falling within the scope of responsibilities of these two agencies.

A system very close to this one also applies in the field of banking activities, although the regulatory structure is somewhat more complicated. In fact, the banking industry enjoys a specific regulatory structure, with several commissions besides the Bank of France, like the Banking Commission, the Committee on banking and financial regulation and the « Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement » (CECEI), chaired by the Governor of the Bank de France. The role of the Central Bank is central in this industry together with the Minister of the Economy and Finance who decides on mergers in the banking sector. This system has been in the front pages of the newspapers during the last summer. In June and July 1999, the BNP tried to take over the Société Générale. It was prohibited to do so by the Minister who followed the opinion of the CECEI, and in fact, the opinion of the Governor of the Central Bank who chairs this body.

In the third category we find all the administrative authorities that are listed in an article (article 16) of a decree of application of the 1986 Competition ordinance : these authorities are listed in an annex to the decree which states that the Competition council must inform these authorities about all references falling under their scope of responsibilities. This list include : the Commission des opérations de bourse (Securities and Exchange Commission), the Commission nationale de l'informatique et des libertés (National information data commission in charge of the protection of liberties), Médiateur du cinéma (Movie industry ombudsman), Commission des marchés à terme réglementés de marchandises (Second Market Stock exchange commission), Commission bancaire (Banking commission), Commission nationale de la communication et des libertés (National Press commission in charge of the protection of liberties).

C/ Relationship between Competition authorities and sectoral regulators

What is the philosophy underlying the role of competition agencies with respect to specific sectors in France?¹¹ The competition authorities try to monitor the conditions under which sectors are opened to competition, but they also focus on the conditions under which state-owned corporations - generally monopolies - diversify their activities.

When sectors are opened to competition, it is commonly agreed that the following measures should be taken:

¹¹ This paragraph derives mainly from the *Annual Report on Competition Policy in France for 1995*, OECD Annual Reports series, points 99-110.

firstly, clarify and, if necessary, reinforce, the rules governing the provision of a universal service, while complying with the requirements of equality, continuity, an affordable price, and the constant efforts to satisfy changing needs, and

secondly, introduce a framework within which the competition process may make a positive contribution. In this connection, specific regulations should be reduced to a strict minimum, and the scope of application of common competition and consumer protection rules should be kept as broad as possible.

As regards the «regulation» of these sectors, three different roles can be identified:

comprehensive regulation (conditions of entry, rules for the provision of a universal service, financing of the service), which must be the responsibility of Parliament and Government,

administrative and technical management (examination of applications for licences to provide services, allocation of scarce resources, ensuring that operators comply with legal and regulatory obligations, in particular those specified in their terms of reference), which can be entrusted to independent specialized administrative bodies,

monitoring of the markets, in particular as regards competition and the competitive processes: this is the duty to the authorities which are usually and commonly responsible for anti-competitive activities on the markets.

D/ Merger control in the French law, from filing to assessment and decision

As regards the notification system, it should be stressed that the filing of a case is voluntary and must be solely with the DGCCRF. In practice, parties usually notify their transactions if their combined market share is substantial or when a concentration concerns a highly concentrated market. Therefore, in the case of operations affecting a party involved in a regulated sector or regulated activities, operations would most probably be notified to the DGCCRF. But, as we have seen, the DGCCRF has a relatively free hand to advise the Minister to refer a case to the Conseil for an opinion.

Therefore, in the merger control area, the Conseil de la concurrence merely has an advisory function. Mergers are controllable if the merging firms meet either a market share threshold of twenty five percent of a relevant domestic market or a size threshold of seven billion Francs (approx 1.1 billion

US\$) aggregate turnover for the merging firms, provided that two of the merging parties have an individual turnover of at least two billion francs. The Minister of the Economy and the Minister in charge of the relevant sector can decide to block a merger or to impose conditions on controllable mergers after the merger has been referred for appraisal to the Conseil. Although the Ministers are not bound by the opinion of the Conseil, they must publish this opinion together with their joint decision. The role of the Conseil in merger analysis is to assess whether the potential anti-competitive effect of the merger is counterbalanced by a sufficient contribution to economic progress.

However, we are now going to see that these provisions limiting the role of the Competition council do not mean that Competition policy cannot be applied to operators in regulated sectors.

2/ A brief reflection on the Case Law in three sectors

Thus, after the presentation of the framework under which competition and regulatory authorities are operating or, rather, are cooperating, let me give you now three examples in which the Competition agencies have had to address mergers involving regulated activities or operators. These examples will concern successively the telecom sector, the media sector and the electricity sector, which are three high technology sectors operated by industries strongly participating to the dynamic set up of the Information Society.

A/ Competition law and the telecom sector

I have already mentioned a few cases in which the Conseil de la concurrence has had to address issues which fall close to the scope of responsibilities of the *Autorité de Régulation des Télécommunications*.

I would like now to entertain you about a recent case on interim measures which raised several questions linked with the opening to competition of the telecommunication markets. In this case, we were very close to the mergers area although not completely in it and where the borders between behavioral and structural controls is blurred. It involved three major operators of the country, namely France Telecom and two subsidiaries of the powerful BOUYGUES and VIVENDI groups, and last but not least the Department of one of the heaviest ministers of the Government in charge of the Education. Taking into account the dynamics at work in the Information

markets, this interim measures case also underlines how a fast competition agencies intervention can bring remedies to a problem.

In their reference to the Conseil de la concurrence, the French Association of Private Telecommunications Operators (AFOPT), whose member operators include Cégétel Entreprises and Bouygues Télécom, denounced the practices of France Telecom on a proposal of preferential conditions for Internet access offered to schools. In the opinion of the AFOPT, the members of this association were prevented from competing with France Télécom on the Internet access to schools, thereby excluding them from the market. For AFOPT, this exclusion resulted from two factors:

first, from the fact that to compete with France Télécom private operators had to offer a package for the vast majority of schools. That package comprised interconnection with France Télécom's local telephone network, long-distance data transmission and Internet access ;

second, from the fact that France Télécom's charges for interconnection with the local network were higher than what the firm had offered the Government for all Internet access services for schools on a flat-rate basis of 1900 hours of connection per year and per school.

Taking into account the fact the Telecommunication Regulatory Agency (ART) had itself issued an unfavorable opinion on France Télécom's offer, the Conseil de la concurrence found AFOPT referral admissible and stated that it could not be ruled out that the France Télécom's package might constitute an abuse of dominant position in local telephony. This abuse might be sued under both the provisions of the 1986 Competition Ordinance and of the Treaty of Rome.

In addition, the Conseil held that the existence - if established by further investigations - of practices aiming at eliminating all competition in providing school with Internet access would be a particularly serious matter. It also noted that the Minister of the Economy and Finance and the Secretary of State for Industry had also expressed their wish there to be competition. In light of the fact that the Government's Program of Action called for the initiation of a dialogue at School Boards meeting before the summer of 1998, the Conseil deemed that the situation was an emergency requiring the adoption of temporary or interim measures.

Therefore, the Conseil enjoined France Télécom to suspend the application of its proposed pricing and package until it offered long-distance telephone operators specific and non-discriminatory conditions for interconnection with its local telecommunications network for Internet access

for schools. Since then, the various operators have found a solution which has not required further move by the competition authorities nor by the regulator.

It should be stressed here that the Competition agencies and the sectoral regulator can reach the same conclusions and that conflicts are not always unavoidable. Unfortunately such is not exactly the same situation with regard to the Media sector to which we are coming now.

B/ Competition law and the Media sector

The Media sector has given rise to more controversies between the competition authorities and the authority in charge of the broadcasting sector. Than the telecommunication sector. The Minister in charge of communication and cultural affairs has tried to introduce a bill which aimed at « clarifying » the application of the competition ordinance to mergers in the audio-visual sector. Although a provision of a 1986 law on freedom of communication exclude the power for the Minister of the Economy and the Conseil de la concurrence to regulate transactions involving the broadcasting sector, both the Minister of the Economy and the Conseil de la concurrence have controlled in recent years transactions concerning cinemas (Gaumont/Pathé Cinema in 1992), television broadcasting rights (UGC-DA), radio operations (CLT/Fun Radio) and even pay-TV (Canal+/Nethold). The most recent case involving the acquisition of Havas by the conglomeral group Vivendi in 1998 deserves some more detailed attention.

The Conseil de la concurrence examined last year the plan for the merger-acquisition of Havas by the Compagnie Générale des Eaux-Vivendi at the request of the Minister of the Economy. Although it cleared the operation which was finally accepted by the Minister of the Economy, the operation is interesting in that it gave rise to debates on the markets liable to be affected by it.

At the outset, CGE-Vivendi claimed that television broadcasting and creation TV channels and also purchasing of audio-visual broadcasting and production rights were communication activities lying solely within the jurisdiction of the broadcasting authority which is the CSA and hence outside the scope of concentration control specified in Title V of the Competition Ordinance. The Conseil dismissed the argument by stating that trading in motion picture rights and in broadcasting rights for audio-visual productions and sporting events, as well as production of motion pictures and televisions commercials, constituted activities distinct from television services. It also stated that access to Internet activities performed by the two merging parties were a telecommunication activity, it was for the Conseil to assess the effects

of the operation concerned on those markets. Turning to the horizontal effects of the operation, the Conseil concluded that the concentration had no adverse implications, since the market shares held by the Vivendi group were identical to those held formerly by each of the CGE and Havas groups on the markets concerned, with the exception of the markets on the Internet access and services. In this connection, the Conseil stated that the European Commission in a decision of August 1998 had ruled that on similar circumstances there was no cause to oppose the creation of a joint affiliate between the firms CEGEDEL, CANAL PLUS, AOL and BERTELSMANN.

The Conseil also concluded that the pooling of resources and the development of synergies among the communications firms concerned should permit the creation of new services. It held that the group's reorganisation would enable VIVENDI, through its communications holdings, to be present over the whole high-value range of broadcasting material and systems production, as well as access to pay-television.

Finally, the Conseil considered that the concentration would not be harmful to competition on two main grounds:

first, given the rapid evolution of computer-generated and audio-visual techniques, which is causing markets to be in a constant state of flux and making the position of operators insecure,

second, given the presence of powerful actors in the different markets concerned.

The main conclusion of this case has been for the Conseil to reassert its views on sectors which are falling close to the authority of sectoral regulators, both in the fields of telecommunications and media industries. These are again signals sent to the business community about the competition authorities are determined to apply competition law criteria to their activities on markets falling outside the scope of statutory responsibilities of the sectoral regulators.

C/ Competition Law and the Electricity sector

In this field, let me first underline that the main concern for the French competition authorities is to support new entries in the electricity sector, to further integrate our national market within the European Union market. Our problem is slightly different than the problem of the Germans where they have to seek consolidation of their market structure to reach the

point where scale economies can induce more price competitiveness for consumers and further support the competitive process at work within the Union. And so far, the competition authorities have not been in the situation to exercise any merger control in the electricity sector, although there have been several references made to the Conseil de la concurrence regarding the activities of the Monopoly operator which is well known (Electricité de France or EDF).

To come to new legislation still in preparation, in the first place I have to say that the Minister of the Economy has been deeply involved in the drafting of a law that would transpose the EU Directive adopted in december 1996 to further integrate the electricity generation and distribution within the EU. Secondly, the Minister also requested the opinion of the Conseil de la concurrence on this draft while the Conseil has expressed its opinion several times in the recent years on electricity questions. The examination of the new legislation itself and of the opinion of the Conseil de la concurrence give a broad view of how the sector will be operating very soon under the scrutiny of both competition agencies and a new sectoral regulating agency. It is sure that the new system reflects by its complexity all the debates that have surrounded its preparation, including a strong involvement of the Labor Trade Unions.

First, the bill aims at creating a framework for effective competition and creating a new system of regulation. The main feature of this system is the creation of a new institution, the Energy Regulatory Board (*Commission de Régulation de l'Énergie* or CRE). The CRE's administrative powers is to be centered on problems of grid access and dispute settlement between operators. But the CRE's powers do not extend to all of the sector's activities. For example, authorization to operate a power plant is issued by the Minister of the Energy. Ultimate authority over the pricing of activities that will still be monopolies is to be shared by the Ministers of Energy and the Minister of the Economy and Finances. In addition, the law sets out in detail the interface between the sectoral powers of the CRE and those of the Competition Council, maybe to avoid some of the problems that arose in the field of the audio-visual sector. The CRE Chairman refers to the Competition Council those cases of abuse of a dominant position and practices in restraint of competition of which he may be aware in the electric power sector. Any other matter relevant to the Council's powers may also be referred to it for an opinion.

In addition, transmission over the electric power grid of electricity generated by independent suppliers, like any other economic activity, may give rise to disputes that do not lend themselves to analyses in terms of abuse of dominance or anti-competitive agreements. To settle such routine disputes,

involving straightforward individual interests and having no bearing on practices that affect the working of the market, the CRE has been vested with adjudicative powers. The CRE will have to interpret the legislation on grid access. And it will stipulate technical and financial conditions for dispute settlement in decisions that will state reasons and be notified to the parties.

Last but not least, the appeal on CRE's decisions will be introduced before the Paris Court of Appeal. It should be stressed that this Court already has appellate jurisdiction over decisions of the Conseil de la concurrence as well as the *Autorité de Régulation des Télécommunications*, the telecom sectoral regulator. This system is therefore likely to ensure coherence between decisions of the regulatory authorities and those of the Competition Council in the electric power sector.

The Conseil de la concurrence was consulted by the Minister of the Economy in connection with the drafting of the new legislation, more specifically on the principles to be observed so as to ensure that the electricity market operates competitively pursuant to the European directive for a progressive opening of power supply to competition. The Conseil had to stress that the first need was to identify which utilities were assigned to public operators (EDF and private or non nationalized operators) and to define their particular functions clearly. This prior identification is essential in order to be able to establish a system of utility financing that is transparent and non discriminatory.

The fact that EDF will still combine monopolized activities (supply to captive customers, transmission distribution) with competitive activities (eligible customers) is liable to facilitate cross-subsidization practices that may keep potential competitors out of the market. For example, EDF could impose price increases on captive customers to finance artificial price cuts for eligible customers. In the Conseil's opinion, it is crucial that EDF has an accounting system that makes it possible to verify the absence of cross-subsidies and of predatory pricing strategies for the sale of electricity to eligible customers.

To give a broad view of how the competition authorities might cope with issues related to the electricity sector, I would like to conclude this point by the mention of a recent Paris Court of Appeals ruling with regard to a decision of the Competition Council of 1996. Again, we were not exactly in the field of merger control although we were very much involved in the opening of the electricity sector.

In response to a referral by *Compagnie Générale de Chauffe*, a subsidiary to *Compagnie Générale des Eaux-VIVENDI*, the Conseil had ruled

in 1996 that EDF had abused its dominant position in electric power generation, in violation of article 8 of the 1986 ordinance.

In support of an action to void before the Paris Court of Appeals, the public utility (EDF) contended that the Conseil de la concurrence had made three errors in its decision:

first, the Conseil had improperly assumed the right to judge the legality of administrative acts when it failed to acknowledge its lack of jurisdiction, second, that the Conseil had defined a competitive electricity market whereas there was no competitive electricity market, third, that EDF practices in question had contributed to economic progress.

In a ruling of January 1998, the Court of Appeals upheld the jurisdiction of the Conseil de la concurrence and essentially confirmed its decision.

The Court pointed out that the generation of electric power for purchase by EDF, not as final buyer but as intermediary, in order to markets it to users in the industrial, services and household sectors, was an economic activity falling within the scope of the 1986 ordinance. The Court noted that there was competition between EDF and independent producers, notwithstanding the public utility's monopoly on the purchase of private production, which necessarily had an effect on the final cost of energy, reflecting the competitiveness of the various generating methods and the capital investment that EDF did not need to make as a result.

The Court also found that EDF had acted improperly, and outside all regulatory limits, in order to protect its dominant position in electric power generation. The Court confirmed that the intent and the effect of the incriminated practices had been to restrain competition in the market in question, by restricting competition from technical resources that could help lower prices by restructuring rates.

Finally, the Court did not follow the Conseil only on a minor point : it held that the publication of the Council's decision in the form of excerpts in EDF's annual report, rather than the complete publication sought by the Conseil was sufficient.

Conclusion: Some concluding remarks about the Competition Council Advocacy functions on structural matters

I would like to conclude this short reflection on the Competition Council Advocacy functions on structural matters where we are very close to mergers or concentrative issues without properly enforcing the mergers control provision.. Under article 5 of the French competition ordinance, the Conseil de la Concurrence can be seized by various professional and business associations and unions with a direct interest on a specific matter. The Conseil is requested to deliver its opinion about a questions related to the functioning of competition on the markets and these opinions are published by the Conseil. After the Conseil has delivered its opinions, it is very difficult for sectoral agencies or the Government just to ignore these opinions unless they have been requested by the Government which can keep these opinions for itself and choose not to publish them.

For instance, in 1997 in the telecom sector alone, the Conseil delivered opinions on General competition issues or draft legislation at the request of the government, trade associations, parliamentary committees and the Telecommunications Regulatory Authority, the latter not even on the basis of the Competition Law but on the basis of the Post and Telecommunications Code. More importantly, in 1998, the Conseil has delivered five opinions in this telecommunication sector, two of which concerned action by local government authorities in this field. In the first of these, the Conseil was consulted by the Association of suburban Paris city councils for electricity and communication networks (called SIPPAREC), which wanted to know whether municipalities could form a joint purchasing group for telecommunications services. In its opinion, the Conseil stated that, subject to compliance with certain formal arrangements (on which I will come back in a few seconds), small local government authorities in the same geographic area should be encouraged to form a group, structuring their demand in such a way that competitors of the dominant operator could make bids. This group could be considered as a concentrative joint venture stimulating new entry, although this word was not used, to increase competition in a sector heavily dominated by the incumbent historical operator, i.e. France Telecom. This opinion should be considered as very closely related to the second opinion requested with regard to joint operations of the small local government authorities. This time the opinion was requested by the Minister of the Economy about a draft notice (« circulaire ministérielle ») from the Minister of the Interior on intervention of local authorities in the telecommunications sector and, more specifically, on the creation of infrastructures. The Conseil set four principles with regard to the stimulation of competition in a recently opened sector :

1/ First, it pointed out that the local authorities intervention in this case concerned a link -local loop facilities- that was of primary importance to the development of competition.

2/ Second, the Conseil stated that local authorities could intervene in two capacities, as providers of networks for telecommunications operators and as managers of their public domain.

3/ Third, the Conseil stated that free competition in the sector depended on compliance with certain conditions. In particular, it drew attention to the disadvantages that would result from network pricing below cost. Such pricing could, in certain circumstances and depending on the size of the community concerned, constitute an aid within meaning of Article 92-1 of the Treaty of Rome. The Conseil also pointed out that the network-owning authorities might be tempted to offer an incentive by setting a much lower price for the network segment open to third parties than the one charged for the segment used internally. The extra cost to the community's budget would be liable to distort competition between competing infrastructures. And finally, the Conseil stressed that the scale of network charges, if it were tiered, should specify the purpose of each tier and the condition of scaling, so as to avoid any discrimination between operators and any opaqueness of pricing. As regards access to infrastructures, the Conseil stated that all operators should be able to use them, including the original operator where appropriate.

4/ Lastly, the Conseil stated that the establishment of passive infrastructures by local authorities must not create a monopoly on the installation of these facilities, nor prevention of telecommunications operators from having the « right of way » specified by Article L45-1 of the Post and Telecommunications Code. Nor may local authorities appoint an infrastructure manager who is a telecommunications operator or has direct or indirect interests in one. Moreover, activities of this type, if they are not physically separated, should be subject to a system of accounting and costing designed to verify the absence of cross-subsidies between the different activities of local government authorities, disclose any discrimination between operators, and reveal the bases of chargeback for the services previously performed by local authorities for themselves.²

To give another examples of intervention in sectors where no independent agency is at work and where the regulating authority is simply a ministerial department, I would mention three opinions concerning state-owned operators that had diversified or extended their activities in sectors open to competition. The first concerned the navy's hydrographic and oceanographic department (SHOM), which publishes various nautical works, some of them in competition with works produced by private publishers. In the second, the Council considered the operating conditions of Urbiel, a subsidiary of the Metropolitan Transportation Agency of Paris (RATP)

² Avis n° 98-21 du 1^{er} décembre 1998.

specializing in the maintenance of elevators and escalators, which had offered its services on markets open to competition. The Council found that its guidelines concerning diversification of the activity of public operators had been complied with and that under these circumstances the new offer of services favored greater competition.

In point of fact, these opinions asked from the Conseil de la concurrence serve as a sort of guidelines of the views of the Conseil about how the competition authority will consider the case if any conflict arises on markets, including those markets recently deregulated or in process of liberalization. These positions of the Competition council are greatly strengthened when they are backed by EU rules and provisions with regard to the further integration of the Community markets.

And last but not least, the common system of appeal before the Paris Court of Appeals for both the Conseil de la concurrence and the Regulatory independent agencies greatly enhance the Competition authorities' analyses. This is especially the case when one takes into account the fact that the Court has the preexisting experience of appeals on Competition decisions of more than ten years before the regulatory reforms have happened in the country.

Sônia Marques Döbler: Muito obrigado doutor Souty.

A palestra do professor Souty está a disposição na sala ao lado, bem como a palestra que será proferida pelo professor Rivière. Temos agora intervalo para café, são dez e quinze, voltaremos as dez e meia.(...)

Sônia Marques Döbler: Sr. Rivière, com a palavra.

Juan Antonio Rivière:

Eu trabalhou na Comissão Européia, Direção Geral de Concorrência. Isto é o ponto de partida de um regime de controle de concentrações distinto do nível nacional a que os vocês estão acostumados. Suponho que com o Mercosul vocês se acostumarão à complexidade dos regimes comunitários.

No regulamento 4064 de 89 que controla as concentrações, se decidiu em 90 a começar a controlar as concentrações, o que é um regime bastante recente. Historicamente a comissão já controlava as concentrações no setor de aço porque o tratado de Paris que é um tratado setorial já continham as disposições para controlar as funções setoriais.

O primeiro ponto do nosso sistema é a diferença entre o que é uma operação com aspectos de conduta majoritária do que são as operações de caráter estrutural. Nós temos um artigo que é o artigo 85 e 86 que agora são o

81 e 82, segundo a nova numeração existente, que regula o antitruste, regula todas as condutas. Sem dúvida, o problema essencial é que as autorizações de antitruste são de caráter temporário para os casos apresentados nas condições do artigo 81, III, enquanto que nas concentrações as autorizações são definitivas. Portanto é importante atacar uma operação que se sabe que vai consolidar-se e se tiver efeitos anticompetitivos vai durar para a eternidade.

Então, a diferença entre a nossa concorrência comunitária e a concorrência nacional está baseada primeiro, na idéia de que quando se afeta o comércio entre os estados membros Comissão através da Direção Geral tem competência, isso é o que é visto no âmbito _____. Porém, nos casos de concentração o importante é que seja definida o que é uma dimensão comunitária de concentração. Não vou entrar agora nos detalhes porque todos os regulamentos, os regulamentos de concentrações e as modificações vocês podem encontrar no site da Comissão, Mas o essencial é saber que para nós o faturamento de 5 mil milhões de Euros e quando uma das empresas tenham mais de um terço de seu faturamento fora do seu país, normalmente se analisa a nível comentário.

Houve modificações e os regulamentos, agora estamos numa tendência crescente de análises de casos de concentração desde 89/90, passaram 0 ao para no de 92, de 60 no ano 98, 238. Isto mostra portanto um incremento da doutrina e da prática.

A dimensão comunitária é muito importante posto que limita o tipo de operações. São operações de grande envergadura. Os nossos procedimentos são muito simples eu distribui uma página fotocopiada onde há um esquema de sistema de controle de procedimento comunitário de fusões. A idéia essencial é que a se a operação é autorizável se pode resolver caso em um mês e se for muito complicada necessita-se passar a segunda fase que são quatro meses mais; portanto o que se trata de ser eficaz na forma de desenvolver o controle.

Agora vejam, a dificuldade não está no procedimento, está na capacidade de análise dos efeitos nos mercados relevantes, e a definição dos mercados relevantes, portanto há que se ter economistas, engenheiros, além de advogados que analisem os efeitos anticompetitivos. É muito importante que tenha uma boa dimensão dos efeitos da operação, porque senão se corre o risco de autorizar-se situações que logo tenham repercussões competitivas.

Um dos efeitos práticos do nosso sistema, é que os advogados que representam as empresas ao notificar o apresentem os formulários, todos os dados estão completos e portanto não se atrasa o procedimento por pedir mais informações complementares

Nosso regime ao nível comunitário tem também cada dia mais uma dimensão internacional, porque as grandes empresas não limitam suas atividades à Comunidade Européia, e portanto necessitam ampliar a cooperação.

Eu queira ressaltar na cooperação internacional que por exemplo, na decisão do grupo World Com e ICI temos colaborado com o Departamento de Justiça americano porque temos um acordo de cooperação com eles. Essa é uma edição muito complexa que como está muito estruturada porém pode-se perder no mundo do que se chama Information Economy. Deve-se que realmente grandes especialistas ou trabalhar a fundo os temas de mercado, porque a complexidade dos novos produtos está muito acima da capacidade humana média.

E, nessa decisão importante é saber que houve compromissos e que estes compromissos permitiram a autorização, porém este é um exemplo muito claro de que seja feita uma colaboração com o Departamento de Justiça . Pouco a pouco se terá uma colaboração conjunta das autoridades de competência e eu creio que isso para o Mercosul é muito interessante pois está-se aprofundando o protocolo de Fortaleza.

Bem, isto para que vocês tenham uma idéia do que são as concentrações. Eu queria dizer ademais que publicamos um informe anual e nesse informe anual está também na Web se analisa diferentes casos importantes que são interessantes..

O fato de que sejam autorizadas muitas concentrações não se quer dizer que se seja generoso. O que acontece é que se tenta evitar o problema antes que ele ocorra por exemplo, nas pre-notificações já se diz às empresas que notifiquem este tema porque este tema é arriscado. Se você o orienta desta forma tem mais possibilidade ou se você toma o compromisso de redução de um desinvestimento em algum momento e por isso isto lhe facilitará a sua vida e a todos nós também. Nesse sentido, afinal falaremos das instituições do mega-mergers que são um dos temas mais preocupantes, porém eu queria pedir um momento dos executores de serviços porque no fundo no programa se fala sobre transporte aéreo, de bancos de telecomunicações e de energia.. Entre os papéis que foram distribuídos há um bom paper de um colega meu sobre telecomunicações, porque um dos sistemas mais complexos é o que nós temos tratados nos últimos dez anos para liberalizar o mercado. A idéia de como se realizam as fusões nesses setores é muito interessante. Primeiro porque para a política comunitária fez-se uma comunicação de serviços de interesse geral de caráter comercial., Isto é um conceito nosso do caráter comercial, e a idéia seria ampliar o conceito de mercado comum não só aos produtos senão também aos serviços. Os serviços por tradição histórica,

inércia da organização dos estados da comunidade europeia, muitos estavam em mãos das empresas estatais. Então, decidiu-se que seguramente que nesta época de liberalização haveria mais dinamismo no mercado comum se se passasse ao setor privado. Isto as vezes funciona bem outras vezes não. Mas o objetivo era abrir os setores de serviços à privatização, porém não se pode passar facilmente porque de certos setores como as telecomunicações, por exemplo, o setor de energia tem uma complexidade técnica que necessita por-se à disposição do conjunto dos privados certa infraestrutura. Portanto é uma operação complexíssima passar do monopólio ou dos serviços públicos a serviço privados.

O primeiro grande passo de liberalização foi o transporte aéreo. E portanto no transporte aéreo a vantagem de liberalizar causou uma redução considerável das tarifas de bilhetes de avião. Isso para o Brasil seria muito interessante porque os bilhetes internos são muito mais caros do que os intercontinentais proporcionalmente pelas milhas que se viaja. Seguramente não se trata de fazer uma megamerger de todas as companhias aéreas como acabou de ler mas outro tipo de operação que permita abaixar os preços dos bilhetes para ir a Brasília por exemplo.

Então, em relação ao transporte aéreo eu só queria dizer que um dos momentos atuais são as alianças entre companhias aéreas para dar uma dimensão global mundial, porém o risco dessa aliança é voltar a recartelizar as operações. Essa é toda a chave de sucesso da liberação está no acesso aos direitos de aterrissagem e de ‘despejo’ porque senão não há forma de poder competir. O que se pede, é que se leva sempre essa idéia de liberalização aos conceitos técnicos que permitam a abertura do mercado. Da telecomunicações falarei muito pouco porque vocês tem um ‘paper’ muito bom e além disso há uma introdução muito boa feita pela minha estagiária Cecília de Andrade Santos.

Bem, depois os bancos tem um paper de Joaquim Lopes Madruga. Nas contratações bancárias o importante chegou a conclusão de que a maioria se pode autorizar. No mercado relevante há três grandes categorias: o mercado ‘por menor’ que é mais ou menos local, o mercado do que se chama ‘corporate banking’ que é um pouco maior e isto tem uma dimensão normalmente supranacional e logo há os mercados financeiros que tem um caráter de mercado mundial.

Então são basicamente essas idéias que seguem ampliando as concentrações e aí não há de momento grandes momentos porque os bancos na Europa têm grande concorrência e agora com o euro ainda mais. Estamos agora diante de grandes operações de concentrações, que nem sempre são bem sucedidas porque os Estados todavia tem a capacidade de controle das

regulações nacionais de conduta ou de serviços administrativos dos bancos e agora por exemplo, tem havido uma discussão que a comissão autorizou Santander hispano e a banca (...) portuguesa. O problema que existe atualmente é que a nível em português, que está pondo em dúvida se do ponto de vista de procedimento se se fez a notificação às autoridades portuguesas no que respeitava a diretiva de controle das organizações financeiras portuguesas. É um exemplo claro de onde a regulação nacional e a aplicação do direito comunitário diretamente têm conflitos. É normal que isso ocorra e temos que encontrar soluções.

Por último a energia tem um papel que descreve as linhas da diretriz das regras comuns de energia. Aí estamos entretanto no período precedente às grandes fusões, estamos no período de liberalização do setor energético. Existe uma diretiva muito ampla e o importante dessa diretiva é que se pactuou três fases de liberalização desde fevereiro de 99 até fevereiro de 2003. Em 19 de fevereiro é a data de início da liberalização. O tema importante na 'energia' é conseguir dar o acesso ao consumidor final uma opção de acesso a outros produtores. Porém no momento está na fase dos grandes consumidores. Esse estágio chegará e já há grandes debates atualmente sobre os custos que representam para as empresas elétricas o passo a concorrência efetiva. Na Espanha as empresas elétricas vão solicitar ao Estado um bilhão de pesetas como custos para poder competir. E, então a comissão europeia está vendo como vai controlar e se este um bilhão de pesetas não é uma ajuda de Estado., Nesse processo se mescla um pouco intervenção do Estado na medida em que favorece a liberalização mas não enquanto seja uma ajuda que distorça a concorrência que se quer criar.

Eu queria dizer ainda que estou preocupado com as mega fusões que é o colofon que se pode chegar também estes setores. Precisamente se liberalizam de posições de domínios e o perigo é que as alianças voltem a recentrar em uma questão conjunta de dominância o que se tem tentado com muitos esforço separar. Quiça nosso critério é que as concentrações não se autorizam quando se cria uma posição dominante ou quando se reforça esta posição. A diferença de conceito de posição dominante em relação ao de vocês é que segundo a jurisprudência do Tribunal Europeo a posição dominante existe a partir de 50% da parte do mercado. Então, nós temos uma margem de análise mais flexível e que podem existir no Brasil; isso não quer dizer que não podem existir procedimentos com menos participação no mercado. Existem! Porém a teoria é que a doutrina estabelece que a partir de um determinado momento se pode considerar posição dominante, porém no fundo a grande dificuldade é não reforçar a posição dominante e aí é onde creio que há que se insistir, porque o perigo é reunir o que com tanta dificuldade foi separado. E um artigo que vi em El Pais em fins de outubro,

havia um artigo em que dizia que por exemplo, os últimos meses de janeiro a setembro se fez dois bilhões de dólares, dos quais 75% das operações são para reduzir custos e que a maioria atualmente das funções a nível mundial são no setor de telecomunicações, que é um setor de grande crescimento, muito dinâmico, daí o perigo de reconduzir-se a uma joint dominance.

Eu creio que isso está muito bem dito porque se diz que o perigo está nessas grandes operações sejam uma força que questione los serviços de concorrência e por outro lado interessa muito que no futuro a cooperação entre os assuntos de competência sejam reforçadas para poder dar-se conta dessas dimensões tão grandes que há das concentrações. E, nesse sentido aproveito o final para dizer que provavelmente no dia de 24 de novembro se inicia a negociação do Mercosul com a União Européia, essa negociação vai durar muitos anos e a idéia é realizar um acordo progressivo de redução tarifária, dentro desse complexo bem amplo porque já temos um acordo macro de cooperação se vá incluir um capítulo de cooperação no que se refere as regras de competência e o regulamento das autoridades de competência e mútuas. O tema que estamos esperando é que se consolide a posição a nível do Mercosul e todos tenhamos a possibilidade de ter a relação do Direção Geral de Concorrência em Bruxelas com os membros fundamentalmente CADE e a Comissão Nacional de Concorrência argentina que são membros do Comitê do Mercosul e possamos avançar nas cooperações. Eu creio Sônia que com isto e dou terminada minha exposição.

Sônia Marques Döbler: Muito Obrigada Juan. Eu gostaria de observar, que aqueles que desejarem fazer perguntas, poderão fazê-las por escrito remetendo a mesa os papéis com as questões ou fazê-las oralmente. Já podem mandar as questões, os que quiserem fazer por escrito para que nós possamos selecionar.

Passaremos agora ao próximo palestrante, que é o doutor William Bear, que é ex-diretor da Federal Trade Commission, Bureau of de Competition dos Estados Unidos. Com a palavra, por favor.

William J. Bear: (em inglês) .

Sônia Marques Döbler: Muito Obrigada. Passaremos então aos debates. Temos dois debatedores, primeiro deles o doutor Celso Cintra Mori a quem eu passo a palavra para fazer as suas observações sobre as palestras.

Celso Cintra Mori:

Bom dia. Eu vou tentar colocar aqui três ou quatro questões, já bastante consciente que eu vou ter no máximo alguns segundos para cada uma delas porque a mesa não está para brincadeira hoje, em matéria de controle do tempo.

E eu começo propondo uma reflexão à professora Elizabeth Ferina, sobre algumas coisas muito interessantes que ela mencionou na exposição que nos fez ainda a pouco. Ela fez um histórico das privatizações e fechou o item com uma referência muito preciosa à privatização das estratégias empresariais, e a preocupação que nos leva a fazer esta observação é justamente a da análise dos limites da atuação dos órgãos reguladores, quando se sabe que a legislação relativa a proteção de mercado e a livre concorrência é uma legislação voltada para impedir danos ao mercado; mas nessa nossa experiência de aprendizado, nessa nossa experiência relativamente recente porque não tem ainda muito mais do que 20 anos de uma atuação efetiva dos órgãos reguladores, o que se tem percebido é que muitas vezes os órgãos reguladores embora não identifiquem danos objetivos e concretos ao mercado, preocupam-se em saber das estratégias empresariais possíveis quais seriam as boas, quais seriam as ótimas e entre o bom e o ótimo acabam captando para si a definição da estratégia empresarial. Então, a colocação que faço para merecer um comentário mais aprofundado da professora Elizabeth, é se a privatização das estratégias empresariais não significaria que os órgãos reguladores deveriam limitar a sua atividade àquelas situações em que um dano efetivo ao mercado ou as regras da livre competição precisem ser corrigidos e estariam além das suas próprias vocações e competências, quando não havendo dano pretendessem analisar estratégias empresariais possíveis substituindo-se àquele que devam conduzir o risco do negócio e em desdobramento desta questão, quando nós sabemos que toda a política industrial toda a estratégia empresarial está voltada para a eficiência empresarial, coloca-se talvez uma questão ainda mais delicada, porque é uma questão secular e não resolvida; é que o desenvolvimento industrial, o desenvolvimento empresarial tem um custo social que ainda não foi possível equacionar, para o qual não foi possível equacionar uma solução. Então, quando se fala por exemplo, que um determinado desenvolvimento tecnológico é causador de risco para a sobrevivência de pequenas empresas competidoras, ou é possivelmente causador de diminuição do número de empregos disponíveis na estrutura produtiva, a pergunta que fica é se os órgãos reguladores ou se a política industrial pode limitar a eficiência empresarial para preservar a sobrevivência de empresas menos eficientes mesmo naquelas situações em que não haja violação das regras de livre mercado e se a atuação desses organismos pode limitar a eficiência empresarial naquelas situações em que a eficiência empresarial possa

umentar níveis de desemprego, ainda quando respeitada as regras de livre competição. E a pergunta me parece fundamental, deve suscitar considerações de ordem sócio-econômica, porque se nós acreditamos no mercado, nós temos que acreditar que a livre competição e a livre fruição das regras do mercado deverão trazer soluções naturais para esses problemas de sobrevivência das empresas menos eficientes e de manutenção de razoáveis níveis de empregos. Porque se nós tivemos que interferir regulatoriamente para manter este equilíbrio, significa que nós mesmos estaremos negando as regras do mercado.

Sônia Marques Döbler: Prof.a Elizabeth, gostaria de fazer a sua observação agora, melhor assim já conclui.

Elizabeth Farina

Bom, acho que trata-se aqui de discutir política e defesa da concorrência, interferências sobre as estratégias empresarias, quanto que a gente acredita que a concorrência funciona mesmo. Quer dizer, essa nossa crença é genuína.

Eu acho que você tocou em dois pontos bastante importantes; qual é o limite da ação sobre essas estratégias num ambiente onde se elege a concorrência como uma estrutura de incentivo adequada às ações empresariais. Eu diria o seguinte, é difícil falar disso genericamente, mas eu acho que a legislação de defesa da concorrência, seja ela voltada para a análise da conduta, seja ela para atos de concentração, ela tem um objetivo de evitar os efeitos negativos mesmo. Quer dizer, na medida em que é difícil a gente imaginar que uma pessoa que esteja na burocracia tem o conhecimento da realidade dos negócios, da diversidade de negócio que aparecem na sua mesa para ser analisada, evitar danos já é suficiente, eu não preciso ainda por cima decidir qual é o nível ótimo de, por exemplo, de concentração que eu desejaria; mesmo porque eu acho que do ponto de vista conceitual ou mesmo das análises empíricas que a gente acompanha, a eficiência é compatível com muitos níveis diferentes de concentração. Na linguagem dos economistas a gente tem modelos com equilíbrio múltiplos igual ao nível de eficiência, para se usar um economês bem caprichado. Então é isso mesmo, equilíbrios múltiplos. Ou seja, eu tenho níveis diferentes de concentração que eu poderia escolher e se isso é verdade e se eu tenho o risco de não conhecer adequadamente todos os efeitos que as estratégias empresarias podem ter o que é natural, porque nem o próprio empresário tem dado que ele vive num mundo de incerteza; se eu evitar o estrago eu acho que a gente já está fazendo um negócio e minimiza o custo da intervenção. Então, a idéia de você avaliar

atos de concentração por exemplo, onde você busca saber se tem efeitos, quer dizer se eu pensando nos efeitos competitivos, se eu tenho um efeito não negativo. Quer dizer, eu posso não ter grandes efeitos positivos, mas se eu não tiver nenhum efeito não negativo, eu acho que já está bom; evita o erro da falha do governo para corrigir a falha do mercado.

Na questão que você coloca do desenvolvimento industrial e o custo social, a questão do desemprego tecnológico, eliminar a concorrência, eu acho que já está bastante consolidada uma visão de que a política de defesa da concorrência tem o foco na concorrência e não no concorrente. E eu retomo uma questão que eu coloquei aqui atrás na minha exposição, é que muitas vezes quando você insiste na concorrência você elimina naturalmente o concorrente. Quer dizer, o resultado de uma política forte de concorrência pode ser, em muitos setores é um menor número de players e não um maior número de players, isso tem a ver com características tecnológicas, com padrões de concorrência que estão aí colocados e eu acho que esse é um aprendizado de outros países, e outras legislações e vários estudos que foram feitos, onde se mostra que se você está privilegiando a eficiência e a eficiência contribui para o melhor uso dos recursos, seja de hoje, seja de amanhã, muitas vezes você tem que fazer uma limpeza em certos mercados e pode ser uma consequência. Isso não quer dizer, que governos estejam isentos da necessidade e da responsabilidade de adotar outros instrumentos de política econômica para melhor preparar os seus recursos humanos, para compensar os efeitos de uma política de concorrência muito forte em determinado momento, então isso demanda outras questões.

E eu queria fazer uma observação que é a seguinte; se a gente analisar as ondas de fusões que ocorrem no mundo, nós vamos ver que não tem política de concorrência que segure isso. nunca uma onde fusões foi sustada, hoje tem mais economistas aqui para mim... mas foi sustada por ação de política antitrust em parte nenhuma do mundo, pela simples e boa razão que em geral elas são sustentadas por mudanças de paradigmas tecnológicos importantes acompanhadas de mudanças institucionais importantes e é muito difícil para as agências de concorrência então impedir uma reestruturação produtiva quando a mudança tecnológica está na base dessas ondas de fusão. Todos os trabalhos que eu conheço analisando ondas de fusões, nenhum deles me autoriza a dizer que uma política de concorrência mudaria o curso histórico que foi seguido. Eu acho, mas é de qualquer maneira importante para eliminar aqueles possíveis abusos.

Sônia Marques Döbler: Muito obrigada. Passarei a palavra então do doutor Franceschini para as suas observações.

José Inácio Gonzaga Franceschini

Muito obrigado doutora Sônia, e espero que a minha rouquidão não atrapalhe demais. A doutora Sônia me pediu que abordasse ainda sucintamente nos poucos minutos que eu tenho, os dois últimos temas desse painel que não foram ainda objeto de comentário. Ou seja, a questão da caracterização do ato de concentração e momentos de apresentação. E é uma resposta muito simples, a não ser que haja perguntas, abordar estes temas, apenas uma questão provocativa principalmente aos colegas juristas e advogados que tenham uma reflexão a respeito.

Porque é que esses temas foram escolhidos, porque é que esses temas foram, aliás colocados em primeiro lugar nesse painel; pela pobreza de outros temas e que em termos de discussão nesse país. Nós passamos, quem faz uma análise da jurisprudência verifica que nós passamos o último ano, talvez um pouco mais, discutindo quase que invariavelmente em todos os casos questões de competência, questões de intempestividade, questões de volume de documentação, questões de enganiosidade, que são temas menores, são temas menores. Esses temas, aliás pela intensidade com que se discute não se responde a eles, levam necessariamente a uma retração da observância voluntária pelo empresariado da legislação de defesa da concorrência. Levam, pela ausência de um debate maior sob temas de mérito a uma alienação do pólo passivo da legislação que é o empresário e leva a uma exacerbação daquilo que eu venho chamando a atenção até de alguns empresários, principalmente aqueles antigos, a chamada síndrome do aquário do peixinho dourado, ou seja, os peixinhos dourados ficam nadando, aí de repente chega um agente regulador, uma autoridade pum! Pega um! E os outros continuam nadando até serem escolhidos para a próxima fase.

Na realidade o que é que nós temos em termos de contribuição dos advogados, economistas até que tem contribuído mais reconheço, que debatem as questões de mérito sobre temas específicos, análise de jurisprudência, mas economista tem uma análise que define a política do ser. Cabe ao jurista, advogado estabelecer a política do dever ser. O CADE, as autoridades, o sistema brasileiro de defesa da concorrência a eles não se aplica e como advogado que sou, gosto dessas bobagens, aquele brocado jurídico (*roma olocuta, causa cessa...*) ou seja, ouvir o CADE, a causa parou. Ao contrário! O CADE exige uma colaboração com a sociedade, com os profissionais que necessitam discutir os limites do CADE, os limites da discussão que se trata nas questões de mérito, se debatem sobre premissas, se debate sobre teorias econômicas, se debate se tem mais ou menos documentos para apresentar e não se debate sobre como, tivemos hoje um painel sobre

telecomunicações, sobre energia, sobre alimentação, sobre infra-estrutura. Estes temas não são objetos de seminário neste país, não são objeto dos advogados e juristas não se debruçam sobre ele. Então, o que temos aqui agora? Nós temos uma atividade em que se verifique que as autoridades estão cumprindo o seu papel, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é extremamente avançado, complexo, ele é sofisticado, cumpre o seu papel. A sociedade não está retribuindo a isso o que gera uma certa incerteza, e o que gera um prejuízo para a própria coletividade porque é inaceitável que as autoridades sejam tidas como tutoras da coletividade e cumpre a sociedade estabelecer via noticiário, via debate, via doutrina, via seminário, os limites desta e permitir uma contribuição para o sistema, o sentido de que eles possam refletir sobre aquilo que decidam e não simplesmente falem entre si dia após dia; e nós sabemos que quando fazemos um texto, lemos esse texto, acabamos cometendo sempre os mesmos erros. Não há uma contribuição maior da sociedade no sentido de tornar eficaz a legislação de defesa da concorrência, com debates sobre o mérito dessas questões.

Então veja bem, não se discute por exemplo; será que está certo ou aquela definição de mercado relevante em termos de economia; será que o guideline que foi publicado pela SEAE está correto, como por exemplo a dar uma tendência maior, uma hiper segmentação do mercado; será que isto não cria em determinados casos o que eu chamo de realidades virtuais em que se estabelecem e que se permitem como o doutor Mori mencionou, uma intervenção do Estado dirigista (pausa).

Debates

François Souty: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Sônia Marques Döbler: Obrigada. Tem uma pergunta aqui, para o doutor Juan Rivière, da Cristiane Zarzur. Ela diz o seguinte: que os acordos de cooperação entre agências antitrust internacionais são indubitavelmente úteis para intercâmbios de informações e experiências e para cooperação de mercados e setores econômicos onde fusões e aquisições ocorrem a nível mundial. Como o senhor vê sobre essa questão a possibilidade ou risco de aplicação indistinta de teses econômicas e ou soluções compensatórias a possíveis efeitos anticoncorrenciais em situações e economias muitas vezes estruturalmente distintas, como por exemplo economias maduras dos Estados Unidos e economias em desenvolvimento de países ditos como emergentes, com o Brasil.

Juan Antonio Rivière:

Eu creio que comissão Européia tem um pequena experiência. Tem um acordo com os Estados Unidos em matéria de concorrência e agora também com o Canada. No fundo a relação bilateral se desenvolveu pela necessidade de se Ter uma coerência de políticas de concorrência. O objetivo fundamental é aplicar os mesmos princípios ainda que tenhamos legislações que divergem. E isto dentro do espírito das recomendações da OCDE que já prevê a colaboração. O grande risco é saber se nos daremos bem ou não. Não temos experiência todavia em cooperar com o Brasil. Cooperamos informalmente com o Brasil. Acabamos de negociar um mecanismo, um marco de cooperação com o México. Creio que são dois temas distintos falar em economias industriais onde normalmente a situação industrial é semelhante ou falar de economias que têm uma organização distinta, desenvolvimento diferenciado. O tema de nossa relação informal com as agências da América Latina, percebemos que o único que podemos fazer é apoiar o processo de organização do marco legislativo e da política das agências. Não serve de nada querer vender nossa experiência por que a experiência tem que ser realizada a nível nacional. O Brasil tem uma experiência legislativa que permite maior análise das eficiências da operação do que nós. A conclusão que se pode chegar no Brasil tem outra perspectiva. Trata-se apenas de colaborar na medida do possível.

Os compromisso que se podem chegar em caso de cooperação, embora não haja um marco de cooperação depende da operação concreta. Normalmente a troca de informação sobre um caso é facilitada se as empresa aceitam que as agência possam intercambiar as informações que a ela são submetidas. Mas o problema de intercâmbio de informação confidencial que é onde está realmente a informação no momento não está solucionado. Nós ainda não solucionamos a questão de intercâmbio de informação entre a Comissão Européia e as Autoridades de Concorrência dos Estados membros. Com mais razão ainda não solucionamos com os Estados Unidos. Isto não quer dizer que não reflitamos sobre o ponto crítico do Dr. Franceschini que é em que medida não estamos andando em círculos. (...)

Sônia Marques Döbler: Eu tenho sobre a mesa mais quatro perguntas e dois candidatos a perguntas orais. Então, eu pediria as pessoas que ao responderem façam uma breve resposta para que possamos atender a todos que perguntaram. Tem, o doutor Pedro Dutra, candidato a uma pergunta oral, por favor.

Pedro Dutra: A pergunta é dirigida à professora Farina e espero que seja de mérito, se não for o doutor Franceschini pode vetá-la.

A professor Farina, fez uma bela exposição sobre política industrial inclusive referindo a algumas ações que no entender dela seria positivas se

fossem tomadas. Uma das conquistas da nova condição é submeter a ordem econômica ao princípio da lei. Quer dizer, toda e qualquer intervenção estatal na ordem econômica, inclusive e sobretudo especificamente a de planejamento só pode se dar na forma da lei. Como a senhora vê uma ação de política industrial, o poder executivo é que deve conduzi-la ou deve ser submetida ao parlamento para se tornar lei?

Elizabeth Farina: Eu acho que política industrial é uma política bem de governo que quem está lá representando foi eleito tem alguma, tem que ter alguma liberdade de adotar essa política industrial, e tem lá os seus órgãos executivos para fazê-lo. Eu não sei qual é a extensão, essas coisas muito de bate e pronto aqui, eu sempre fico me perguntando o que é que ele estava querendo me perguntar, quando você faz as perguntas. Então, eu diria o seguinte; política industrial tem a ver com uma política de governo que tem uma proposta, deveria ter, bem definida de quais são os rumos, os objetivos, a direção que o governo quer tomar...

Sônia Marques Döbler: então, passamos a outra pergunta.

Eu vou fazer uma pergunta agora ao doutor Franceschini, feita por Aurélio Marchini Santos. O momento de realização dos atos de concentração continua sendo objeto de questionamentos, especialmente diante das expressões: primeiro documento vinculativo e alteração nas relações de concorrência introduzidas pela resolução número 15/98 do CADE. Como podem ser interpretadas tais expressões em face do artigo 54 da lei 8884/94 do qual a resolução número 15/98 seria regulamentação?

José Inácio Gonzaga Franceschini: É, quem mandou provocar. Veja, essa é uma questão como diz, daquelas preliminares e que realmente tem que ser objeto de seminário, porque ninguém sabe o que é. O que eu recebo é todo o tipo de indagação, especialmente do exterior e a resposta que eu recebo, depois de uma vasta explicação é assim; eu não entendo mais nada e cada advogado diz uma coisa. Então, o resultado disto é que nós temos uma resolução número quinze que veio para regulamentar o artigo 54 e na realidade com todo o respeito merece revisão, porque ela só causou mais dúvidas e mais incertezas do que soluções. Nós podemos ver que desde a sua edição, desde a sua publicação, o volume de casos e de julgamentos por intempestividade por exemplo, houve um incremento de produtividade realmente notável e que antes não existia. Eu tenho na minha própria experiência profissional que antes da regulamentação, praticamente, virtualmente nenhum cliente nosso sofria desse problema; depois da regulamentação para a interpretação que ele fazia da própria regulamentação e dou consulta aos colegas, vários deles passaram a ter esse tipo de problema. Isto porquê, porque a regulamentação, a resolução número cinco e aí fica uma

sugestão para refletir sobre a possibilidade de uma revisão, ele embute dois conceitos díspares, um jurídico objetivo, direto, primeiro documento vinculativo, pode haver alguma dúvida mas qualquer advogado pode argumentar que é o mesmo documento vinculativo, e segundo um documento de incerteza que é ou outro momento, deixa eu ler aqui... ou outro momento em que houver algum impacto no mercado, muito bem um momento diverso. Na realidade isso surgiu, se pensou que fosse um outro momento posterior ao primeiro documento vinculativo, nunca anterior ao primeiro documento vinculativo e o que quê hoje se interpreta a exceção como sendo uma data até ao próprio documento vinculativo, até anterior a ele, o que resulta em muitos casos, o que tem trazido problemas enormes nessas fusões ou incorporações internacionais, porque muitas vezes disso no exterior existe a Premerger-Regulation, a Premerger-Notification, etc., o que significa na maioria dos casos que a apresentação da notificação no Brasil é anterior a Premerger-Notification no exterior, o que significa que essas empresas sequer tem condições de apresentar essas informações ao CADE, fazem-no de uma forma atabalhoada e muitas vezes são aí punidas por intempestividade, enganosidade ou o que quer que seja. Então, fica uma reflexão que norma legal que gera punição tem que ser objetiva, única, não sujeita a um a controvérsia e cabe a jurisprudência sanar as eventuais arestas. Então, se não gostam de um primeiro documento vinculativo escolham outro, mas com uma definição jurídica, uma definição específica e clara, não sujeitas as incertezas, porque as expressões de cunho econômico tem por própria natureza que ser flexíveis, porque são normas circunstâncias. Qual é o momento do impacto desta operação no mercado? Cada um vai ter uma idéia, a empresa pensa uma coisa, o CADE pensa outra, o advogado pensa uma terceira e o resultado, aquilo que era eventualmente cogitado para ampliar o prazo, reduz, diminui e as vezes pune as empresas que se quer estão habilitadas em nível internacional a apresentar a sua documentação em termos compatíveis com uma análise adequada.

(...)

Sônia Marques Döbler: Obrigada a todos. Os nossos trabalhos dessa manhã estão encerrados e a pedidos do pessoal de apoio, estaremos voltando as 13:30 e não às 14:00 hs para a sessão da tarde. Obrigada. **(final do painel).**

SISTEMA BRASILEIRO DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO -

Política industrial e política da concorrência

AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

CADE, SDE, SEAE - COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES

Coordenador: Ubiratan Mattos

Antes de dar início a este último painel eu gostaria de fazer alguns agradecimentos e avisos, registrando que a presença dos Srs. e Sras. constitui um recorde de público e de prestígio. Para nós do IBRAC é um tento, um motivo de muita satisfação e nós ficamos muito honrados com isso.

Ainda em agradecimento não poderia deixar de mencionar, as pessoas que mais diretamente colaboraram para o sucesso deste evento na parte operacional; e aí eu menciono as nossas meninas Arlete, Priscila, Cláudia, Janaína, Dione e a Dora, além das tradutoras Lúcia Helena e Magnólia, além, evidentemente, do nosso secretário executivo José Carlos Busto; a vocês que tanto trabalharam para a realização deste evento, o nosso muito obrigado.

Ainda na parte introdutória e agora já nos avisos, vocês tem sobre a mesa um questionário de avaliação, que gostaríamos fossem preenchidos para que nós possamos fazer depois a nossa avaliação sobre o que foi este seminário; e devo também avisar que na saída estarão disponíveis e assinados os diplomas de participação de cada um de vocês; é só retirar com as meninas do lado de fora da sala.

Começando pela apresentação da nossa mesa, que a rigor seria dispensável, temos o Dr. Cláudio Considera, ilustre Secretário de Acompanhamento Econômico, o Dr. Pedro Dutra, o Dr. Carlos Francisco de Magalhães, Presidente do Conselho Deliberativo do IBRAC, a Dra. Marta Calmon Leme, do Ministério de Desenvolvimento Indústria e Comércio - DECOM, o Dr. Gesner de Oliveira, Ilustre Presidente do CADE, o Dr. Paulo de Tarso, Ilustre Secretário de Direito Econômico e o Dr. Carlos Ary Sundfeld, Professor de Direito Administrativo da PUC.

Para nós, a importância deste evento é medida na extensão da colaboração que o IBRAC vem prestando e continuará prestando para o desenvolvimento da defesa da concorrência. Nós tivemos alguns meses atrás um debate sobre a Portaria 39 da SEAE, e, como resultado desse debate, o Dr. Cláudio Considera nos trás uma minuta de uma nova portaria que, ouvindo os apelos do IBRAC, acelera o exame dos atos de concentração submetidos àquela Secretaria. É uma portaria que o Dr. Considera nos trás em forma de

minuta e que será colocada na página da Web para debate público. Também estaremos realizando um workshop em São Paulo, no dia 23, na Faculdade de Direito, às 9:00 hs da manhã, para debatermos com o Dr. Considera esta nova minuta.

A iniciativa do Dr. Considera, e foi dele essa iniciativa, merece o nosso aplauso; merece o nosso reconhecimento pela transparência com que esse assunto vem sendo conduzido, no intuito de melhor facilitar o exame dos atos de concentração. Ainda como iniciativa do Dr. Considera, nós estaremos assinando agora um convênio de cooperação técnico-científica com a Secretaria de Acompanhamento Econômico; é um convênio celebrado entre o IBRAC e a SEAE pelo qual o IBRAC, um instituto de recursos financeiros, mas rico em inteligência e em vontade de colaborar com as agências, se coloca à disposição da SEAE para discutir, debater, colaborar e prestar auxílio nas questões da concorrência. Eu passo o convênio ao Dr. Considera para que inicie as assinaturas (pausa para assinaturas).

Dr. Considera, muito obrigado pela confiança depositada no IBRAC e pela responsabilidade que o senhor nos atribui com este convênio.

No mesmo sentido, estamos assinando também um convênio de cooperação técnico- científica com a Secretaria de Direito Econômico, na pessoa do doutor Paulo de Tarso, o que igualmente muito nos lisonjeia e nos honra (pausa para assinaturas).

Por último, e não menos importante, aliás motivo de enorme satisfação, especialmente para advogados, eu quero ler uma declaração conjunta assinada pelo CADE e pelo IBRAC que diz o seguinte: “Declaração Conjunta - Consoante compromisso assumido em 15 de setembro de 1999, por ocasião da sessão simbólica de instalação da nova sede do CADE, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, neste ato representados pelos seus Presidentes, os Drs. Gesner Oliveira e Ubiratan Mattos, comprometem-se a instalar, organizar e manter em bom estado de uso e conservação na nova sede do CADE situada no setor comercial, local norte, quadra 02, projeção C, em Brasília-DF a SALA DO ADVOGADO, no intuito de assegurar ao profissional do direito, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas ao seu desempenho, conforme preceitua a lei 8906/94 em seu artigo 7º parágrafo 4º. Campos do Jordão, 06 de novembro de 1999”.

Dr. Gesner Oliveira, muito obrigado por essa enorme deferência e confiança.

Gesner Oliveira: O Conselho é que agradece senhor presidente e na verdade embora tenha gerado um pouco de constrangimento junto aos

economistas, nada poderia ser mais justo e necessário do que a sala do advogado.

Ubiratan Mattos: Os economistas serão sempre nossos queridos convidados na sala do IBRAC em Brasília.

Gesner Oliveira: É um compromisso.

Ubiratan Mattos: Superada a fase de avisos, agradecimentos e solenidades, vamos entrar na discussão deste painel e devo avisar que nós cumpriremos os horários, no sentido de privilegiar o debate e conseguir terminar exatamente às 17:00 horas, por questões de necessidade de viagem de vários dos que estão aqui.

Eu começaria fazendo uma lembrança sobre o motivo de nós colocarmos numa mesma mesa a liderança ou as lideranças das três agências. Nós, praticantes dessa atividade, economistas e advogados, temos sentido no dia-a-dia algumas dificuldades que começam pela própria estrutura dada pela lei ao sistema brasileiro da concorrência, Mas nossa consciência de que se a lei existe ou revoga-se a lei ou aprende-se a conviver com ela, e especialmente neste momento em que existem tantas idéias a respeito de possíveis alterações. Eu acho que nós precisamos começar a aprender a conviver com a lei que nós temos. E conviver com a lei significa, especialmente, aprender a conviver com as três agências, e estas passarem a atuar de uma maneira mais harmônica e coordenada.

Nós sentimos essa dificuldade em várias fases do processo, seja pela repetição da instrução, seja pelas divergências de opinião a respeito de conceitos, por uma série de razões. Aquilo que o Dr. Franceschini falava hoje pela manhã, das questões menores, nós precisamos sim debater as questões menores, porque as questões menores tem resultado em sanções maiores e muito significativas. E isso para nós é uma grande responsabilidade, na condição não só de praticantes do direito, mas também como representantes dos administrados. Nós ficamos em situações as vezes muito delicadas para explicar ao cliente, investidor ou empresário, como o sistema funciona no Brasil, na parte especialmente procedimental..

Então, a intenção de reunir aqui as lideranças das três agências é realmente permitir esse debate franco e aberto com o qual iniciamos este painel, buscando alternativas para, dentro da lei que nós temos, poder obter uma segurança jurídica maior. Um exemplo: a atual gestão do CADE mudou, e mudou para melhor, jurisprudência antiga do Plenário; eu me recordo que antigamente prevalecia o entendimento de que as eficiências eram condição para aprovação do ato de concentração; isso hoje felizmente está superado; foi uma boa mudança, mas também é sintomático que nós não podemos ter a cada legislatura uma jurisprudência diferente. O CADE como instituição prossegue

e precisa ter uma jurisprudência uniforme, constante e consistente. Então, esses gargalos que sufocam não só o administrado mas especialmente a administração, nós precisamos discutir diariamente a cada oportunidade e a cada seminário. Felizmente, nós temos tido a oportunidade de contar com a receptividade das autoridades da concorrência para debater essas questões com franqueza e com transparência. É com esses comentários que eu passo a palavra ao doutor Carlos Ary Sundfeld, professor de Direito da PUC.

Carlos Ary Sundfeld

Senhor presidente, Dr. Ubiratan Mattos, eu queria ao cumprimentá-lo saudar toda a mesa, a toda ilustre mesa, ao auditório onde encontro tantos amigos, colegas, incluindo alunos e ex-alunos, agradecer o convite e dizer que me sinto muito honrado de participar deste evento, até porque eu tenho a honra de presidir a Sociedade Brasileira de Direito Público, que tem se preocupado enormemente em criar, do ponto de vista jurídico, um programa sério e consistente de estudo da regulação; e obviamente quem se preocupa com isso tem que considerar as relações tão sérias e profundas entre o direito da regulação e o direito da concorrência. De maneira que eu levo daqui não apenas a satisfação de poder ter vindo a Campos do Jordão encontrá-los, ter vindo com a minha família que está ali atrás me assistindo e de poder começar a estabelecer relações entre a Sociedade Brasileira de Direito Público e o IBRAC.

Mas, o tempo é curto e eu sei que os senhores estão interessados evidentemente em ouvir os expositores que me seguem e a mim coube a tarefa que não é fácil de mantê-los acordados nesse primeiro período, já que o almoço acaba de terminar. E eu sei que todos estão num estado propício para a meditação profunda e eu gostaria de fazê-los meditar, mas não tão profundamente. De modo que eu faço uma exposição leve e não tão profunda quanto eu poderia fazer em outro horário do dia.

A minha preocupação é tentar estabelecer uma ligação entre as agências reguladoras e quando se está falando atualmente no direito brasileiro em agências reguladoras, imediatamente se está pensando, se vem pensando muito, na Anatel, se vem pensando na Anel, se vem pensando na ALP e agora mais recentemente em outras agências que foram criadas no âmbito federal com o espectro um pouco diferenciado e que se encaixam em parte no modelo que vinha sendo feito e nas missões que vinham sendo atribuídas às agências e em outra parte se peculiarizam muito, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e coisas assim.

Há uma certa moda no nome Agência Reguladora; há uma certa moda até no nome agência no Brasil e do ponto de vista jurídico isso nos causa uma certa perplexidade. Nós do mundo jurídico temos um certo espanto para com a novidade, todos temos, novidade é para espanto mesmo, mas o espanto para novidade no âmbito jurídico é um espanto um pouco mais profundo, quer dizer, não é um espanto de admiração e de satisfação, mas é um espanto de resistência; e as agências reguladoras geram para a mentalidade jurídica resistência. É inevitável que haja um certo conflito, uma demora na compatibilização entre as nossas noções de direito e as novas noções que são necessárias e que devem se assentar, que precisam ser construídas para que nós compreendamos a função e o papel das agências reguladoras.

É uma tarefa enorme entender o que são essas agências reguladoras, porque nós podemos vê-las por diferentes prismas e nós evidentemente corremos o risco de diante do afundamento do Titanic e assistindo a cena e parando a cena e pedindo a alguém que descreve o que se viu, alguém dizer; eu ouvi um grito. Quer dizer, nós tomarmos a nossa atenção para um aspecto que não é secundário, porque um grito nessa situação não é secundário, mas de qualquer modo não é capaz de captar as relações profundas ou explicar profundamente o que está acontecendo.

Pois bem, falar em agências reguladoras, tentar explicar o que é agência reguladora é antes de mais nada tentar explicar o que é regulação e isso não é fácil em Direito. Há um sentido óbvio na expressão, que para nós do mundo jurídico não causa lá um grande impacto. Regular é disciplinar; ora, o Direito nada mais faz do que disciplinar, então que novidade há na regulação? Regulação é disciplinamento em Direito e Disciplina, então não há nada novo. Mas a expressão regulação ela vem sendo usada mais modernamente no Direito ou ela assume... (pausa.) para garantir o monopólio, para fechar a competição. Cria-se a Anatel para criar a competição; o objetivo da introdução da Anatel, não foi o único, mas o objetivo da criação da Anatel é implantar um novo modelo de exploração do serviço de telecomunicação que é o modelo competitivo; a mesma coisa no setor elétrico, a mesma coisa no setor de petróleo. É fazer com que haja alguém com força suficiente para impor um modelo competitivo onde há monopólio, monopólio estatal basicamente. Bom, os desafios aqui são gigantescos; em primeiro lugar é preciso desenhar qual é a estrutura para a desestatização das empresas federais, porque aqui não é apenas coibir comportamentos anticoncorrenciais de agentes privados pré-existentes. Não! Aqui se trata de destruir uma máquina pública de exploração de serviços para substituí-la por uma exploração privada dos serviços; quer dizer, transferir para a iniciativa privada os serviços de telecomunicações, o serviço elétrico e a par disso, ao mesmo tempo, introduzir a competição. Quer dizer, trazer

novas empresas para competir. Há um desafio de criação da estrutura; alguém tem que dizer qual é a estrutura nova, por exemplo no campo das telecomunicações; o plano geral de outorgas aprovado pelo Presidente da República estabeleceu uma estrutura, essa estrutura deve vigorar por um período até que a estrutura mude, um período curto; a partir de então se implantará a competição total.

Vejam que eu dou este exemplo apenas para mencionar o fato de que há uma norma. O Poder Executivo é que define a estrutura do mercado para a introdução da competição e nós temos uma agência reguladora que está lá para fazer realidade a esta norma e ela vem procurando fazer com as dificuldades que evidentemente existem; e ao lado disso nós temos as agências incumbidas da proteção da concorrência e que evidentemente têm que cumprir um papel em todos os momentos desta imensa evolução, em todos os momentos. Claro que, o papel dessas agências crescerá no tempo, tende a aumentar no tempo na medida em que se tenha passado esta fase de definição da própria estrutura; estrutura de quê? de transferências das empresas estatais para o setor privado.

Bom, evidentemente os senhores se sentem angustiados imaginando que eu possa me entusiasmar por continuar falando aqui eternamente. Eu me sinto profundamente angustiado pela circunstância de que eu tenho que acabar agora de falar e eu tenho evidentemente necessidade de falar muito, para que a minha participação adquira um ar de certa profundidade, de mínima profundidade; mas aí eu corro vários riscos. Um é de ser cassado a minha palavra; a segunda é de perder a vantagem que eu tive nesse primeiro momento, uma audiência atenta e acordada. Muito obrigado.

Ubiratan Mattos: Dr. Ary, muito obrigado, brilhante palestra, o que já nos leva a cogitar de realizar um evento específico sobre esse tema tão fascinante com o qual nós devemos nos preocupar e bastante. Com isso eu passo a palavra ao Dr. Cláudio Considera.

Cláudio Considera

Bom, agradeço a oportunidade de mais uma vez vir discutir com os membros do IBRAC as questões relativas da concorrência. Não é a primeira vez, já fizemos vários encontros, mas não com uma platéia tão ampla quanto a de hoje.

Nós conversávamos a pouco ali fora no intervalo de café, de uma frase do Mauá no filme “O Imperador e o Rei”, em que ele dizia que acreditava no livre mercado. Eu vou buscar fazer a minha interferência nessa mesa em torno dessa questão, do que quê nós acreditamos enquanto atuação

da Secretaria de Acompanhamento Econômico na área da concorrência e começar afirmando que essa crença do Mauá, dita há mais de cem anos, ela hoje tem a vantagem de ser fundamentada, não apenas pela história, mas também pela teoria, pelos desenvolvimentos teóricos que ocorreram ao longo dos mais de duzentos anos que a teoria econômica tem.

Então, eu parto da afirmação de que mercados livres e economias competitivas são uma condição necessária para o desenvolvimento econômico e sustentável a longo prazo. Os consumidores dessa forma vão dispor de uma maior quantidade de bens, a preços mais baratos, uma diversidade bem maior de bens do que numa economia não competitiva. Por outro lado, as empresas vão estar estimuladas a aumentar a sua produtividade, a oferecer maior número de produtos a preços mais baratos para garantir a sua participação no mercado e garantir os seus lucros. O resultado dessa combinação vai ser um crescimento econômico com mais emprego, melhores salários e uma melhor distribuição de renda.

Num período recente, e isso vem se desenvolvendo já há bastante tempo dessa forma, há uma grande tendência, há uma concentração do capital, uma grande concentração da produção, de tal forma que essa concentração da produção trás a possibilidade de que essas empresas aumentem o seu poder de mercado, a possibilidade que se diferencie de forma mais ampla os preços dos custos de produção e facilita também as práticas anticoncorrenciais.

A despeito dessa questão, uma concentração muito elevada não é por si só prejudicial à competição, desde que, desde que as empresas não possam exercer o poder de mercado que elas passam a ter por conta desse aumento de concentração. Para que isso não ocorra, então, é necessário que as barreiras a entradas de novas firmas sejam baixas, é necessário que o mercado possa ser contestado por importações ou ainda que outras empresas de porte estejam presentes no mercado e possa efetivamente haver rivalidade entre elas. Nestes casos, os benefícios da redução de custos quando não há então barreiras a entrada ou quando é possível haver importação, ou quando há as rivalidades, os benefícios da redução do custo derivados de uma economia de escala proveniente de uma maior concentração, vão poder ser então repassados ao consumidor, ou ainda o adicional de lucros na redução de custos poderiam no médio e no longo prazo beneficiar a sociedade através de novos investimentos que os produtores poderiam realizaram, gerando dessa forma mais emprego e mais renda na economia.

As condutas anti-concorrenciais, por sua vez, não participam desse tipo de benefício; elas são sempre prejudiciais à sociedade, pois elas de fato eliminam os benefícios da concentração ao praticarem preços mais elevados

sem o benefício de transferir esses benefícios, do maior poder de mercado para os consumidores.

O Brasil, ao longo da década de 80, sofreu, padeceu, dos efeitos de um modelo de crescimento econômico, que era baseado fundamentalmente na intervenção estatal; um modelo que se esgota ao final da década de 70 e ao longo da década de 80, e que ao final dos anos 80 e durante esta década, foi ao pouco se transformando. O Estado, aos poucos, deixou de ser um agente de intervenção na economia e procurou na verdade dar vários passos para garantir o funcionamento do mercado competitivo. De que forma, que passos foram esses? A liberalização da economia com praticamente a extinção do controle de preços, o que restam são alguns produtos que em breve vão estar fora também do controle de preços, e restam também evidentemente aqueles produtos ou serviços anteriormente que eram serviços públicos e que agora são, como mencionados pelo doutor Ary, regulados por contratos através das agências reguladoras. Fez-se também a liberalização do comércio internacional, reduzindo tarifas, terminando com barreiras não tarifárias e também a própria implantação do Mercosul pode ser vista como uma maior possibilidade de participação da economia brasileira no mercado internacional. Também privatizou-se várias empresas, e também promoveu-se a estabilização, que passou a ser de fato um bem essencial para a sociedade.

O governo passou a ter a partir daí, como ação principal na área dos negócios propriamente dito, o papel de promover as condições para o funcionamento do mercado; ao invés de estar agora no mercado competitivo, ao invés de estar agora intervindo nesse mercado através dos negócios de forma direta como o fazia anteriormente. Regular o mercado ou garantir o funcionamento do mercado, do livre mercado, é uma forma de contribuir para o desenvolvimento econômico; isso se pode fazer através do controle preventivo dos atos de concentração, que vai garantir que os efeitos positivos superem os efeitos negativos daquele ato, e pode também atuar através da eliminação de cartéis, na medida em que a eliminação de cartéis melhora a utilização dos recursos produtivos e favorecem uma melhor distribuição da renda.

A ação da Secretaria nessa área tem se feito através desses dois tipos de ação mencionados anteriormente; e nós procuramos fazer isso desde o início do ano quando assumimos a Secretaria, de várias maneiras. A Portaria 39 a pouco ressaltada, que chama a atenção para o que divulga e coloca em efetividade um guia para análise dos atos de concentração, procura na verdade padronizar essa análise dos atos de concentração, procura dar consistência a essa análise e de certa forma também uma maior transparência e de como essa análise é feita. A Portaria de multas e a Portaria de investigação, de fato

permitted à Secretaria ampliar o seu poder de investigação no que diz respeito às condutas anticoncorrenciais.

Nós estamos preparando atualmente um guia para análise de condutas verticais, acordos de exclusividade, restrição territorial, etc e além disso fizemos ao longo desse período a solicitação de abertura de processos administrativos para a eliminação de cartéis, como os de alumínio, os de jornais, os de movimentação de cartéis nos portos. Pedimos também a abertura de vários processos administrativos por prática de abuso de preços e estamos preparando várias, em fase de investigação, solicitações para abertura de processos administrativos e também no caso de outros cartéis que estão atualmente sob investigação. Além disso, examinamos ao longo deste ano já cerca de duzentos atos de concentração.

O que eu estou procurando chamar a atenção com isso é que a ação hoje em dia do Governo, é muito mais de ter uma política antitrust ao invés do intervencionismo estatal que anteriormente predominava. Esse intervencionismo estatal, ele levou a uma herança em termos de distribuição de renda e concentração de renda nesse país bastante ruim e nós acreditamos que uma política em que o mercado funcione, que seja capaz de alocar eficientemente os seus recursos, poderá trazer uma melhor situação.

Eu gostaria, em função da palestra do doutor Ary, mencionar a questão das agências reguladoras, em que diversas formas elas podem ser. As ações dessas agências reguladoras podem ir na verdade contra a intenção de se ter uma política concorrencial, como podemos citar no caso das empresas aéreas, em que fizemos um esforço bastante grande de desregulamentação no período recente, de forma a poder liberar preços das empresas aéreas; e a resistência em se abandonar a forma de regulação que tem hoje, que de fato impede que haja competição entre essas empresas aéreas, provocou de certa forma o adiamento da entrada em operação de uma medida que permite se ter uma efetiva competição entre as empresas aéreas.

Bom, o que eu procurei fazer é tentar chamar a atenção de qual é o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômico dentro do sistema brasileiro de defesa da concorrência, chamando a atenção de qual a idéia de se ter um Ministério da Fazenda, através da Secretaria de Acompanhamento Econômico, como um dos braços da defesa da concorrência, mostrando então que a questão da concorrência e do desenvolvimento econômico estão intimamente associados e ao Ministério da Fazenda cabe essa função de garantir que se tenha um desenvolvimento econômico com maior equidade.

Acerca do desenho do sistema sob o que eu estaria também incumbido de falar, eu gostaria de salientar a questão maior que é o problema da adequação ou não na forma como esse sistema está hoje desenhado. Nós

temos uma Secretaria de Acompanhamento Econômico que busca estar informando o processo sobre o ponto de vista econômico; temos uma Secretaria de Direito Econômico que está incumbida de fazer a instrução do processo sobre o ponto de vista jurídico; e temos um tribunal que é o CADE. Muitas vezes essas coisas não funcionam da forma, vamos dizer, mais adequada, mais eficiente. Eu não acredito que a junção desses três órgãos num único venha a trazer qualquer benefício para um exame mais rápido dessas questões. Acredito que, a independência das ações tanto do Ministério da Justiça quanto do Ministério da Fazenda são bastante importantes, ainda mais que haja uma independência também do Tribunal em relação aos dois órgãos, que são instrutores dos processos tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista jurídico.

Talvez o que tenhamos a pensar em termos da evolução dos trabalhos dessas três áreas, seria uma melhor especificação das ações de cada um desses órgãos e também de como se poderia proceder uma maior integração ao trabalho desses três órgãos. O que temos procurado fazer, ao longo do nosso trabalho, é procurado travar discussões tanto com o SDE, quanto com o CADE em torno de alguns processos que são, alguns atos de concentração ou processos de cartel, que são mais importantes, chamam mais a atenção, têm maiores impactos sobre a economia. Evidentemente a institucionalização disso seria alguma coisa bastante importante, mas me parece que é alguma coisa que terá que ser aos poucos construída. Agradeço a atenção dos senhores.

Ubiratan Mattos: Muito obrigado ao Dr. Considera, e já passamos a palavra ao Dr. Paulo de Tarso, Secretário de Direito Econômico.

Paulo de Tarso

Bom, boa tarde a todos. Eu gostaria de cumprimentar o presidente do IBRAC, o Dr. Ubiratan, bem como todos os demais integrantes da mesa e a platéia seleta à qual me dirijo. Eu gostaria também em nome do Ministro José Carlos Dias, manifestar Dr. Ubiratan, o seu cumprimento e ele me pediu que o fizesse expressamente ao IBRAC, já que por razões de agenda ele não pode comparecer ao encontro. Ao mesmo tempo gostaria de parabenizar o IBRAC. É a primeira vez que venho a um encontro dessa natureza e penso que a interlocução que o IBRAC propícia entre o governo e a sociedade civil é algo bastante louvável em todas as formas. E por isso mesmo eu gostaria de certa maneira, já que estamos num ambiente por assim dizer de estudos, num ambiente acadêmico quase, procurar na reflexão que vou tentar colocar para os senhores num tempo relativamente curto; eu acho que a máxima ser breve

agrada e deve ser sempre observada; eu gostaria na medida do possível que a minha reflexão fosse entendida muito menos como uma reflexão com a roupagem institucional da Secretaria e muito mais a reflexão de alguém interessado no aperfeiçoamento do sistema tanto quanto os senhores. Posso com isso me ver livre daquilo que já se chamou em algumas ocasiões “a liturgia do cargo” e que na verdade me parece, retrata uma oposição entre o formalismo e a racionalidade material que penso deva presidir a nossa reflexão.

Acho também que essa nova abertura para refletirmos em torno do sistema brasileiro de defesa da concorrência, ela é saudável e é também recente sob vários ângulos. Quer dizer, recentemente estive em Washington onde pude ouvir do John Klain e de diversos países, eram 26 países, o testemunho do quão recente é esse tema da estruturação dos órgãos de defesa da concorrência, com exceção obviamente dos Estados Unidos que tem uma tradição centenária. Mas em qualquer hipótese o que se pode constatar é que há de fato há um estágio embrionário em torno dessa meditação e que há por isso mesmo a necessidade de ampliação do diálogo, de modo que nós possamos ter não propriamente uma relação dialética, no sentido Hegueliano, mas uma relação dialógica num sentido de um diálogo intenso entre o governo e as diversas agências, a sociedade de uma maneira geral. Eu penso que talvez para um diagnóstico relativamente rápido do sistema, nós poderíamos tentar imaginar que o sistema pudesse operar como uma *black box*, como uma espécie de caixa preta onde você teria as demandas da sociedade em volta desse sistema, marcada por uma grande complexidade, uma complexidade que no caso brasileiro se traduz não apenas pelo fenômeno da concorrência em si, como também pelo fato de estarmos numa sociedade fracamente integrada com desníveis sociais muito fortes, num processo de ajuste econômico, de estabilidade, de busca da estabilidade e que, portanto, tem necessidade a um só tempo de ter uma política da concorrência, enquanto um _____ return model e também uma atuação na defesa da concorrência, enquanto que os americanos também chamam de _____ e que eu acho que é muito adequado ao estado brasileiro. Nós não podemos desconhecer que vivemos numa sociedade, e eu ainda estou no entorno do sistema, onde os contratos por assim dizer não são observados. De certa maneira o próprio governo por diversas vezes rompe os contratos e a história brasileira recente de planos econômicos, de ajuste da economia, é uma história por exemplo. No âmbito do Judiciário, de discussão em torno da prevalência dos pactos de direito privado em relação aos pactos de direito público, uma sociedade que não conhece o contrato tem dificuldades para se estruturar adequadamente na defesa de um tema como esse que é o tema da concorrência.

Bom, dado portanto esse cenário de complexidade social, eu tentaria dizer aos senhores que as dificuldades que envolvem o sistema de defesa da concorrência não são tanto pela definição da sua missão, que me parece relativamente óbvia, quanto sobretudo pela lógica funcional que o sistema tem adotado. Existe a meu ver um falso diálogo, um falso debate entre a tecnicidade do juízo baseado na lei e aquele que seria um juízo conspurcado, vamos dizer assim, pela interferência política e decisória no processo. Então, se costuma dizer que a necessidade de um órgão técnico é exatamente a necessidade que se tem de não deixar que este órgão venha a sofrer injunções políticas na sua decisão, o que me parece extremamente correto.

No limite todavia, é preciso reconhecer que a idéia de um órgão social político governamental imune a todo e qualquer tipo de injunção política é um ideal liberal, utópico no sentido pejorativo da expressão. Por outro lado, a politização da defesa da concorrência mediante uma ação tópica preceptoria, muitas vezes uma ação marcada por um viés político-ideológico partidário, também me parece algo que não deva ser admitido. E evidentemente me parece que essa discussão é uma falsa discussão, na medida em que reconheçamos, em primeiro lugar, a necessidade desse contrato no sentido amplo, que é usado por um economista chamado James _____ e vou usar a expressão, não sei se é Bilrem... não conheço, mas é conhecido de todos os economistas e que é a idéia de um contrato no sentido de fato muito mais amplo e mais economicamente fundado do que por exemplo da tradição Rousseauniana. Mas, para voltar ao pensamento eu diria que se de um lado é preciso não politizar as decisões, de outro lado é preciso também não imaginar que pura e simplesmente o fato de estarmos com um organismo governamental marcado por um mandato por exemplo, nós possamos de alguma maneira estar imunes a injunção política. Esse me parece um dado importante que deve ser considerado.

O funcionamento do sistema portanto, por vezes apresenta o que nós poderíamos chamar de um descompasso estrutural entre as expectativas da sociedade e a prolação de decisões. Quer dizer, eu acho mesmo que existem dois problemas no funcionamento do sistema; o primeiro este, do atendimento na prolação de decisões as expectativas da sociedade e de uma sociedade complexa; e o segundo, a lógica meio e fim que preside o sistema e que leva os senhores por exemplo a dizer que a tramitação processual por vezes é repetida, por vezes é dobrada, a instrução é por isso mesmo aquilo que nós poderíamos chamar a entropia do sistema.

Não me parece portanto que qualquer diagnóstico relativamente a esses problemas possa ser feito senão a partir de dois ângulos. O primeiro deles seria o não oferecimento de respostas a sociedade por uma inadequação

estrutural. Esse me parece um ponto que deve ser objeto de reflexão. De fato, a funcionalidade da estrutura comprometem as decisões do sistema? Eu acho que essa é a pergunta fundamental que deve ser feita; e um segundo aspecto é o não oferecimento de respostas à sociedade ou de decisões erradas ou de decisões insuficientes, decorrentes de um quadro de subinvestimento institucional e insuficiência de desempenho. Qualquer análise retrospectiva em torno da estrutura administrativa dos nossos órgãos, de fato irá demonstrar que vivemos uma situação de penúria de recursos gravíssima e os quadros que o presidente Gesner têm apresentado relativamente a outros países, a quem tive oportunidade ouvi-los demonstrarem que em relação ao PIB o investimento institucional brasileiro nessa área é de fato muito pequeno, e de outro lado me parece também que exatamente a politização da atuação ministerial num certo período levou exatamente a uma falta de critério técnico de gestão da administração... (pausa) (...) as decisões na SDE tem um caráter muito mais retrospectivo e por isso mesmo um caráter muito mais vinculado ao contencioso administrativo.

Eu volto à distinção anterior que eu havia feito, exatamente para dizer a distinção entre o técnico e o político, para tentar retomar a idéia da política num sistema mais amplo de um etos da pólis e nesse sentido o governo eleito, do qual o Ministro da Justiça é o longa mano do Presidente da República tem legitimidade sim para aplicar a legislação. Essa me parece uma colocação que deva ser feita e antes de discutirmos propriamente uma reestruturação funcional do sistema. O papel por vezes ancilar que a Secretaria de Direito Econômico possa exercer na funcionalidade, no sistema, por vezes pode causar certo transtorno na instrução probatória. Isto talvez deva ser objeto de uma outra reflexão, até para que a administração também tenha o ônus de responder perante a sociedade sobre as suas decisões.

A minha experiência como Secretário da Fazenda foi muito interessante nesse particular; os fiscais tinham a liberdade, por sorteio, de escolher as empresas que seriam objeto da fiscalização em profundidade e eu recebia no meu gabinete centenas de reclamações por abusos; e de fato como aquilo era um decreto, nós não podíamos de maneira alguma sem uma decisão governamental alterar essa autonomia funcional do fiscal. Pois bem, quando no entanto essas reclamações se tornaram de tal ordem que nós passamos a estar diante de uma ditadura dos fiscais, sem controle do poder político eleito, nós de fato tivemos que alterar o decreto e usamos para isso a experiência do TVA da administração francesa do TVA, que nos ajudou numa consultoria muito intensa a tentar demonstrar exatamente que é preferível a administração mostrar o seu rosto ao administrado, balizado no controle da legalidade do que imaginar que, a estrutura legal seja capaz de coibir todas as formas que o

pensamento humano é capaz de formular para tangenciar a lei, para driblar a lei e para torna-la ineficaz.

Eu diria portanto, que a produção dessas decisões, que um sistema de administração da concorrência no país, deva ter pelo menos quatro vertentes principais, e que eu gostaria de colocar numa reflexão livre para o debate. A primeira, se os senhores imaginarem uma casa, imaginem um piso, um alicerce que é um bom cadastro, um bom banco de dados. Não é possível avançarmos nessa área sem informação; a informação é o insumo básico das decisões. Imaginem agora os senhores uma outra coluna, que seria a coluna da declaração; eu acho que a prestação de informações ao sistema deve ser algo revestido da maior formalidade possível e sob as penas da lei. Quem presta informações falsas, quem não as presta a tempo ou quem pura e simplesmente sonega as informações deve ser sancionado e parece que a declaração é um instrumento importantíssimo na formação desse banco de dados no desempenho de uma das funções da SDE constante da lei, que é a identificação das práticas infrativas no monitoramento do mercado e parece portanto que a coluna da declaração é uma coluna da maior importância. Agora, imaginem os senhores a outra coluna que nós poderíamos chamar a coluna da investigação e que também me parece importante porque é a coluna que reflete, por exemplo, toda a reflexão em torno dos processos de conduta e a investigação apresenta no quadro da SDE uma situação difícil em razão dos nossos quadros serem muito diminutos, mas me parece que o sistema deve ter um poder investigatório suficiente.

A reunião do início de outubro em Washington, deixou claro para todos nós, países que estavam lá, que o cartel é o crime dos anos 90 e que o cartel não pode ser tratado de outra forma senão a partir do exercício e o tradicional poder de polícia administrativa. O teto da casa, que seria talvez o outro, o final do quadro sistemático que eu tentaria colocar para os senhores é a análise fundamentada, seja da investigação, seja da declaração e o cruzamento das informações através de um banco de dados que nos permita evidentemente proferir a decisão; essa decisão terá um cunho preventivo em diversas situações, terá um cunho de política de concorrência em diversas situações, mas também terá um cunho repressivo em muitas outras que nos parecem importante ressaltar. Esse fluxo decisório me parece que deva ser o mainstream de uma reflexão em torno do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Eu acho então, e apenas para não tomar mais o tempo dos senhores, que ainda há necessidade de nós desenvolvermos, de nós imaginarmos, de nós construirmos o que poderíamos chamar um programa de leniência ou um programa digamos assim, de maximização das informações a serem obtidas das empresas na percepção dos cartéis. Eu insisto, o nosso insumo básico é a informação, sem a informação o poder público não tem

efetivamente como ferir uma política de concorrência. Penso que nesse sentido a tarefa do CADE é uma tarefa extremamente nobre e na medida em que ele possa ser exatamente o guardião da legalidade desses procedimentos, o guardião da jurisdição e por isso mesmo também, do raciocínio econômico que preside esse fio condutor, que é um fio bastante delicado entre o direito e a economia, entre a lógica de imputação do direito e a lógica do descobrimento ou da regulação ou da causalidade com que os economistas trabalham. Eu queria agradecer a todos a atenção e dizer que eram essas as colocações que eu queria fazer a título mais de uma provocação para o debate.

Ubiratan Mattos: Eu diria que o assunto está ficando deveras provocativo, fascinante e por decisão autoritária da mesa nós vamos prosseguir com a palestra do Dr. Gesner de Oliveira, sacrificando o café , porque assim nós teremos mais tempo para o debate. Dr. Gesner com a palavra.

Gesner Oliveira

Foi uma enorme responsabilidade, senhor presidente, de invadir o período do café de uma platéia tão seleta e tão merecedora de um descanso sobretudo depois de três apresentações extremamente densas; talvez por isso o pessoal tenha apagado a luz para já preparar a platéia para um descanso. Mas o que eu havia pedido, senhor presidente, foi para que a equipe técnica deixasse uma exposição em slides para que pudesse ser mais rápida; se o senhor presidente considerar eu vejo que houve uma pequena dificuldade, talvez pudéssemos ter um pequeno intervalo e então poderíamos fazer a palestra. Eu não sei se, eu não quero atrapalhar o andamento, mas eu percebo que houve uma dificuldade aí.

(intervalo).

Gesner de Oliveira: (...) nós nos colocamos do ponto de vista da segurança jurídica. Então, olhando para a frente nós colocamos algumas tarefas para serem feitas do ponto de vista de aperfeiçoamento institucional e visando a conferir segurança jurídica a nossa atuação. A consolidação da reforma procedimental do CADE já foi feita, a elaboração e envio aos poderes de uma proposta de quadro de pessoal já foi feita, nós temos e aqui me somo ao secretário de direito econômico e certamente o secretário de acompanhamento econômico concorda inteiramente, ao combate ao subinvestimento institucional e a sensibilização dos poderes, no sentido de dar mais recursos aos órgãos de defesa da concorrência. Acho, e aqui faço uma proposta para esse seminário que o IBRAC poderia aprovar uma declaração nesse sentido no momento em que se discute as emendas ao projeto

orçamentário, cujos dados eu vou mostrar, que persiste o subinvestimento institucional, então eu acho isso da maior importância. Mas, o tema de hoje e desta mesa e eu me beneficieei de observações extremamente agudas dos expositores que me antecederam, é o tema de que... o aperfeiçoamento institucional, que contribuição nós como aplicadores da norma poderemos dar aos poderes competentes do ponto de vista de aperfeiçoamento da lei 8884. Quero enfatizar o fato de que a lei é boa, de que a nossa obrigação para com o cidadão, para com o contribuinte é cumprir e fazer cumprir a lei, porém nós podemos com a nossa experiência oferecer algumas sugestões sem prejuízo evidentemente de com a atual lei procurar atuar da maneira mais eficiente possível.

Nesse sentido, eu gostaria de compartilhar com os senhores três aspectos desse debate, primeiro uma pequena contextualização história da defesa da concorrência e segundo, uma agenda para atuação no atual marco legal, com todas as dificuldades existentes e por fim sugestões para o aperfeiçoamento e a motivação de tais sugestões.

Como foi colocado pelo doutor Considera, eu vou passar para o outro slide que é mais sintético mas é mais claro; como foi colocado pelo doutor Considera, nós tivemos no Brasil duas vertentes, uma vertente intervencionista que preponderou pelo menos até o início dos anos 90 e uma vertente mais propriamente de antitrust, de defesa da concorrência ou se quisermos liberal, que começa a prevalecer a partir dos anos 90 e que parece mais profícua do ponto de vista da boa implementação, das melhores práticas mundiais em termos de implementação da legislação antitrust e a lei 8884, vem inaugurar justamente a prevalência dessa vertente de defesa da concorrência em contraste com uma vertente mais intervencionista que prevaleceu até o início dos anos 90. Do ponto de vista das legislações relevantes, a lei 8884 trouxe duas novidades bastante interessantes; a primeira o controle de estrutura que não havia antes, mas a segunda o caráter mais independente do CADE, sem dúvida a inexistência de recurso no âmbito administrativo num lado e de outro lado a maior autonomia para os membros do CADE com um mandato, sabatinados pelo Senado, certamente conferiu ao CADE uma maior capacidade para exercer com eficácia a sua competência em matéria de defesa da concorrência. Evidentemente que as condições formais e os dispositivos formais não são suficientes para assegurar o caráter técnico, isento, imparcial das decisões; é preciso muito mais, é preciso a prática, é preciso uma boas implementação, mas eu diria que são condições necessárias para dar segurança ao investidor, para dar segurança ao mercado, ao setor privado de que as decisões são decisões mais imparciais, mais técnicas e obviamente sempre sujeitas a revisão no âmbito do judiciário. E eu gostaria de discutir dois problemas centrais em nosso entendimento. Há várias outras

dificuldades, mas gostaria de me concentrar em duas dificuldades centrais; a primeira do subinvestimento institucional e a segunda do custo burocrático, ambas muito características da jurisdição brasileira. Primeiro, subinvestimento institucional, ele na verdade reflete um problema maior; se nós recorremos a teoria econômica ele pode ser explicado pelo chamado problema da carona ou o problema do Fuel Rider ou o problema de não existir um grupo na economia, na economia ou na sociedade que se beneficie suficientemente com a legislação de defesa da concorrência, de forma a fazer construir uma coalizão que apoie a implementação de uma legislação de defesa da concorrência que visa defender um bem público e o financiamento de bens públicos é um problema típico de finanças públicas, é um problema real; como financiar algo que ninguém individualmente está tão preocupado assim, mas que socialmente é tão importante? Em defesa da concorrência ou em interesses difusos de um modo geral esse problema sempre ocorre. Então, a economia política da defesa da concorrência nos leva a uma falha de mercado ou a uma falha do mercado político que não confere suficientes recursos ou não assina suficientes recursos para a área de defesa da concorrência. Esse é um problema mais geral que se agrava e uma jurisdição em desenvolvimento porque, para um país como o Brasil seriam necessários mais recursos como proporção do PIB para desenvolver as instituições, uma vez que estamos no início do desenvolvimento das instituições e há ganhos de aprendizado e ganhos de escala nesse processo. Então, nós teríamos que ter mais recursos com a proporção do PIB e nós temos menos recursos como a proporção do PIB, como os dados comprovam de maneira cabal. É verdade que, nós temos tido êxito nos últimos anos, houve um aumento significativo do orçamento do CADE, mas como bem lembrou o doutor Paulo de Tarso, esse aumento ainda nos coloca numa situação muito inferior se comparamos com países como os Estados Unidos que gasta 74 vezes mais em defesa da concorrência do que nós e apenas 10 vezes maior do que o Brasil. nós poderíamos fazer várias outras comparações, inclusive algo vexatórias quando comparamos com México, Turquia, Filipinas e países que tem investido mais em instituições do que nós temos feito no Brasil. Então, realmente é um problema sério, o problema do subinvestimento institucional e eu convidaria a platéia a pensá-lo como um problema da economia política da defesa da concorrência.

Se nós tomamos este ano, vejam que o problema continua porque o projeto do executivo, o projeto que foi, que está hoje no legislativo reduz em termos nominais em 19% o orçamento do CADE. Se nós tomamos uma inflação média realista nós chegamos facilmente a 24/25% de contração real do orçamento, o que obviamente é um absurdo e novamente é preciso fazer gestões, nós temos feito gestões junto ao executivo, é preciso fazer junto ao legislativo para que isso não persista, porque isso gera insegurança para o

administrado. Quer dizer, insegurança de que, os administradores não dispõem dos meios necessários para cumprir a lei e isso é um problema bastante sério.

O subinvestimento institucional também nos lembra que mesmo as coisas mais básicas, mais elementares da lei não foram feitas. Lembro, senhoras e senhores que a lei determinava em seu artigo 81 de que no prazo de 60 dias haveria um quadro de pessoal no CADE, e porém isso nunca foi feito; desde a edição da lei nós já enviamos esse projeto de quatro anos já existe, já enviamos novamente e procuramos o apoio do IBRAC para que isso seja concretizado. Além do quadro pessoal é muito importante um projeto de carreira em defesa da concorrência, para realmente suprir as instituições dos quadros necessários para garantir a memória, porque os titulares dos órgãos vão embora. O meu mandato está terminando e os secretários também certamente vão ser sucedidos e o que acontece é que o quadro técnico não mantém a memória institucional, por isso é fundamental...para isso é fundamental que haja um projeto de carreira e o quadro de pessoal permanente do CADE. agora, tarefas tão elementares com recursos relativamente pequenos; quando nós visitamos a SOF eu preciso várias vezes lembrar ao secretário de processamento que nós estamos falando de milhões e não bilhões, tal é a insignificância dos recursos destinados a essa área. É real, isso me lembra uma observação do Albert Richirman, sobre uma síndrome mudancista e megalomaniaca nos países em desenvolvimento, quando as tarefas mais básicas ainda não foram realizadas. Quer dizer, deve causar espécie a um observador externo falar, o Gesner está aqui discutindo grandes mudanças na lei etc., primeiro cumpre o básico! Quer dizer, me parece que um aperfeiçoamento institucional básico é fazer o que a lei manda, que ainda não fizemos. Então, esse me parece que é um concentrar naquilo que é prioritário, urgente; me parece o essencial nesse momento e o IBRAC é fundamental nessa tarefa.

O custo burocrático e aí nós vamos para a história que o nosso amigo, o doutor William Bear nos contou acerca de uma espécie de surpresa quando os observadores externos olham três órgãos de defesa da concorrência no Brasil, uma espécie de...há uma certa proliferação e mesmo no plano das agências o Brasil nos últimos anos tem visto um certo fenômeno de proliferação, de cogumelo surgindo por toda a parte, agência por toda a parte e vários órgãos. Se nós fizermos, se todos os órgãos tiver convênio entre si, realmente nós vamos ter 40, 50, 60 convênios muito facilmente e é desejável que haja um esforço de cooperação entre eles.

Eu gostaria de argumentar que esse modelo é inadequado, novamente ressaltando o fato de que nesse atual modelo nós podemos fazer

muito, especialmente levando em consideração a qualidade e a seriedade dos titulares da secretaria de direito econômico, da secretaria de acompanhamento econômico, dos conselheiros e do procurador geral. Quer dizer, muito evidentemente pode ser feito, porém eu gostaria de argumentar para pensar para o futuro, eu gostaria de argumentar que esse modelo é inadequado em contraste e eu já discuti isso com a doutora Alejandra Herrera, em contraste com as agências regulatórias; essencialmente porquê. Porque entre um regulador e uma autoridade de defesa da concorrência há economia de especialização; nós entendemos muito pouco de interconexão e o sistema de telecomunicações, entendemos pouco dos detalhes da estrutura de tarifas do setor elétrico que a Anel naturalmente regula e assim por diante. O que dizer a respeito de vigilância sanitária. Então, a economia de especialização, no caso das agências regulatórias é muito alta, faz todo o sentido, havia um sistema complementar consagrado na lei geral de telecomunicações onde a Anatel cuida da regulação econômica e técnica e o CADE cuida do aspecto antitrust e há uma complementaridade entre ambos, embora possa haver até áreas de competências concorrentes, mas prevalece a noção de complementaridade. Diferentemente em contraste com esse modelo, quando se faz, quando se trata apenas de antitrust não há economias de especialização, as economias de especialização são baixas; por outro lado o custo de coordenação é alto, o que nos sugere a superioridade de um modelo de agência única. Se nós estivéssemos escrevendo a lei ou sugerindo para um determinado país, certamente a situação sugeriria um modelo de agência única, como aliás tem ocorrida na maioria das jurisdições, não na totalidade mas na maioria das jurisdições. Se o custo de coordenação fosse baixo e a economia de especialização fosse alta, nós teríamos agência complementares, mas não é esse o nosso caso. Portanto, eu diria que nós temos um modelo inadequado com a devida vênia eu tenho a opinião divergente do doutor Considera, no sentido de que a fusão nesse caso é uma boa fusão. A professora Farina nos ensinou de manhã que nenhuma agência detém uma onda de fusões, aliás o CADE não é contra a fusão e essa do ponto de vista institucional é uma boa fusão. Nós deveríamos ter esse modelo modificado. Agora, mesmo no atual modelo é possível reduzir o custo de coordenação e o que nós temos feito é exatamente isso, quer dizer quando a SEAE, quando a SDE, quando o CADE se propõe a sentar, dialogar, trabalhar junto e muito estimulados pelo IBRAC, certamente há uma redução do custo de coordenação e é possível fazer muito nessa matéria. Eu destacaria três tarefas básicas para atuar no atual marco legal; não muda a lei, não muda nada mas mesmo assim há muito que avançar, há muito o que fazer e na verdade já está sendo feito como revelam os debates anteriores.

Primeiro, o aperfeiçoamento é a maior atenção a análise das condutas. Vejo com absoluta afinidade da jurisprudência do CADE, da disposição da SEAE, da disposição da SDE, de realmente priorizar, atuar muito severamente na área de condutas. Segundo, haver um questionário inicial simplificado e uniforme pra o artigo 54. É um verdadeiro pesadelo para as empresas receber diligências e questionários e formulários etc de vários órgãos, vários guichês da administração pública. É um verdadeiro pesadelo! Não sei, eu não estou vendo o doutor Franceschini, mas isso é questão menor, isso é um pesadelo para o administrado porque é fundamental e nós precisamos concordar com isso, chegar e dizer já estamos caminhando nesta direção e obviamente coordenar as nossas atividades internacionais cada vez mais importantes, e as nossas atividades de promoção da livre concorrência. Nesse sentido de coordenação de atividades, alguém já propôs aqui e gostaria de fazer outra proposta concreta ao IBRAC de um Site com toda a programação de atividades ligadas a defesa da concorrência de todos os órgãos. Quer dizer, um Site que seja conectado com todos os sites específicos para que acompanhem as várias atividades ligadas a defesa da concorrência.

Porque é tão importante essa simplificação do controle estrutural? Pela sua dimensão internacional, porque um grande número de operações são globais e nós temos que simplificar a nossa jurisdição, pelo fato de que vários atos entram pelo critério de faturamento. Vejam que 63% dos casos entram pelo critério de faturamento, pelo fato e em linha com aquilo que foi discutido pela manhã e na exposição da professora Farina; pelo fato da esmagadora maioria dos casos ser aprovado sem restrições. Então seria irracional fazer um exame minucioso do universo de casos, seria preciso pegar apenas um conjunto menor, daí o modelo da declaração de imposto de renda que é uma declaração simples para a maioria e mais detalhada para uma minoria... (pausa) (...) versão de mercado, mas não necessariamente tenha um impacto nocivo sobre o mercado. Eu não vou, se alguém tiver interesse sobre esse ponto nós poderemos voltar a ele, mas para poder economizar tempo eu não vou entrar em detalhe de estudo específico, mas me parece que gera resultados muito interessantes do ponto de vista de aperfeiçoamento institucional.

Essa simplificação vem sendo nas resoluções do CADE, no sentido de reduzir o número de documentos e informações para um primeiro questionário sem prejuízo de um questionário mais detalhado mais a frente. Um bom ponto de partida para um questionário único e simplificado, seria o anexo da resolução de consultas que tem então somente 22 pontos de informação e documentação. Então, essas são propostas para atuar no atual marco legal; prioridade nas condutas, atenção nas condutas, combate intransigente aos cartéis. Dois, simplificar o exame estrutural. Três, coordenar as atividades nacionais e internacionais. Então, eu acho que se nós

trabalharmos sistematicamente nessas três áreas já será um grande avanço além de fazer cumprir alguns dispositivos como o quadro de pessoal, o quadro de carreira etc.

Agora, sugestões para aperfeiçoamento do marco legal. Elas devem estar em três áreas; no fortalecimento institucional, na maior eficiência administrativa e na articulação explícita das agências regulatórias. Detalho um pouco este ponto mas não vou entrar em muito detalhe para não tomar tempo; mas chamaria a atenção que do ponto de vista de fortalecimento institucional seria crucial na lei, isso seria uma nova lei que justamente já foi proposta, do quadro permanente, da carreira, a autonomia orçamentária tem que ficar muito clara porque senão a independência mas a dependência orçamentária e isso não é independência e do ponto de vista da transparência institucional é absolutamente louvável a consulta que a SEAE faz, a consulta que a SDE certamente faz e o trabalho de consulta ao administrado que o CADE tem feito e do seu relatório anual, a página na Internet etc, mas esses desenvolvimentos poderiam ser ainda que de forma muito minimalista serem tratados num eventual aperfeiçoamento da legislação; mencionados por exemplo em uma prestação de contas sistemática na legislação. Do ponto de vista da eficiência administrativa eu chamaria a atenção para a oportunidade de se pensar em dois aspectos; primeiro aquilo que já foi colocado da inadequação do modelo e a necessidade de se fazer apenas uma agência e fazer um tratamento de prazos na lei, bastante mais rigoroso ou então deputado Marcos Vinícius que tem várias propostas nessa direção de reforçar o aspecto de prazos na legislação; e do ponto de vista da articulação com as agências regulatórias explicitar de maneira mais clara na legislação a competência da autoridade de defesa da concorrência nos setores regulados, em vários setores regulados isso tornaria a ação muito mais eficaz. Do ponto de vista da racionalização administrativa e da eliminação ou da atenuação do custo burocrático, entendo e nessa isso reflete essa discussão no conselho, que nós deveríamos fazer no setor público aquilo que o setor privado tem feito, foco! É preciso foco. Quer dizer, cada empresa, cada órgão, cada grupo naquela atividade em que tem excelência e atribuição muito específica. Entendo que seria um desenho mais adequado se o CADE fosse a única agência que tivesse competência na área de defesa da concorrência; a SDE a única agência num contorno de agência independente que tivesse competência na área de defesa do consumidor e para a ótica global da política macro e como um perito por excelência de todo o sistema, a SEAE teria aí a sua área de competência.

Além disso, acho oportuno ao nós sugerimos uma agenda de temas para aprofundamento. O primeiro deles, o doutor William Bear sugeriu que a vantagem de uma apresentação prévia de atos de concentração, porém com

muita cautela, porque com a nossa ineficiência atual colocar imediatamente essa apresentação prévia poderia e vejo o nosso procurador geral, vejo que ele concorda com isso, poderia obstruir o sistema; então isso teria que ser feito com muita cautela, porém nós temos que pensar nessa direção e é possível formular nessa direção eventualmente até numa linha, numa introdução gradual ou talvez a exemplo da legislação de patentes, num anúncio de uma data a partir da qual valeria a apresentação prévia, como portanto uma preparação tanto do setor público em termos de investimentos institucionais quanto do setor privado. Acho que esse seria um ponto para reflexão.

Um ponto que eu sei que é caro, por exemplo ao conselheiro Leopoldino é o ponto de se pensar difícil, bastante espinhoso mas eventualmente se pensar recursos ao judiciário encaminhados, como François Souty descrevia pela manhã, encaminhados a tribunais especializados ou com competência específica ou superiores. O que se imagina por exemplo tribunais regionais federais. Então, essa seria uma idéia, tema difícil de ser discutido porém eu já colocaria num outro estágio, estágio realmente para reflexão. Eu acho que a apresentação prévia de atos de concentração é algo que está mais maduro; conheço o projeto do doutor Marcos Vinícius, é um projeto bastante interessante nessa direção e o tema de combate aos cartéis muito bem levantado pelo doutor Considera e doutor Paulo de Tarso, mostram várias sugestões nesse sentido de um incentivo a colaboração de participantes de cartéis; evidentemente nós não poderíamos replicar no caso brasileiro o que é feito nos Estados Unidos por várias restrições e constrangimentos legais inexistentes naquela jurisdição.

Com este aperfeiçoamento nos colocaria numa outra estrutura e que nós fecharíamos um ciclo de desenvolvimento institucional, voltando o CADE a ser a agência de defesa da concorrência no Brasil tal qual criada em 1962 que ficou dormente por tantos anos, mas que voltou com a prevalência da vertente liberal em defesa da concorrência. E a SDE e a SEAE continuariam sendo órgãos da maior importância em área específicas, seja na área de defesa do consumidor, seja como perito por excelência na área macro como é o caso da SEAE.

Eu acho que eu já coloquei o suficiente pimenta no debate senhor presidente, mas apenas convido o cidadão a fiscalizar o CADE e isso deveria estar na lei, e fazer denúncias e propostas ao CADE; a proposta do doutor Franceschini é bem vinda, nós vamos refletir sobre o assunto; peço a degravação dos comentários do doutor Franceschini para fazer uma resposta por escrito e convido todos a participar no debate de defesa da concorrência no Mercosul e novamente pedir o apoio ao sempre presente IBRAC para que

nós façamos uma leitura também crítica do protocolo de Fortaleza. Muito obrigado senhor presidente.

Ubiratan Mattos: para temperar um pouco mais a salada, nós vamos colocar uma pimenta malagueta, mas só lembrando, a propósito dessa menção do Dr. Gesner a respeito do protocolo de Fortaleza, talvez vários não estejam acompanhando. É um problema muito sério, na medida em que já passou pela Câmara dos Deputados, está no Senado com o senador Arthur da Távola, o empresariado não se deu conta do que significa o protocolo de Fortaleza, mas de uma maneira muito objetiva ele significa o seguinte: o Brasil fica basicamente refém de Paraguai e Uruguai que passam a ter direito de veto nas operações realizadas no âmbito do Mercosul. Então, é um assunto muito preocupante e o IBRAC pode tomar posturas que as autoridades não podem e não convém, daí conclamar a todos aqueles que puderem aderir a este seminário mencionado pelo Dr. Gesner na quinta-feira desta semana em Brasília; nós apreciaremos deveras o esforço de vocês. É uma nova bandeira que o IBRAC levanta para realmente permitir uma melhor reflexão sobre esse documento. E com a palavra a pimenta malagueta, doutor Pedro Dutra.

Pedro Dutra

Um apimentado boa tarde a todos. Por que um processo administrativo aguarda em média 500 dias para ser decidido pelo CADE? Por que uma averiguação preliminar pode aguardar 13 meses um despacho na SDE? Por que um ato de concentração chegou a aguardar dois anos um parecer da SEAE? Há várias respostas a essas questões e eu proponho, ouvindo e beneficiado pelas palestras que me antecederam, duas ordens de considerações para dar não uma resposta definitiva, mas para encaminhar uma resposta; a primeira ordem de consideração é objetiva e a segunda de ordem geral.

A primeira questão na ordem objetiva seria uma relativização de dois aspectos que foram aqui mencionados; o primeiro a questão da carência de pessoal nos órgãos de defesa da concorrência. Aonde não há carência de pessoal qualificado na administração pública e quando a literatura deixou de registrar essa carência no Brasil? Sempre, sempre e sempre! Então, o Brasil é carente eternamente nesse aspecto. Mas, qual o peso desta carência, isto é que é preciso medir. Gostaria de chamar a atenção para alguns pontos; primeiro, é esta carência é tão profunda na área de defesa da concorrência? Aqui estão presentes dois ex-conselheiros do CADE que vieram dos quadros da administração pública: o doutor Renault e o doutor Fonseca; são deles duas decisões, dois votos da mais alta significação técnica para a defesa da

concorrência entre outros votos. Esses votos foram estudados, são votos da maior qualidade. Se nós quisermos ficar nos quadros dos próprios órgãos de defesa da concorrência, há dois exemplos nessa sala, o conselheiro Rui Santacruz, egresso da SEAE e a conselheira Hebe Romano, egressa da SDE. Lembro que no exercício do mandato deles, o da doutora Hebe começou há pouco, foram tomadas decisões, propostas por esses dois conselheiros, absolutamente inéditas na história da defesa da concorrência. O Dr. Rui Santacruz relatou a primeira penalidade imposta por formação de cartel na história recente do Brasil, e a Dra Hebe Romano relatou a primeira medida preventiva imposta em ato de concentração, que aliás era buscada pelo presidente do CADE desde 1997, sendo essas medidas aprovadas por unanimidade. Então, são quadros da própria administração pública que estão tendo um papel importantíssimo na defesa da concorrência independentemente do que se ache da procedência dessas decisões. Então, quando nós falamos da carência de pessoal, nós temos que pensar que essa carência precisa ser relativizada porque o pessoal da administração pública vem prestando uma efetiva colaboração ao aprimoramento e a aplicação das leis, das normas de defesa da concorrência.

Quando se fala em recursos não há senão a hipótese de concordar que não se investe na defesa da concorrência no Brasil, como não se investe na saúde, como não se investe na educação. Mas como chegar a sensibilizar o legislativo e o executivo para que esses investimentos sejam feitos? Algumas das formas há de ser tentada, uma delas é uma sugestão, seria justamente que os órgãos de defesa da concorrência, todos eles, o CADE deu o primeiro passo nisso, exibisse objetivamente, quantificasse essa carência. Por exemplo, quantos processos são examinados por cada órgão, qual é o quadro de funcionários desse órgão e quantos funcionários estão comprometidos no exame desses processos. Tenho certeza que esses relatórios, uma vez divulgados, darão um instrumento concreto para que o IBRAC inclusive possa chegar às autoridades com números precisos dessa deficiência. Então, existem essas deficiências de pessoal e de recursos, mas devem elas ser relativizadas com dados trazidos da experiência na aplicação da lei.

Quanto aos fatores de ordem geral, eu os dividiria, e aí com licença do Professor Ary Solon, na falta do professor Tércio, em quatro ângulos de uma cultura bem brasileira, e eu os chamaria dos aspectos negativos da cultura brasileira: uma cultura política, uma cultura da administração pública, uma cultura jurídica e uma cultura empresarial. Quando falo em cultura, estou fazendo uma assimilação, e aí vem o pedido de apoio técnico do professor Solon para explicitar as noções da cultura e experiência, ou seja, a cultura sendo aquela decantação da experiência e a experiência sendo a vivência de fatos. Pois bem, é claro que nós estamos vivendo pelo menos em dois órgãos

de defesa da concorrência uma renovação extremamente saudável e quando eu falo de cultura não estou falando evidentemente de pessoas, nem de órgãos, mas daquele aspecto transcendente de toda a realidade.

A cultura política brasileira tem uma tradição autoritária; metade da vida republicana foi vivida sob regime ditatorial. A consequência maior e imediata desse fato é a hipertrofia do poder executivo, o poder executivo, o poder judiciário e o poder legislativo, e, em certa medida essa cultura prossegue com a prática de edição de medidas provisórias. Esta cultura de hipertrofia autoritária moldou a administração pública brasileira, sobretudo no governo Vargas; então desenvolve-se a idéia, de inspiração italiana fascista, de que Estado e Governo são uma coisa só; era o Estado-Governo dos juristas fascistas, e o Governo era representado pelo chefe de Estado. Então, o Estado era também a vontade pessoal do titular do poder. Isto não saiu da vida pública brasileira ainda! O Ministro José Serra, democrata sem dúvida, tem esse entendimento que é legítimo, ele declarou isso num livro chamado “Conversando com os Economistas”, e foi a minha pergunta à minha querida amiga e colega de IBRAC, Profa. Elizabeth Farina: o poder de fazer e conduzir política econômica deve ser do Presidente da República? É válida esta defesa? Absolutamente! Estamos aí para debatê-la, mas é preciso situá-la no contexto histórico e ver quais são as raízes desse pensamento; por quê? Porque ele tem influência direta na cultura da administração pública que submete inclusive esta geração de administradores que hoje nós estamos vendo que são efetivamente democratas, defendem uma regulação democrática mas são submetidos por essa tradição; por quê? Porque a administração pública absorveu uma tradição autoritária que tem no seu centro o Poder Executivo. E o que isso trás à administração pública? Uma inversão de direção, a administração pública é obrigada a olhar primeiro para o Poder Executivo no qual ela necessariamente se inscreve, e depois para o cidadão; e qual é a consequência direta disso? A administração pública perde o contato com a realidade do cidadão porque não a deixa, não deixa os seus titulares, e quem não deixa geralmente são os dirigentes maiores do Poder Executivo, que esses agentes administrativos vivam a realidade, vivam o fato, vivam a experiência, que é aquela experiência que vive o cidadão, vive o consumidor.

Então, o que hoje nós vemos na administração pública quando a constituição de 88 alterou completamente, como bem disseram o Dr. Cláudio Considera e o Dr. Paulo de Tarso, a ordem econômica brasileira, tornando uma ordem, que o meu colega Celso Mori observou ser uma ordem fundada sobre o primado da livre iniciativa e da livre concorrência. Há uma grande dificuldade em entender esta ordem que é uma ordem dos fatos vivos, dos fatos que nascem livre e só podem ser regulados pela lei; essa dificuldade é

enorme devido a esse bifrontismo que a administração pública tem que se debater, entre a vontade dos titulares ou dos auxiliares dos titulares do Poder Executivo, e a demanda objetiva, diária, da sociedade na pessoa de seus cidadãos e consumidores.

O outro aspecto que também contribui para essa afirmação que se faz necessária, de uma regulação democrática, da fiscalização dos mercados concorrenciais, na forma da Lei, é a cultura jurídica do país. Já tratei disso há algum tempo atrás, e uma das características da tradição jurídica brasileira é o horror ao fato. O direito brasileiro tem ojeriza ao fato. Há 60 anos atrás, Santiago Dantas tentou criar o estudo de casos; não sabem quem é Santiago Dantas, muito menos o que seja, estudo de casos. Por que esse horror ao fato? Porque há um amor desmedido à tese; a tese vindo antes dos fatos. Nós vimos Ms. Dick expor o trabalho dos órgãos de defesa da concorrência e ela começou como? contando um caso concreto. Nós começamos pela tese. Então, há aí uma grande responsabilidade da cultura jurídica brasileira atual, pois ela também se debate com essa nova realidade da ordem constitucional e econômica; é preciso portanto que os estudiosos se voltem para os fatos, e nisso os economistas estão levando uma grande vantagem. Os estudos que hoje se fazem sobre defesa da concorrência no Brasil, feitos pelos economistas, trabalham as decisões do CADE, trabalham os fatos; os livros recentes de direito da concorrência não tem, ao que eu saiba, e gostaria muito de estar enganado, análise em detalhe de nenhum caso julgado pelo CADE recentemente.

E por fim, a cultura empresarial. A cultura empresarial vive um dilema; os empresários líderes de grandes empresas foram formados numa época do Estado-Governo; a eles é difícil hoje perceber a alteração na ordem econômica constitucional; uma alteração que requer a criação, e mais que a criação, um entendimento do que seja uma regulação independente promovida por órgãos reguladores inscritos apenas formalmente no quadro do Poder Executivo, mas não a ele submetido, seja decisória ou economicamente. Isso não é uma tarefa fácil, não é uma cultura que se mude do dia para a noite, mas começa a despontar entre os empresários a percepção de que se não houver uma regulação do mercado concorrencial baseado não apenas na concentração do poder econômico, mas na repressão ao abuso do poder, sempre na forma da lei, o que acontecerá sempre será a apropriação indevida de rendas e essa apropriação indevida de rendas se dá justamente pelo cometimento de infrações não reprimidas. Então, a empresa verdadeiramente competitiva será a mais punida pela infração cometida e não punida. Essa percepção começa a se desenhar, e dela virá, espera-se, uma grande pressão social pela maior eficiência dos órgãos de defesa da concorrência e sobretudo, o que é mais importante, pelo melhor provimento de meios a esses órgãos.

Qual é então o caminho que se abre depois dessas considerações feitas? Reconhecendo que é fácil perguntar, é fácil cobrar e é sempre difícil sugerir, mas é da natureza das coisas que as sugestões sejam mais trabalhosas, porque quando se trata de matéria social elas não são exatas. Gostaria de citar uma frase de Santiago Dantas dita há meio século, que o povo como povo é melhor do que a elite como a elite. O que ele queria dizer era o seguinte; que o povo tem percepções das grandes transformações sociais, à frente da elite, que naturalmente é mais conservadora; e a elite não é só empresarial, essa elite que acabamos aqui de tratar que é geradora dessas culturas observadas. O que ele queria dizer é que, hoje, nós podemos perceber o que ocorre justamente no plano da defesa do consumidor, na defesa da livre concorrência. Não há na história, creio, uma evolução tão rápida da percepção dos cidadãos como se deu no Brasil, sobre o valor da defesa da concorrência, sobre o valor da defesa dos direitos dos consumidores. E então, todos aqueles que, como o aplicadores ou operadores do direito e da economia, estão no dever de acompanhar essa grande percepção que ocorre no meio dos cidadãos brasileiros. E para acompanhar essa percepção, e para completar aqui a minha exposição atento ao fato do horário, eu creio que é importantíssimo que nós nos desprendamos do fetiche da lei nova. Antes de se mudar a lei é preciso dar valor à experiência dos fatos e é preciso aplicar a lei; o professor Reale, que viveu todas as constituições brasileiras, diz o seguinte: as leis só podem ser mudadas depois de muito aplicadas. Mudar uma lei é muito fácil, saber a lei, propor a mudança é fácil mas o nosso processo legislativo é um processo noturno, dorme-se com o conhecido e acorda-se com o desconhecido. Então, o caminho da mudança da lei, é um caminho que exige cautela. É preciso que todos tenhamos em mente que para mudarmos algo é preciso analisarmos o que temos; a lei nada mais é do que a formalização do fato, então é preciso conhecer o fato, é preciso expor o fato, é preciso trazer o fato ao conhecimento do cidadão para saber se ele quer uma lei nova que discipline estes fatos, mas isso só pode acontecer se ele conhecer os fatos. Muito obrigado.

Ubiratan Mattos: Muito obrigado Dr. Pedro. E já passo a palavra à doutora Marta Calmon.

Marta Calmon Lemme

Realmente eu gostaria de agradecer ao IBRAC a oportunidade de poder participar desse seminário, vital com certeza; estou aprendendo várias

coisas e é um tema que sem dúvida alguma é fascinante, que interessa bastante para aqueles que atuam na área de defesa comercial.

Participar desta mesa para mim é extremamente complexo, uma vez que existem várias questões aí em discussão e vários problemas que vão do institucional, que mexe com a legislação e o que eu pensei em comentar aqui brevemente é um pouco o que acontece na área de defesa comercial, onde a despeito de nós termos uma única agência, no caso o DECOM, que é autoridade investigadora, no final nós temos dois órgãos decisórios; quer dizer, o Ministro da Industria e do Desenvolvimento e o Ministro da Fazenda, que tomam a decisão em relação à aplicação de um direito antidumping ou compensatório ou medida de salvaguarda. E como que na área de defesa comercial se conseguiu um pouco sanar os problemas dessa duplicidade de órgãos decisórios? foi basicamente por uma integração na prática muito forte entre o DECOM e órgãos do Ministério da Fazenda. Quer dizer, ao longo do processo de investigação nós tivemos um acompanhamento que nos é dado, um acompanhamento permanente pela Procuradoria Geral da Fazenda, o que é extremamente relevante e dá uma tranqüilidade muito grande tanto para o próprio departamento em termos de assessoria jurídica que é prestada pela Procuradoria, como também ao próprio Ministro da Fazenda, que tomará uma decisão que na verdade está sendo conduzida durante todo o processo, na qual o processo de investigação está sendo conduzido de fato por um órgão de um outro ministério e adicionalmente existe ao longo de todo o processo um contato bastante próximo com a Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda. Então, todas as etapas da investigação elas são feitas, , quer dizer, todas as decisões e determinações são precedidas de encontros e discussões com a Secretaria, o que na verdade também facilita muito para se chegar à etapa final da investigação; ou seja, evita-se que todo aquele processo não venha a ser retardado em função de questões que um dos órgãos, no caso o Ministério da Fazenda, gostaria de ter sanado e que não foi possível. Então, essa forma de funcionamento quer dizer, ajudou muito, acho que o próprio avanço que nós tivemos e ainda temos muito que avançar, mas ajudou bastante e tem funcionado acho que a contento, sem dúvida nenhuma, sem prejuízo de inúmeras melhoras que têm de ser feitas.

Eu acho um aspecto aqui que foi mencionado e que me parece que para nós também é uma questão importante, é a questão da informação; e eu acho que essa idéia que foi colocada de se criar banco de dados com informações, isso seria extremamente relevante, não só para a defesa da concorrência, mas também para a nossa área de defesa comercial.(pausa) (...) conseguir construir assim do ponto de vista não apenas da defesa concorrência, mas acho que dos vários órgãos aí de governo, por exemplo da área econômica, isso seria extremamente relevante, acho que uma iniciativa

que poderia se pensar como efetivamente implementada. Eu acho que para não tomar até uma liberdade, só esses pontos que eu...

Ubiratan Mattos: Muito obrigado Dra. Marta. E já passo a palavra ao Dr. Carlos Francisco de Magalhães.

Carlos Francisco de Magalhães

Primeiramente eu queria realmente ressaltar, que eu acho que pela primeira vez nós temos as três autoridades que militam no campo da concorrência presentes no mesmo evento e essa é uma oportunidade única, e justamente por isso nós gostaríamos de colocar já um ponto para reflexão, principalmente o doutor Gesner de Oliveira e por parte também do doutor Paulo de Tarso, a respeito do que vem sendo ultimamente colocado no que diz respeito ao tema “agências de concorrência”. Agências, eu acho que é um termo inapropriado, realmente nós não temos três agências de concorrência como está sendo veiculado inclusive para os nossos visitantes estrangeiros, pensando que atual simultaneamente três órgãos do governo sob o mesmo fato, os mesmos problemas que são levados ao Estado. Na realidade nós temos, podemos dizer, três divisões no processo, quer dizer nós temos três fases e não existe uma simultaneidade de atos dentro desse processo, o procedimento é um só, nós temos apenas um processo antitrust na área administrativa e temos três órgãos atuando, dois em fase de instrução e um em fase de decisão.

Realmente, eu acho que o modelo brasileiro eu acho excelente, estou junto com o doutor Pedro Dutra que eu acho extremamente perigoso nós levarmos uma mensagem sem ainda uma experiência maior, como uma mensagem de mudança da nossa legislação. O que quê eu acho que existe esse processo ou no indivisível, nele atuam três órgãos de governo, um deles mais independente do que os outros e então não vejo dentro dessa experiência, inclusive bastante recente, não vejo porque se fazer a modificação tendo em vista unificar esse sistema dentro de uma só agência ou duas agências que fossem. Isso é uma primeira colocação, e uma segunda dirigida ao doutor Cláudio Considera, que se mostrou como todos os integrantes da mesa, dentro daquela nova, vamos dizer nova safra de administradores públicos do Brasil como não intervencionista extremamente liberal, eu gostaria de fazer uma colocação a respeito de um velho problema, o de um problema velho até que muitas vezes nós já discutimos aqui sobre o que quê seria o papel dessas agências, o que quê seria relativamente a política de governo e política de Estado. Eu diria especialmente ao doutor Cláudio que entendo que a SEAE estando mais no seio do governo, da política econômica do governo, o

Ministério da Fazenda seria aquele órgão que deveria mais se afinar e mais harmonizar as políticas de governo com a política da concorrência e eu gostaria que ele nos desse alguma indicação do que dentro da SEAE está sendo feito em prol dessa harmonização da política do governo com a política da concorrência. Eu acho, eu lembro na discussão do projeto que viria a ser a lei 8884, que o doutor Winston _____ na época, secretário de política econômica se eu não engano, ele pedia que o parecer da SEAE na época da SPE, fosse vinculante dentro do processo antitrust e a comissão do qual fazia parte fez uma grande resistência a isso justamente para que a política do governo não fosse, na época inclusive era o governo Itamar Franco, não fosse a determinante, determinante da decisão do processo do CADE. Então, mas existia realmente essa vertente e realmente eu acho que deve realmente existir a SEAE dentro do papel, dentro do processo antitrust é quem deve trazer a política do governo, a política conjuntural do governo inclusive e eu gostaria de então que traçasse algumas doutor Considera e esse é o meu papel aqui como debatedor apenas, trouxesse alguma coisa no sentido de dizer que a política da SEAE está harmonizada com a política do governo por exemplo, no que diz respeito ao Ministério da Agricultura, Ministério do Desenvolvimento e tudo isso; se dentro de um parecer do SEAE não deveria estar inicialmente colocada essa política para depois se fazer as outras reflexões. Desculpe, eu não sei falar tão depressa como os outros participantes aqui, mas essas duas colocações eu queria colocar inicialmente para devolver então a palavra ao presidente da mesa e em seguida para as respostas adequadas.

Debates

Ubiratan Mattos: Dr Gesner, o senhor quer responder a primeira pergunta do doutor Carlos?

Gesner de Oliveira: De maneira muito breve, acho que o Dr. Magalhães colocou pontos muito interessantes. De fato, o termo agência é um termo utilizado sem maior rigor, mas sem um prejuízo para o ponto que está sendo defendido, na verdade a discussão substância é uma discussão que se deve haver uma entidade ou mais uma. Eu acredito que nós trouxe argumentos suficientemente sólidos para demonstrar que uma entidade seria uma solução superior. Na verdade, a legislação de autarquia é bastante adequada, a autarquia dá um grau de independência em relação à administração central razoável.

Está em curso no CADE um estudo mais detalhado sobre as vantagens de uma autarquia especial e o status de autarquia especial conferido

recentemente a algumas agências regulatórias; mas quanto ao termo agência portanto é apenas uma questão semântica. E em segundo lugar, eu compartilho integralmente com a cautela tanto do doutor Magalhães quanto do doutor Pedro Dutra e demais participantes, no sentido de que qualquer mudança na lei deve ter uma discussão ampla, que certamente exige muita reflexão, certamente tem que ter uma abordagem minimalista. Eu acho que nós temos um ativo muito importante, que nos últimos cinco anos mal ou bem esta lei foi acionada com uma frequência inédita do ponto de vista histórico; nós temos hoje cerca de 1.400 decisões ao amparo da lei 8884, que é mais do que todas as outras décadas precedentes, é um múltiplo de quinze. Então, realmente isso é um ativo e o empresário conhece pouco, minimamente, a legislação antitrust. Se o país entrar ou como nós já entramos em várias outras áreas e uma frequência muito grande de alterações na lei certamente isso prejudica a difusão da cultura da concorrência. Então, é preciso enorme cautela para qualquer alteração e se por acaso o legislador julgar que essa alteração é oportuna ela deve ser feita com uma abordagem minimalista. Então eram essas as considerações. E queria apenas a título de informação chamar a atenção e passo ao presidente da mesa, de um artigo, de uma entrevista do doutor Kemani e que esteve recentemente conosco no CADE; embora o editor tenha dado grande destaque às empresas aéreas, ao setor de aviação civil etc., na verdade ele faz várias considerações muito pertinentes ao tema de hoje, então por isso eu trouxe uma cópia desse artigo e além disso uma questão jurídica que não foi tocada, mas que já foi muito refletida no CADE, que é a questão de se ter a união, sob o mesmo teto administrativo, da divisão de investigação com o julgamento, não acarretaria uma violação do devido processo legal. Essa é uma questão de fundo que já foi bastante refletida no CADE e eu remeteria em particular para os sumários de duas reuniões do Fórum Permanente de Concorrência, uma com a professora Odete Medauar que participou ontem aqui e outra com o professor Botelho de Mesquita, ambas trazendo contribuições interessantes, além das contribuições naturais sobretudo dos juristas do Conselho, no sentido de que no processo administrativo não haveria tal violação. Esse seria um ponto interessante e que certamente mereceria reflexão.

Ubiratan Mattos: Bom, nós voltamos a esse assunto, mas apenas gostaria de mencionar que no processo administrativo aplicam-se exatamente as mesmas regras do processo judicial – contraditório a ampla defesa, por _____ conta de mandamento constitucional. Podemos voltar a esse assunto depois. Mas Dr. Considera, o senhor poderia responder a pergunta do doutor Magalhães, sobre a SEAE como formuladora da política de governo?

Cláudio Considera: Eu vou falar sobre isso e sobre mais dois assuntos que eu acho que são relevantes eu falar. Em primeiro lugar, eu

gostaria só de mencionar que no caso dos trabalhos lá do Ministério do Desenvolvimento junto com o Ministério da Fazenda na área de antidumping, que foi citada a SAIM mas na verdade grande parte do trabalho técnico é feito pela SEAE já que a SAIM__ não tem equipe técnica suficiente para trabalhar essas questões. Então, graças a nossa capacidade de acompanhamento de mercado, do mercado internacional nós temos dado um auxílio bastante grande ao SAIM, estamos agora na verdade fazendo isso de forma muito mais formal do que anteriormente.

Sobre os comentários do Dr. Magalhães, nós temos aqui, nós estamos sendo todos muito polidos e estamos todos evitando estar mencionando questões que no fundo estão por trás das diversas palestras que nós vimos aqui. O Paulo Corrêa costuma dizer que ele tem que me botar um aparelhinho para me dar um choque quando eu estiver exagerando. Eu confesso a vocês que eu não estou com o aparelhinho, ele não colocou o aparelho em mim; então eu vou deixar sair um pouquinho do meu sangue italiano e fazer alguns comentários um pouco mais precisos. Por exemplo, quando o Dr. Magalhães aborda a questão da integração das políticas do governo, ele estava certamente se referindo ao caso do recente parecer da SEAE a respeito do cartel do álcool e vamos então falar claramente sobre essas questões, porque não adianta a gente ficar escondendo essas questões.

Não existe de fato uma posição, existe uma posição da Fazenda já há algum tempo no que diz respeito a concessão de subsídios nessa economia, existe por outro lado em setores especializados de cada área que procuram trazer mais subsídios para alguns setores econômicos. Essa posição é uma posição em conflito permanente dentro do governo; não vamos achar que existe uma posição do governo sobre essa questão; a Fazenda é cada vez mais a favor do funcionamento do mercado, retirada de subsídios, os consumidores do produtos específicos devem pagar por aquilo que consomem; não tem sentido por exemplo no caso da aviação quem consome feijão pagar por avião! Por que que acontece isso? porque nós estamos pagando agora uma indenização da ordem de U\$ 12 bilhões de dólares devido ao controle de preços que havia sobre as empresas áreas anteriormente. A nossa proposta de desregular o setor é , e que tem inclusive aí essa reportagem, essa entrevista do economista do Banco Mundial, vai justamente na direção de que o mercado deve funcionar; deve pagar por avião quem consome avião e não quem consome feijão, que é quando se paga impostos para subsidiar ou para pagar as ações judiciais contra o tesouro nacional.

Então, no caso específico do setor sucro alcooleiro, o que nós temos de fato é um setor _____ por subsídios ao longo de toda a sua história e hoje em dia não tem mais sentido isso. esse setor ele se torna competitivo, ele

se torna então capaz de produzir e vender álcool aos preços do que produz e os consumidores pagam por esse álcool ao preço que é produzido, então não tem sentido continuarmos com esses subsídios que são dados atualmente. Então, o parecer da SEAE foi na direção de que o que cartel foi formado pela Brasil-álcool é extremamente prejudicial ao consumidor; sugerimos inclusive lá atrás que o CADE impusesse da mesma forma como impôs uma medida cautelar no caso da AMBEV, fizesse o mesmo com este cartel que nós sabíamos que ia ser prejudicial aos consumidores e demos um parecer nessa linha, depois num processo de investigação bastante forte a respeito do que significava esse cartel para o consumidor. Isso daí, o resultado desse cartel vocês vejam pelas páginas dos jornais que está sendo atribuído a retirada de uma parcela de subsídio que representa 6% do preço do álcool, calculando o preço do álcool a R\$ 0,70 de real como acontece em Brasília. Então tirar 6% não explica o aumento de 80% no preço do álcool. A despeito disso é o governo continua achando, setores do governo continuam achando que é necessário se fazer mais compra de estoque do álcool e que a Brasil-álcool deve continuar funcionando tirando um bilhão de litros de álcool do mercado e aumentando o preço. No parecer da SEAE foi negativo por esta razão e cabia perfeitamente de acordo o que que é uma política econômica que vise não beneficiar alguns consumidores que devem ter recursos para pagar por aquilo que consomem.

Segundo ponto que eu gostaria de salientar, é a questão da criação de uma agência. Não existe em nenhum lugar do mundo e eu procurei na minha exposição sobre a questão concorrência e desenvolvimento econômico, o papel que o Ministério da Fazenda tem enquanto agente de defesa da concorrência e não existe nenhum lugar do mundo que a área econômica tenha abdicado dessa interveniência na área de defesa da concorrência; o doutor Gesner propõe que a gente saía totalmente dessa área. Só graças, ao fato de que a Fazenda atua nessa área foi julgado semana passada e com o caso do cartel do aço, só graças a Fazenda houve um processo dessa ordem. Só graças a Fazenda existem processos administrativos abertos no âmbito da SDE do cartel do alumínio, só graças ao fato de que nós sabemos do que se passa nesse setor, graças ao trabalho que temos tido junto de acompanhamento desses mercados. Só graças a Fazenda foi aberto um processo administrativo contra ação dos jornais no Rio de Janeiro, só graças a Fazenda foi aberto um processo administrativo contra a movimentação de containers nos portos brasileiros, uma atitude única desse setor, é o único, setor de uniforme desse setor. Então, tirar a Fazenda dessa área significa uma coisa única no mundo, ou seja, como diria o doutor Sobral Pinto “depois de nós termos o peru a brasileira e tentarmos criar a democracia brasileira,

teremos a concorrência brasileira” sem o Ministério da Fazenda presente enquanto um braço importante da política antitrust. Era isso, muito obrigado.

Ubiratan Mattos: Eu tenho a impressão que a proposta não foi no sentido de alijar a SEAE da defesa da concorrência, mas no sentido de se ter a SEAE como perita de fato e técnica nos assuntos da concorrência; eu não falo pelo IBRAC, pelos associados, pelos diretores, mas tenho uma posição íntima no sentido de que realmente, qualquer nome que se dê, agência, secretaria, departamento ou o que for, da forma como está realmente não está bom. Não está bom porque a instrução se repete, a burocracia consome tempo, o custo, seja do ato de concentração, seja dos processos de conduta, é realmente elevado para o administrado, e o que eu acho que nós precisamos buscar é realmente uma forma de, sob da lei vigente, conseguir uma melhor coordenação de funções, atribuições e competência na administração deste tema. Mas, tem aqui uma pergunta do Sr. Riviére Marti ao Dr. Gesner e que é a seguinte: dentro do projeto de redução do custo burocrático e fortalecimento institucional, já se pensou em ampliar a ação da defesa da concorrência para o controle dos subsídios do Estado, na medida em que estes podem ter efeitos anticompetitivos?

Gesner de Oliveira: Certamente essa é uma questão que eu sei é muito cara ao Dr. Riviére; é um ponto que ele tem levantado para a discussão no Mercosul, certamente um ponto importante em nosso debate sobre Mercosul. Gostaria também de chamar a atenção para uma certa analogia dentro da nossa federação para os subsídios dos Estados e em que medida isso afeta a defesa da concorrência, tema que está sendo objeto de uma consulta ao CADE com a relatoria do conselheiro Marcelo Calliari. Então, esse é um tema da maior relevância e certamente não há jurisprudência a esse respeito; há uma consulta do PNBE que suscita essa questão; há sempre as análises da Comunidade Européia e em particular do Dr. Riviére para o Mercosul; com certeza é um tema que terá que ser abordado e eu convido o Dr. Riviére como um dos membros do grupo de peritos do seminário sobre o Mercosul, que suscite essa questão no seminário e enfatize esse aspecto que é da maior relevância.

Se o presidente me permitir, só gostaria de um comentário pontual a respeito; eu, como ex-funcionário do Ministério da Fazenda e ex-servidor conheço o valor da equipe técnica da Fazenda e nunca poderia diminuir esse valor; apenas fiz uma posposta que me parece tecnicamente superior e como exemplo de jurisdição, onde o Ministério da Fazenda não tem uma ingerência muito grande, me ocorre os Estados Unidos.

Ubiratan Mattos: Nós temos pedidos de perguntas; são quatro pedidos; eu vou dar preferência aqui à Dra. Alejandra Herrera e depois ao Dr. Marcos Vinícius e Dr. Laércio Farina. Dra. Alejandra, pois não.

Alejandra Herrera: Obrigado. Eu dei uma pergunta, fazemos uma proposta, mas não dava para dormir na palestra de hoje, apesar dos temores do Carlos Ari, porque estou como assistindo um filme de suspense. Ora, então é uma coisa, se refere a todos aqui; a gente tem aí bem claramente aparecendo em cena agências reguladoras que estão definidas como personagens, que são claramente diferenciadas das autoridades de defesa da concorrência, que são três. Estão aí, o tempo todo isso ficou claríssimo da trama do filme, agora acontece que em novembro de 1997 foi aprovada a lei 9472 que é posterior a lei 8884 que não foi revogada e que então, o que me disse o doutor Ubiratan, temos que conviver com ela, aceitar e aplicar. E acontece que a lei 9472 constitui de fato a Anatel como uma autoridade de defesa da concorrência. A Anatel é uma autoridade de defesa da concorrência no mesmo sentido, exatamente que a Secretaria de Direito Econômico, que a SEAE, cujas competências ela tem quando se trata de empresas de telecomunicações. Então, quantas autoridades de defesa da concorrência tem no Brasil?.

Ubiratan Mattos: São quatro agora.

Alejandra Herrera: Não, aí tenho quase...

Ubiratan Mattos: por enquanto são quatro, quem sabe...

Alejandra Herrera: ... certeza que terá. Se você...

Ubiratan Mattos: Até o final do seminário poderemos ter mais.

Alejandra Herrera: É, se você ver do ponto de vista nacional são quatro; se você ver do ponto de vista do empresário das telecomunicações exclusivamente não dois, é o CADE e a Anatel, então aí tem uma complicação matemática. Mas é mais do que isso, é sobre isso que eu quero repetir; porque acontece o seguinte o modelo aprovado com a lei das telecomunicações, é um modelo inovador inclusive num aspecto que se todos repararam alguma falência da lei 8884 é o que faz referência, ou seja, é graças ao (genes?) inclusive que nos ensinou sobre os membros do Ministério na época sobre alguma falência do sistema brasileiro. Então, por exemplo tentamos através do artigo 71 da lei 9472 dar a Anatel competências que o resto do sistema das autoridades de defesa da concorrência não tem que é a autoridade de fazer inclusive provisões a priori em termos de fusões, possíveis _____ decisões etc., em termos de atos de concentração. E mais ainda, no setor de telecomunicações a Anatel como autoridade da aplicação em termos de defesa da concorrência tem a possibilidade de exigir a apresentação prévia de atos de concentração que só pode ser aprovado pela Anatel. Então, eu acho o seguinte; o Brasil teme, este é um tema de reflexão importante em termos do

sistema de como as agências regulatórias dos modelos que temos. Um é o modelo Anatel, Anatel e CADE etc, e outro é o resto das agências, a ANP, Anel, etc. então, é o que eu sinto assim que, faz parte uma maior compreensão do sentido da mudança, da dimensão da mudança que está colocada pela aprovação da lei já de telecomunicações e é uma maior reflexão perante essas persistência de dois modelos internos de agências regulatórias, que defesa da concorrência não é serviço publico etc., e que inclusive eu estou tomando alguma proposta inicialmente estamos discutindo como se diz, ontem ou hoje, eu não me lembro no almoço ontem, eles falavam da possibilidade de aprofundar este debate fazendo alguma coisa, cabe a Anatel junto com o IBRAC etc. Mas eu acho que é uma discussão que merece realmente discussão.

Ubiratan Mattos: Alejandra, o tema de fato merece discussão, é muito relevante e eu acredito que a gente possa prosseguir com essa discussão porque ela realmente merece. Marcos, você tem uma pergunta a fazer.

Marcos Vinícius de Campos: eu gostaria de retomar a proposta que o doutor Paulo fez, para nós refletirmos sobre um projeto estratégico comum entre governo e sociedade e infelizmente doutor Paulo, o que nós estamos percebendo é que há divergência profundas dentro do governo quanto a melhor forma de realização das atribuições de cada um dos órgãos ainda, e nós sabemos também que a sociedade que paga os salários dos senhores, ela não está satisfeita com a eficácia desse sistema a despeito dos grandes números já julgados sobre esta lei.

Agora, mais preocupante nós ficamos ainda quando nós vemos os dados que o doutor Gesner trás sobre os gastos institucionais, sabendo com certeza de que hoje o Tribunal, a Corte, tem uma estrutura maior do que a Delegacia, a SDE. O CADE hoje tem uma estrutura maior do que o SDE e o governo ainda vai tirar a pouca estrutura, não maior mas a pouca estrutura. Quer dizer, há um descompasso claro, só que o senhores todos são membros do governo, que é quem faz o projeto de proposta orçamentária e é evidente que não é razoável que o governo, da qual os senhores fazem parte, esse governo não tenha essa percepção pelo menos e eu creio que é um grande avanço os senhores estarem aqui junto refletindo sobre essa questão. Não é factível para nós que o governo esteja simplesmente cortando recursos do CADE e das agencias, perdão do SDE e da SEAE também; mas para caminharmos, é nesse sentido a minha pergunta; se nós precisamos de um projeto estratégico comum entre governo e sociedade, o governo precisa chegar a este denominador comum e eu concordo com o doutor Considera, de que muito se fala sobre independência, sobre reforma da lei e a minha experiência parlamentar pelo menos é muito clara de que nós não temos

nenhum consenso quanto ao modelo de mudança da legislação, o que nós temos é um consenso é que este modelo é insuficiente, qual o modelo, não sabemos! Está se discutindo, mas esse projeto estratégico comum envolve a sociedade civil, nós temos o que dizer como sociedade civil sob as percepções que os senhores tem sobre o que é melhor para o país em relação a política de defesa da concorrência, mas nós temos que colaborar quando nós soubermos o que o governo também quer. A pergunta seria concretamente, de que forma nós podemos além do executivo incorporar o Poder Judiciário a essa discussão, fato este que não me parece até agora ser objeto de uma preocupação concreta.

Paulo de Tarso: Realmente isso que falamos no sentido da necessidade de um encontro e de uma convergência de interesses e de um debate. Eu acho que se já estamos mais ou menos esclarecidos com relação a insuficiência esse de fato já é um grande passo. E acho muito saudável que haja a pluralidade, que haja a divergência dentro do...acho que ela faz parte do processo democrático e que ela deve servir exatamente como uma forma de enriquecer este debate; por isso que eu acho que a participação da sociedade civil é fundamental neste aspecto. Com relação ao Judiciário eu acho que isso exigiria talvez uma reflexão um pouco mais demorada, eu penso que o tempo não nos permitiria, mas o que eu posso dizer ao senhor é que o Judiciário diferentemente dos demais poderes, como é o caso do legislativo e do Executivo, ele guarda uma razão técnica específica que é a aplicação da justiça, mediante o princípio da legalidade. Quer dizer, tanto o Executivo quanto o Legislativo tem balizas completamente diferentes com relação a isso. acho que, se o senhor quando fala ao Judiciário, naturalmente fala no sistema judicial, fala no Ministério Público, eu acho que essa proximidade é extremamente bem vinda e deve ser percebida e deve ser buscada, mas do ponto de vista evidentemente dos juizes já precisaria uma reflexão mais ampla, que eu acho que o tempo não me permitira fazer.

Ubiratan Mattos: Muito bem. Dr. Laércio.

Laércio Farina: eu quero pedir desculpas ao Dr. Gesner, mas eu acho que eu não entendi uma coisa muito simples, uma coisa elementar com relação à proposta. Quer dizer, pareceu-me que a sugestão apresentada pelo Dr. Gesner, de início eu entendi como uma proposta de fusão, aliás apresentada com proposta de uma fusão boa e prática, quer dizer não precisa prestar atenção para o prazo para apresentar ato para ninguém.

Gesner de Oliveira: é o CADE da isenção.

Laércio Farina: Mas em seguida, acho que eu tive um entendimento e aparentemente o doutor Considera fez o mesmo entendimento em razão daquele último quadro que apresentava as funções específicas da

SDE e da SEAE, isto é, uma voltada para o consumidor e a outra voltada para a política macro econômica.

Gesner de Oliveira: Seria o perito por excelência da área econômica.

Laércio Farina: Então, na verdade... é, eu não entendi se nós estamos aí na área de concentração ou da conduta, porque a redefinição da atuação, se a proposta inclui uma redefinição da atuação da SDE ou da SEAE ou se efetivamente é uma proposta de fusão. Isto é, é uma fusão ou estão nessa proposta, está incluída a exclusão da SDE e a SEAE, como parece que o doutor Considera entendeu.

Gesner de Oliveira: A proposta é de uma redefinição de funções. O problema básico do sistema atual em que a duplicação de tarefas e nós no setor público nesta área, assim como no passado em outras áreas não estamos seguindo o receituário de maior eficiência administrativa. Quer dizer, não há focos em determinados pontos, então há três entidades atuando na mesma área na minha visão e o nosso entendimento seria mais produtivo que houvesse uma especialização do CADE em defesa da concorrência, uma especialização da SDE em defesa do consumidor e a SEAE ele tem, ele cumpre por excelência o papel de perito por excelência da área econômica, que é um perito tanto para a área comercial, para a área de defesa do consumidor, para a área de defesa da concorrência, assim como e eu destaco o papel fundamental da SEAE nesse período de transição dos setores regulados, de um setor extremamente regulado como o setor de combustíveis por exemplo, para uma liberalização a SEAE cumpre um papel fundamental. Então, é simplesmente uma sugestão e repito de caráter meramente técnico, de redefinição de funções, quer dizer é uma racionalização administrativa, a alusão a fusão foi apenas uma anedota, mas é isso que se trata a proposta.

Ubiratan Mattos: Muito bem, nós estamos praticamente encerrando e eu tenho uma pergunta da Dra. Paula Forgioni. Aliás, devo avisar que as vans estarão partindo às cinco e quinze, aguardando aqueles que vão usar o traslado para São Paulo. Pois não.

Ubiratan Mattos: Então já temos cinco. O Dr. Paulo Corrêa tem uma pergunta rápida; o Dr. Pedro um comentário rápido e o Dr. Paulo de Tarso tem uma comunicação a fazer.

Paulo de Tarso: É _____ são bem rápida, é que a minha preocupação é que nessa discussão sobre independência seja considerado uma vasta, uma vastíssima literatura de economia política que trata sobre captura e não apenas de captura, mas como que as decisões das agências desceluladas podem ser em grande parte explicadas pelos interesses próprios dos administradores _____. Quer dizer, não há na moderna literatura da

_____política nenhuma relação inequívoca entre independência e a defesa do interesse público, eu acho que _____ muito importante para esse debate. Era só isso, obrigado.

Pedro Dutra. Eu queria fazer a seguinte observação, só existe uma agência de defesa da concorrência no país. É uma questão técnica, porque só o CADE pode aplicar a lei de defesa da concorrência, as outras agencias aplicam as leis específicas; a Anatel substitui a SDE então ela instrui processo e manda ao CADE para decidir, embora a resolução 101 esquisitíssima tenta tirar esse poder do CADE. Agora, eu falei aqui do Estado do Governo e ninguém mais em suspeito do que o secretário Cláudio Considera para me trazer a seguinte observação e uma novidade estarecedora. A medida provisória 1912/9 de 26 de outubro de 1999, editada no âmbito do Ministério da Saúde, diz o seguinte: tem poderes a agência nacional de vigilância sanitária para aplicar a penalidade prevista na lei 8884/94. Eu não vejo o jurista Sérgio Panunzio na década de 20 criando nada melhor.

Ubiratan Mattos: eu disse que até o término do seminário teríamos mais agências, já estamos na sexta...

Pedro Dutra: Não, só há uma, essa é bastarda, essa foi criada a noite no escuro.

Ubiratan Mattos: Doutor Paulo de Tarso.

Dr. Paulo de Tarso: bom, eu só... senhor presidente eu só queria fazer um anúncio de que já se encontra na Internet para consulta o acompanhamento processual dos atos de concentração.

Ubiratan Mattos: E com isso nós declaramos encerrado esse simpósio, e mais uma vez muito obrigado a vocês e parabéns a todos vocês.

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br