

Conversando com o IBRAC

Coordenação
Pedro Zanotta

Alberto Venancio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro Ferreira da Rosa, José Inácio Gonzaga Franceschini, Maria Isabel Vaz, Baturia Rogério Meneghesso Lino, Ubiratan Mattos, José Augusto Regazzini, Sonia Maria Giannini Marques Döbler, Laércio Nilton Farina, Luciano Coutinho, Onofre Arruda Sampaio, Pedro Dutra, Túlio Freitas do Egito Coelho, Sérgio Varella Bruna, Mauro Grinberg, Marcelo Procópio Calliari, Fernando de Oliveira Marques, Tito Andrade, Cristianne Saccab Zarzur Chacur, Eduardo Caminati Anders

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

EDITORA  SINGULAR

SUMÁRIO

Apresentação	7
Sobre os entrevistados.....	11
Notas sobre o IBRAC por Alberto Venancio Filho	15
Carlos Francisco de Magalhães.....	19
José Del Chiaro Ferreira da Rosa.....	39
José Inácio Gonzaga Franceschini	45
Maria Isabel Vaz.....	57
Batuir Rogério Meneghesso Lino.....	71
Ubiratan Mattos.....	75
José Augusto Regazzini.....	81
Sonia Maria Giannini Marques Döbler	87
Laércio Nilton Farina	93
Luciano Coutinho.....	103
Onofre Arruda Sampaio	107
Pedro Dutra	111
Túlio Freitas do Egito Coelho	115
Sérgio Varella Bruna	119
Mauro Grinberg.....	133
Marcelo Procópio Calliari	141
Fernando de Oliveira Marques.....	151
Tito Andrade.....	155
Cristianne Saccab Zarzur Chaccur	165
Eduardo Caminati Anders	171

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Agência Brasileira do ISBN - Bibliotecária Priscila
Pena Machado CBR-7/6971

C766 Conversando com o IBRAC / coord. Pedro Zanotta. —
São Paulo: Singular, 2019.
188 p.; 16x23 cm.

ISBN: 978-85-53066-13-1

1. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional. 2. Concorrência -
Organizações. 3. Consumo - Organizações. 4. Comércio
Internacional - Organizações. I. Zanotta, Pedro. II. Título.

CDD 060.0981

© Copyright - IBRAC

© Copyright desta edição Editora Singular

Diagramação: Dorival Lopes Junior

Design de capa: Dorival Lopes Junior

Formato: 16 x 23 cm

Papel: Offset 75g/m²

Tipologia: Times New Roman

Número de páginas: 188

Editora Singular

Telefone: 11 3862-1241

Internet: www.editorasingular.com.br

E-mail: singular@singular.com.br

Qual a sua formação? Qual era o contexto regulatório (anti-truste/comércio internacional/relações de consumo) da época?

Minha formação é de processualista. Formado em 1975, o que se tinha de notícias a respeito de relações de consumo eram as que vinham dos EUA. O CDC ainda estava a quinze anos no futuro. Quanto à questão antitruste, existia o CADE, estando em vigor a Lei 4.137 de 1962, mas que muito pouca expressão tinha no contexto da economia da época. Sendo um período de intenso dirigismo estatal que, ao longo dos anos 80 culminaria com o Conselho Interministerial de Preços (CIP) – que nada mais era, na prática, que reunião de cartéis com o governo sentado à cabeceira – o que se esperar, então, da atuação de um órgão de concorrência?

Só com a abertura da economia no início dos anos 90 é que o cenário político-econômico viria a propiciar a evolução do tema concorrência, sob o aspecto da eficácia legislativa. Ao vetusto diploma de 62 sobreviria a Lei 8.158/91, nascedouro da SNDE, posteriormente SDE, e logo após, em 94, a Lei 8.884, primeiro diploma moderno e realmente eficiente de aplicação dos princípios antitruste no cenário brasileiro.

Como se deu a sua ligação com o direito da concorrência e com as demais áreas de atuação do IBRAC?

A questão das relações de consumo é matéria relacionada com o Direito Civil e, portanto, à parte das políticas regulatórias estatais, matéria de uso comum do Advogado. Já o comércio internacional permeou minha vida profissional notadamente no período em que presidi a Câmara de Comércio Brasil Austrália. Mas o Direito da Concorrência foi um tema que me foi dado a conhecer por uma casualidade. Minha mulher, Elizabeth Farina, a pioneira economista a se dedicar ao estudo do antitruste no país, lecionava Microeconomia na FEA/USP e, a certa altura, lá pelos idos da segunda metade dos anos 80, indagou-me se eu conhecia a matéria relativa a concorrência. Evidentemente que a primeira noção que me veio à mente foi a da concorrência pública, porque quase nada se falava desta outra de que tratamos hoje com tanta intimidade.

Assim provocado, fui à LEX, o repertório legislativo daquela época – algo assim como um Google de papel – e assim tive meu primeiro contato com a Lei antitruste, aquela de 1962.

Uma leitura acurada da 4.137 me fez, a meu próprio juízo de então, um especialista em concorrência. Assim são os advogados brasileiros. Dão uma lida em um diploma legal qualquer e acham que entendem tudo daquela matéria. Sullivan, à época, para mim, era um famoso jogador de snooker.

De qualquer maneira, apresentei um painel, naquele curso de pós-graduação, em que discorria sobre a estrutura legal da tutela da concorrência à época. É certo que muito longe, ainda, da absorção dos conceitos econômicos que se tornariam, então no futuro, a ferramenta de trato diário dos profissionais da área. Mas foi um contato importante com a matéria, que aguçou minha curiosidade sobre o tema, ainda mais que acompanhando os estudos que minha mulher começava a desenvolver, posto que se tratava de matéria intimamente relacionada com aquela que lecionava.

Note-se que muito poucos profissionais do direito – e nenhum economista – se dedicavam ao tema à época. E passados poucos anos, já no início dos anos 90 surgiu a primeira oportunidade de submeter ao CADE uma questão que se caracterizava como abuso de posição dominante. Na verdade, um monopólio, e a submissão de representação ao CADE foi acostada a uma ação ordinária no Judiciário.

A esta seguiriam outros temas interessantes submetidos ao órgão: a representação contra o cartel do vergalhão de aço; os primeiros passos contra o cartel do cimento; a defesa da acusação de cartel contra os Cegonheiros; a fase inicial da discussão da concorrência versus propriedade intelectual, dentre outros, para se citar apenas a atuação na esfera repressiva da autoridade antitruste, campo em que me parece que a atividade do Advogado é efetivamente maiúscula.

Como se deu seu envolvimento inicial com o IBRAC? Quais os projetos mais interessantes em que Você participou no IBRAC?

Tendo tido tomado conhecimento da existência do Instituto, em conversas ainda nos antigos corredores do CADE, no anexo do Ministério da Justiça, entrei em contato com então presidente, Carlos Francisco de Magalhães, lá pelo início dos anos 90, que gentilmente me convidou a participar das atividades que, à época, eram protagonizadas por talvez uma dúzia de Advogados e ainda nenhum economista. Em pouco tempo Elizabeth Farina viria a se juntar ao grupo, para

participar da maturação do primeiro seminário de Direito da Concorrência, que teve lugar no Guarujá, em maio de 1995, e que viria a se constituir na marca registrada do Instituto.

Naquele evento debatiam-se alguns temas ainda incipientes, mas o que se sobressaiu e dominou a maior parte das discussões foi o da compreensão do conceito de mercado relevante. Acalorados debates trouxeram à ribalta aquela que se tornaria a figura central do seminário: a Zefa.

Zefa era a empregada doméstica de Mauro Grinberg, ex-conselheiro do CADE, atuante advogado na área e quiçá uma das mais simpáticas figuras que orbitam no setor.

Dizia Grinberg que o conceito de mercado relevante era de tal maneira intuitivo que até a Zefa era capaz de compreender a extensão dos limites geográficos do mercado relevante da padaria onde comprava pão. I.e., ela compreendia o quanto a mantinha fiel ao padeiro e quanto eventual aumento de preço justificaria uma caminhada maior até outra padaria, com preço mais competitivo. Nada muito diferente, diga-se, de intrincadas teorias econômicas a respeito do tema, em sua essência mais tosca.

O fato é que Zefa foi tema de recorrentes comentários e menções durante o evento, e foco do tema de encerramento do Dr. Martin Howe, então diretor do Office of Competition Policy da Inglaterra.

Quanto aos projetos mais interessantes, ressalva feita àquele primeiro seminário e sua singular figura central, Zefa, devo mencionar a primeira discussão do tema com o Judiciário – e Ministério Público – e que foi um dos mais interessantes projetos, senão o mais, desenvolvido no âmbito do IBRAC.

Sempre defendi, e ainda o faço, que o julgamento do cerne do debate sujeito ao órgão da concorrência não pode ser objeto de reapreciação judicial. Além de razões doutrinárias que discorrem sobre o Direito Administrativo, área do direito que disciplina o processo administrativo, outra há de fácil intelecção: a expertise técnica do CADE vis a vis o conhecimento de que dispõe o Judiciário a respeito do tema antitruste.

Ocioso discorrer-se acerca do altamente competente, em termos de conhecimento, corpo técnico do CADE, entenda-se seu plenário e sua Superintendência Geral. Adicione-se o Departamento de Estudos Econômicos e a Procuradoria. Trata-se de um robusto conjunto, com reputação, credibilidade e profundidade de conhecimento ao qual terá sido submetida qualquer questão decidida ali.

Mas, o que ocorre se uma decisão de mérito, analisada em tal ambiente, seja submetida ao judiciário com a pretensão de revisão? Qual

o ferramental que a legislação processual provê à parte, já que não é lícito supor que o Juiz seja onisciente?

A nomeação de um perito! Com os assistentes das partes, que seja...

Tem-se, pois, que em uma questão de profunda análise científica que tenha sido apreciada pelo órgão técnico em distintos níveis e decidido colegiadamente por um conselho com notória especialização, seja revistu por um perito?!?

Não é razoável que seja admissível tal situação.

Evidentemente que não estou a querer dizer que o processo, ou os atos administrativos não sejam sindicáveis, ou passíveis de revisão judicial. A referência é exclusiva ao cerne do mérito do processo. Tome-se por exemplo a definição de determinado mercado relevante que resulte de um julgamento do CADE. É possível que seja revista em Juízo tendo-se em conta as diferenças de conjunto técnico apontadas acima?

É evidente, também, que se se pode apurar, ou provar, que a conclusão do órgão foi tomada com base em informações falsas, por exemplo. Neste caso estar-se-á diante de um outro tema, que é o do ato eivado de vício de legalidade por ato processual e, portanto, neste caso a submissão à revisão judicial resulta do óbvio.

Sustentando tal ponto em um seminário em Campos do Jordão, fui confrontado com exaltado e estimulante debate com Paula Forgioni, que defende o inverso. A acadêmica me brindou gentilmente com a apresentação à publicação de jurista italiano, Daria de Pretis, que sustenta tese igual, afirmando que em tais casos a insindicabilidade, ou impossibilidade de revisão judicial, se dá em razão do que denomina muito apropriadamente de discricionariedade técnica.

Com tal ideia em mente, imaginava eu que o mais coerente seria levar a discussão aos próprios membros do Judiciário, e me vi programando a realização de um seminário que os envolvesse.

À cata de apoio junto aos magistrados federais, imiscuí-me como assistente de um evento que tinha curso sob a organização da AJUFE – Associação dos Juízes Federais – e da Associação de Procuradores do Ministério Público Federal.

Foi ali que ouvi, pela primeira vez, um Juiz Federal, Luciano Godoy, defendendo precisamente tese semelhante, contrária ao exagero da apreciação judicial de todo e qualquer item da administração do executivo (isto à época, imagine-se o que não se dirá hoje?), indagando o que teria acontecido com o tradicional conceito da discricionariedade administrativa

Fazendo contato, naquele mesmo seminário, com o Juiz Godoy, logrei obter dele entusiasmado apoio à ideia de discutirmos, profissionais da área, membros do CADE e, então da SEAE e SDE, com os membros do Judiciário e do MPF, os temas ligados à concorrência.

Adiantando o apoio da AJUFE, cujo liame foi feito por Godoy, finalmente levamos a cabo o evento, absolutamente primeiro do gênero – mesmo contra a opinião de alguns de nossos colegas de IBRAC, refratários à ideia de discutirmos abertamente com Juízes – tendo sido realizado em Brasília em junho de 2006.

O resultado da discussão de tal tema com os magistrados? Bem, não é preciso muito esforço para imaginar a resistência daqueles, mas, para uma parcela mais esclarecida, como a que qualificava Luciano Godoy, a tese era perfeitamente defensável.

O segundo projeto que reputo dos mais interessantes foram as discussões sobre a alteração da Lei 8.884.

Os primeiros passos nesse sentido foram dados por economistas, no âmbito da SEAE, e tinham por fim um duplice objetivo: modificar a forma de submissão dos atos de concentração, para o modelo vigente na grande maioria das jurisdições estrangeiras, ou seja, a apresentação prévia, e agregar conceitos hauridos do direito anglo-saxão com o fim de conferir maior eficiência no combate às infrações à ordem econômica.

Cláudio Considera era o Secretário da SEAE, àquela época, e seu adjunto Paulo Correa eram os mais entusiasmados defensores da necessidade de mudança da Lei.

Discutia-se, ao fim dos anos 90 o conceito de leniência e eu, particularmente, achava que era um modelo que jamais vingaria no Brasil, pelas características. Evidentemente que o futuro viria a demonstrar o quão errado eu estava. Mas me lembro de ao menos ter alertado os economistas que não poderiam ir adiante com aquela ideia, sem considerar a questão do titular da ação penal, i.e., o MP, no contexto do prêmio à leniência.

Mas foi, sem dúvida, o nascedouro do instituto e forçoso registrar que foi gestado por economistas, na extinta SEAE. Hoje, consagrado, é matéria de trato diário na imprensa, como todos sabemos, fruto dos litígios que envolvem principalmente a Lei Anticorrupção e, claro, a antitruste, ainda que com menos pirotecnia jornalística.

Àquela época falava-se, já, na modificação da 8.884 e, certo dia, Considera surge em São Paulo com um projeto embaixo do braço, submetendo-o aos membros do IBRAC e pedindo nossa sugestão em relação ao texto e conceitos.

O presidente do IBRAC era Ubiratan Mattos, à época sócio do Pinheiro Neto, que promoveu incontinenti uma espécie de seminários nas antigas instalações daquela tradicional banca, ainda na rua Boavista. Ficamos imersos por dois ou três dias no estudo de cada vírgula do texto enviado por Considera. Ao final, foi produzido um documento com, se bem me lembro, dezenove sugestões de modificações no texto do projeto, que foi enviado ao Considera, na SEAE.

Passadas algumas semanas eis que volta o Secretário Considera com uma nova redação onde inseridas todas as dezenove sugestões apresentadas pelo IBRAC. Pedia ele, então, que o IBRAC desse apoio ao projeto que estava para apresentar ao Legislativo.

Eis, porém, que alguns de nossos colegas foram visceralmente contra o apoio pedido, dizendo, dentre outras bobagens, que o IBRAC não podia se tornar uma entidade “chapa branca”. Fiquei indignado com aquela posição e cheguei a me retirar de uma reunião por achar um absurdo (e ainda acho) que a SEAE tivesse acolhido todas as nossas sugestões e nos recusássemos a dar um apoio que, ao fim, era apenas um suporte de cunho político, já que nenhum apoio formal teria cabimento.

Foi um despropósito e uma deselegância para com o Secretário, na ocasião, que, ao tanto que sei, ficou anos com uma mágoa e sem sequer poder ouvir falar do IBRAC. E com razão!

Posso ainda citar ainda mais um dos projetos que encabecei na segunda metade dos anos 90, época de incipientes (e quando não, insipientes...) discussões sobre o tema antitruste cá em nossa terra. A Faculdade de Economia da USP realizava mesas de discussões sobre o tema, sob a batuta da Profa. Elizabeth Farina, com o apoio e participação do recém desligado presidente do CADE, Gesner Oliveira. A abordagem acadêmica do tema se dava, assim, tão somente na esfera da ciência econômica, carecendo a área jurídica do mesmo tipo de debate.

Daí a ideia da criação de um ciclo de debates no âmbito da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco foi um passo. Expus um projeto sumário ao então chefe do Departamento de Direito Econômico da Faculdade, Prof. Fábio Nusdeo, que o recepcionou com grande entusiasmo, adotando todas as providências internas que se faziam necessárias à viabilização do plano.

Criaram-se, então, as mesas de debate de Direito Econômico, espelhadas quanto ao tema nas que já se realizavam na Faculdade de Economia, e quanto à forma, nas mesas de debate sobre Direito Tributário, que haviam sido criadas pelo finado Prof. Ruy Barbosa Nogueira. Foram o nascedouro das vindouras atividades acadêmicas relacionadas ao Direito

da Concorrência, levadas a cabo em variados fóruns de faculdades de direito pelo país afora.

Quais as suas recomendações para tornar mais efetiva a participação do IBRAC nas suas áreas de atuação?

Há um tema que é recorrentemente presente nas discussões destes últimos 25 anos em nossa área. Trata-se da questão do controle de condutas versus o de concentrações.

Desde os primórdios da vigência da Lei 8.884, o foco dos debates e também das análises do CADE era o controle de concentrações. Tal foco, aliás, não é uma prerrogativa tupiniquim. Já nos primeiros encontros internacionais sobre o tema, notava-se a tendência entre todas as autoridades antitruste, ao lado das investigações sobre cartel, como fosse esta a única infração notável à ordem econômica. É verdade que a Lei 12.529 cuidou de retirar o aspecto criminal de todas as infrações que não a de cartel. O Brasil, cite-se como curiosidade, era o único país dentre as variadas jurisdições, que ainda criminalizava um grande rol de infrações à ordem econômica.

Mas muito que bem. O fato é que concentração era, como dito, o tema da grande maioria dos debates e apresentações acadêmicas nos foros do IBRAC. Desde a gestão Gesner Oliveira na presidência do CADE, nada havia que atraísse maior atenção das autoridades.

Haveria justificativa para tal?

O certo é que comando que emerge do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal (o esteio da legislação de concorrência) é que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados... É o efeito direto do princípio estampado no inciso IV (livre concorrência), do artigo 170.

Tem-se, assim que a função repressiva é a própria razão de ser da existência de uma agência antitruste neste país. E não é outra, diga-se, a verdadeira vocação da autoridade antitruste. O rigoroso controle de concentração não atende à determinação constitucional em sua plenitude. O que se tem feito nestas últimas décadas de verdadeira repressão ao abuso do poder econômico, que não seja o combate a cartéis? O que é feito da repressão à conduta unilateral, que se trata, à toda evidência, da maioria das práticas que se observam no cenário econômico?

É verdade que há, aqui e ali, uma ou outra decisão do CADE condenando a prática unilateral. Mas no quadro comparativo das decisões

do órgão não há evidência de que se trate algo a que a autoridade tenha tradicionalmente dedicado muita atenção.

Porque se haveria de controlar com tanta ênfase a concentração? A principal motivação é evitar-se que haja a formação de potencial infrativo à livre concorrência, ou de potencial de infração à ordem econômica.

Note-se que se está a tratar do papel do Estado como entidade fiscalizadora do mercado, ou da economia, e como comparativo poder-se-ia citar antigo exemplo: a mesma função fiscalizadora do Estado no trânsito das estradas.

O que cabe ao Estado? Controlar a fabricação de automóveis com motores poderosos que põem à disposição do motorista um enorme potencial de infração à norma da velocidade máxima, ou colocar guardas à beira das rodovias para coibir o titular de tal potencial de vir a infringir a lei?

Cabe ao IBRAC, a meu ver, estimular tal debate procurando ajudar a despertar na autoridade, o interesse e as ações necessárias a dar cumprimento efetivo àquele comando constitucional mencionado acima e que, é, repito, a verdadeira vocação do órgão antitruste.

Quais as suas recomendações para profissionais que estão iniciando agora suas carreiras nas áreas de atuação do IBRAC?

O estudo do processo, notadamente sua teoria geral e, evidentemente, cuidar da prática. O que se tem observado ao longo das últimas duas décadas é um foco exclusivo (esse o defeito que enxergo) no estudo de law and economics, aprofundando conceitos notadamente oriundos do cenário anglo saxão e deixando de lado o aprimoramento daquilo que, ao final, é a ferramenta fundamental de trabalho do Advogado: o processo.

Conhecer processo é essencial para a antecipação dos problemas que podem advir da consultoria preventiva. O Advogado que pouco sabe de processo não antevê os riscos que envolvem o ato a que está assessorando o cliente.

Em segundo lugar, a perfeita percepção da importância e dignidade que qualifica a atuação do Advogado (favor notar a maiúscula). Saber separar a mera chicana da combatividade profissional. Colocar a defesa dos interesses do cliente de maneira intransigente nos limites da legalidade.

Desde estudante muito me impressionou um dispositivo que nosso Estatuto reproduz do anterior e que dispõe que: “Nenhum receio de

desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão”.

Algumas vezes, poucas na verdade, tive que ler e reler tal dispositivo para reforçar o estado de espírito necessário para uma outra iniciativa endereçada a autoridades. Foram apenas duas, mas satisfatoriamente bem-sucedidas.

A leitura e a percepção da profundidade desse dispositivo talvez sejam o principal conselho que me parece de fundamental importância a transmitir ao jovem profissional do direito.