

PAINEL 2 - CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM UM CONTEXTO GLOBAL / MERGER REVIEW IN A GLOBAL CONTEXT

Dr. Gesner Oliveira:

Muito boa tarde! É com enorme satisfação que nós reiniciamos os trabalhos da tarde com o segundo painel do seminário sobre atos de concentração e a economia global. Nós temos o privilégio de ter uma mesa de especialistas na matéria. Nós dividimos essa mesa em torno de uma ênfase mais jurídica e institucional e outra mais econômica.

Nós vamos começar com as questões jurídicas e institucionais e temos o privilégio de contar com um dos maiores especialistas em antitruste que tem experiência na Comissão Européia e em vários países de todos os continentes. Nos Estados Unidos ele é o chefe da divisão antitruste do escritório Allan & Overy, diretor da *International Bar Association* e tem tido participação marcante em vários encontros de defesa da concorrência na América Latina e no mundo.

Temos conosco o Dr. Michael Reynolds, que vai nos trazer as notícias acerca da mudança do regulamento de controle de atos de concentração da Comissão Européia. Então com a palavra o Dr. Michael Reynolds.

Dr. Michael Reynolds:

Muito obrigado Gesner. Para mim é um grande privilégio e prazer assistir pela segunda vez esta conferência anual tão importante do IBRAC, sobretudo porque me dá a possibilidade de deixar o tempo frio da Bélgica para voltar ao Brasil, desta vez para visitar esta cidade encantadora de Campos do Jordão. Se possível, vou continuar em minha língua natal: inglês.

Eu vou falar sobre as propostas de reforma no controle dos atos de concentração pelos europeus, acordada em Bruxelas às oito horas da noite passada e que o Gesner mencionou. Vocês têm um *press release* na mesa. com vocês e eu gostaria de iniciar no contexto global certamente com base em minha experiência como vice presidente da *International Bar Association*.

Nós estamos ativamente envolvidos no trabalho da *International Competition Network* e acredito que qualquer discussão sobre qualquer

reforma da jurisdição dos atos de concentração tem que ser discutida em um contexto internacional. A ICN, embora tenha pouco tempo de existência, conseguiu obter algumas importantes realizações. Eu representei a *International Bar Association* em Mérida, onde enfocamos o controle dos atos de concentração, um grupo de trabalho sobre atos de concentração foi produzido e pontos claros de recomendações foram indicados de modo a gerar boa coerência e clareza internacional no controle dos atos de concentração. Esses guias são um exemplo, possuem limites claros e objetivos que não estão baseados, por exemplo, em *market shares*.

Esses guias também requisitaram, e isso é importante e incontestável, a abolição de prazos curtos para completar as concentrações nos sistemas de controle de atos de concentração que podem ser suspensos. Um exemplo disso é o que ocorre na Comissão Europeia: pode-se encerrar um ato de concentração enquanto a investigação está ocorrendo. Em Bruxelas, por exemplo, responde-se por isso, ou seja, a reforma veda a disposição anterior que nos obrigava a completar um ato de concentração em um acordo legal em sete dias. Possivelmente a razão para isso seja a pressão que existiu durante o trabalho da *International Competition Network*.

No IBA nós temos realizado um exame de autoridades da concorrência para permitir o suporte das recomendações da ICN, e realmente há um grande nível de suporte: são quinze jurisdições, incluindo o Brasil, que têm agora um suporte público para essas recomendações. O IBA tem dado continuidade a este trabalho e estão também interessados em continuar na análise da concorrência. Eu posso recomendar, particularmente, a conferência que será realizada no Panamá no dia 26 de março, que contará com um grande número de líderes das agências de antitruste, particularmente das Américas – Latina e do Norte e da Comissão Europeia. O Bruno Ciuffeteli, que está aqui, era um de nossos agentes da IBA que participou.

Entretanto, gostaria de falar das reformas do controle europeu de regulação e das razões que tínhamos para reexaminarmos o trabalho das regras em Bruxelas. Como vocês sabem, a União Europeia está para aumentar consideravelmente em dez novos Estados e obviamente é muito relevante neste contexto olhar para o caminho das nossas regras.

Eu estou trabalhando para ter certeza que temos o sistema certo para a nova União Europeia, composta de vinte e cinco países. Ao mesmo tempo, pelo fato da Comissão Europeia ter perdido três grandes casos em apelações de atos de concentração na Corte Europeia de Luxemburgo, a

organização dos atos de concentração bem como a concorrência direta estão sendo organizados em Bruxelas, e isso é tão importante quanto as últimas mudanças que vou mencionar.

Realmente temos que analisar todas estas coisas em conjunto. Isto somente descreve o crescimento do parlamento e dos novos Estados-membros. A organização da agência em Bruxelas no sistema de controle de concentrações é significativa. O que a Comissão decidiu fazer foi abolir a força-tarefa da fusão das empresas, que era parte da *Policy Merger Control* de 1992, e direcionada para a concorrência pública geral. Ao invés disso, toda área da concorrência direta terá um corpo de especialistas em atos de concentração e tais especialistas serão expandidos aos setores da indústria.

Isto significa que os oficiais individuais terão conhecimentos específicos em áreas também específicas. Por exemplo, se tivermos uma concentração em Bruxelas, isto será analisado no futuro por grandes especialistas que investiram muito tempo de suas vidas naquele setor particular. Eu acho que isso fará uma grande diferença quando a Comissão se aprofundar nestes casos.

Outra mudança que foi feita diz respeito à escolha de um economista principal. As críticas feitas à Corte Européia, nos casos em que a Comissão perdeu a apelação, nos permitiram ver que a análise econômica da Comissão não foi rigorosa o suficiente. E para contrabalançar isso, a Comissão apontou um economista principal: ele é alemão e será assessorado por um copo de dez economistas. Eles estarão presentes em todos os casos importantes, fazendo um julgamento econômico da análise da Comissão.

As apelações que a Comissão perdeu deram ensejo a uma grande pressão negativa e essa foi uma das razões do porquê dessas mudanças internas terem sido feitas. A Comissão já fez seu pacote legislativo de propostas, o qual eu comentarei daqui a pouco, e tal pacote foi adotado noite passada depois de uma negociação muito difícil.

Os casos que a Comissão perdeu consistiram em três decisões proibitivas extremamente difíceis que foram adotadas pela Comissão. Foram proibidos atos de concentração para muitos acessos de expansão, mas em três desses casos a Corte Européia declarou que a Comissão Européia não realizou as análises de maneira correta. O interessante é que duas dessas partes estão processando a Comissão Européia por perdas e danos em virtude do resultado das decisões proibitivas adotadas.

É importante lembrar que ainda existem mais duas apelações relativas à casos anteriores: o primeiro caso foi proibido pela Comissão e o outro é o famoso caso *GE*. Este último se realizou normalmente nos Estados Unidos-foi aprovado pela *Federal Trade Commission*, mas foi proibido em Bruxelas. Apelou-se na Corte Européia mas a apelação não foi realizada com base no *fast track*. Nós não teremos o resultado deste caso até o final do próximo ano e com certeza mais este caso contra a Comissão Européia pode provocar grandes implicações em Bruxelas. Há muitos rostos felizes em Washington.

Como tive que rescrever o meu discurso devido ao que aconteceu na noite passada, vou falar rapidamente sobre o pacote de reformas. O pacote legislativo foi introduzido em dezembro de 2001, quando a Comissão entrou em consultas e produziu as propostas para a nova regulação dos atos de concentração. Esta regulação surgiu antes do Conselho Europeu, porque a decisão desta regulação é de todos os Estados-membros. Na verdade, uma nova regulação vai entrar em vigor em maio de 2004.

A principal figura desta regulação é o teste atual que a Comissão Européia terá que aplicar na análise das fusões em um contexto global. Este teste é uma das figuras interessantes da nova regulação e prova uma das controvérsias.

O teste corrente de atos de concentração é basicamente um teste de posição dominante. Os atos de concentração da União Européia não são aprovados se uma posição de domínio for criada diretamente. Existem várias maneiras da Comissão Européia revisar este teste, aproximando-se à aplicação do teste nos Estados Unidos, na Austrália, no Canadá, etc. Contudo, o teste no meu país, o Reino Unido, é substancialmente pobre em concorrência.

Os cuidados que Bruxelas tem com o teste da posição dominante não atingirá todos os casos de maneira correta, por isso é que a Comissão Européia tenta ajustar todos os aspectos porque este teste tem alguns problemas na Corte Européia. Além disso, existem muitos processos de acolhimento das mudanças substanciais do teste porque, num contexto global do trabalho do *International Competition Network*, faz muito mais sentido ter testes similares aplicados nas jurisdições de atos de concentração em todo o mundo.

De qualquer forma, um problema político sobre isso causou muitas discussões que terminaram muito tarde ontem em Bruxelas. A autoridade antitruste alemã- a Alemanha tem o teste da posição dominante- não aceitava uma mudança o que removeu a referência à dominação. Na verdade, o pacote todo de reformas corria o risco de ser bloqueado porque do modo como as

coisas funcionam em Bruxelas, um ato precisa de um consenso unânime, isso é, um membro pode bloquear.

Então, não iríamos ter uma diminuição substancial no teste de concorrência e ainda não está claro o que teremos realmente. Estou lendo o que veio de Bruxelas e o teste que está aparentemente sendo adotado é o que se refere a um impedimento significativo da concorrência efetiva, o que é totalmente novo. Eu acho que é um teste experimental, porque o Conselho de Ministros têm que concordar com o que isso significa. Particularmente, acho que a dominação estará aí.

Minha reação inicial a isto foi assumir que temos uma situação mais complicada do que nós tínhamos antes porque teremos um terceiro teste. Além do mais, isto está marcado pelo compromisso político de satisfazer os Estados-membros e muitas das legislações europeias têm produzido resultados como este. Na verdade, esta não é uma experiência nova. O problema surgirá para as empresas e para os advogados, que terão que ser avisados e trabalharão com as transações com base no novo teste.

Eu realmente não sei como isso funcionará e não posso dizer muito mais porque não sei o que vai acontecer. Entretanto, acho que é uma pena não termos mudado para uma posição mais convergente e similar à das outras jurisdições de atos de concentração.

Rapidamente passarei para as outras mudanças do pacote porque o teste é apenas uma delas. Quanto aos procedimentos, eles serão mudados: as partes terão seus direitos de defesa ampliados e será possível ter acesso ao documento da Comissão Europeia em uma fase anterior à dos procedimentos. A Comissão também terá a oportunidade de expandir seus poderes de investigação e os executivos estarão sujeitos a dar declarações para a Comissão Europeia, as quais poderão ser usadas como evidência- o que não acontece no momento.

Mas a Comissão, nos casos dos atos de concentração, recusou-se a adotar a política de investigações para checar evidências nas residências e nos computadores pessoais, o que pode ser feito nos casos de cartel. Isto causou certo alívio nas pessoas que não gostariam de encontrar os oficiais de polícia revirando suas casas durante a noite, conferindo se o mercado compartilha as estatísticas que eles forneceram previamente e se elas estão corretas ou não.

Uma outra grande mudança na regulação está nas regras jurisdicionais. A regulação está baseada em uma venda acionária, mas se temos fusões acima de certo limite- 5 bilhões de euros para ambas as partes ou 250 milhões de euros para cada uma das partes em volume de negócios

na Europa- caberá à jurisdição de Bruxelas controlar os atos de concentração; abaixo deste limite caberá aos Estados-membros .

O problema está no fato de que temos vinte e cinco Estados-membros e a maioria deles têm o seu sistema próprio de controle dos atos de concentração. É bem possível que na Europa, mesmo se estivermos abaixo do limite, tenhamos que notificar um número enorme de Estados-membros. Isto gera alguns problemas: o trabalho da venda acionária, que não terá muita flexibilidade, terá que ser ajustado; se uma fusão que estiver fora da jurisdição de Bruxelas, e portanto abaixo do limite, for notificável em mais de três Estados-membros ela pode ser recusada pela Comissão Européia.

Em outras palavras, teremos um sistema mais flexível de recusas e será possível discutir onde a fusão é negociada, mesmo se fora dos limites rígidos da regulação. As partes individuais também terão a oportunidade de argüir se aquele caso deve mesmo ser analisado em Bruxelas, por exemplo: o caso está abaixo do limite e precisa ser notificado na Lituânia, na Eslovênia, na França e em outros países; neste caso poderemos ir até as agências e a Comissão e dizer que queremos que este caso seja analisado em Bruxelas por apenas uma agência. Assim pode-se chegar a uma solução mais satisfatória do que submetê-lo à diferentes agências.

Finalmente, a maior mudança é o período de tempo para apresentar uma regulação de ato de concentração. Primeiramente temos um momento único em que se pode notificar a Comissão Européia de Bruxelas quando há uma oferta de acordo. Várias pessoas têm criticado isto por ser muito inflexível. Por exemplo: como nós sabemos, nos Estados Unidos pode-se notificar em um estágio muito anterior uma oferta de acordo, e acho que isto também é assim no Brasil.

Bem, novamente o interesse de uma convergência internacional fez a Comissão mudar suas regras. A partir de agora podemos ir à Comissão em um estágio anterior, por exemplo, quando temos um memorando excelente ou apenas cartas de intenção entre as partes. Em suma, podemos notificar em um estágio anterior porque devemos notificar o relatório em sete dias.

Dessa maneira, teremos um sistema mais flexível e que tornará mais fácil a coordenação dos arquivos ao redor do mundo; será algo mais similar aos Estados Unidos e à outras jurisdições como o Brasil, e isto irá habilitar as empresas a ter uma estratégia mais coerente.

A outra mudança importante que foi feita é que o período de tempo

que a Comissão terá para analisar os casos está se tornando mais flexível. Até o momento temos um período de um mês para a primeira fase; depois da reforma, se as partes quiserem apresentar propostas terão que apresentá-las em três semanas. O período de um mês será agora estendido em uma semana, ou seja, serão trinta e cinco dias úteis.

Na segunda fase, existia um sério problema de concorrência, mas este período também se tornou mais tranquilo e será de noventa dias úteis. Existe até a possibilidade de se estender o prazo em três semanas se os empreendimentos apresentados no caso forem muito difíceis. Neste caso, as partes podem consentir que a Comissão estenda este período para vinte e cinco dias.

Em outras palavras, o tempo se tornou muito mais razoável e isto promoverá melhores decisões e melhor qualidade de vida para as empresas e para os advogados que trabalhavam com espaços muito curtos de tempo. Isto facilitará seu trabalho.

Mas enfim, teremos que esperar para analisar o real sentido deste *press release* e o que aconteceu na noite passada em Bruxelas. Certamente a mudança mais significativa foi a substituição do teste e temos que avaliar realmente como ele será feito. Esperamos que isso não signifique que, ao invés de termos dois testes ao redor do mundo, teremos agora três testes, sendo o terceiro provavelmente o mais difícil de interpretar.

Obrigado.

SLIDE 1

Merger Reform in a global context

Michael J. Reynolds
Head of Anti-Trust Group

ALLEN & OVERY, BRUSSELS
28th November, 2003

SLIDE 2

Overview

- ◆ Commissioner Monti's record as an aggressive enforcer of EU competition rules
- ◆ Recent Developments
 - Enlargement- 10 new states in May 2004
 - Reorganisation of DG Comp
 - The Leniency Notice
 - Merger Reform
 - Modernisation Regulation (Reg. 1/2003)

SLIDE 3

Levels of antitrust fines imposed

- ◆ Total fines in 2002: €1,100 million
- ◆ Total fines in 2001: €1,800 million
- ◆ Amount of fines given in 2001 = higher than total number of fines between 1969 and 2000
 - Highest individual fine: €462 million (Hoffman LaRoche in *Vitamins*)
 - Highest fine for single infringement: €249 million (Lafarge in *Plasterboard*)
 - Highest individual fine for anti-competitive distribution system: €149 million (*Nintendo*)

SLIDE 4

List of current Member States

European Union (“EU”)		European Economic Area (“EEA”)
Austria	Italy	EU MEMBER
Belgium	Luxembourg	STATES PLUS:
Denmark	Netherlands	Norway
Finland	Portugal	Iceland
France	Spain	Liechtenstein
Germany	Sweden	
Greece	United Kingdom	
Ireland		

SLIDE 5**Enlargement of the EU**

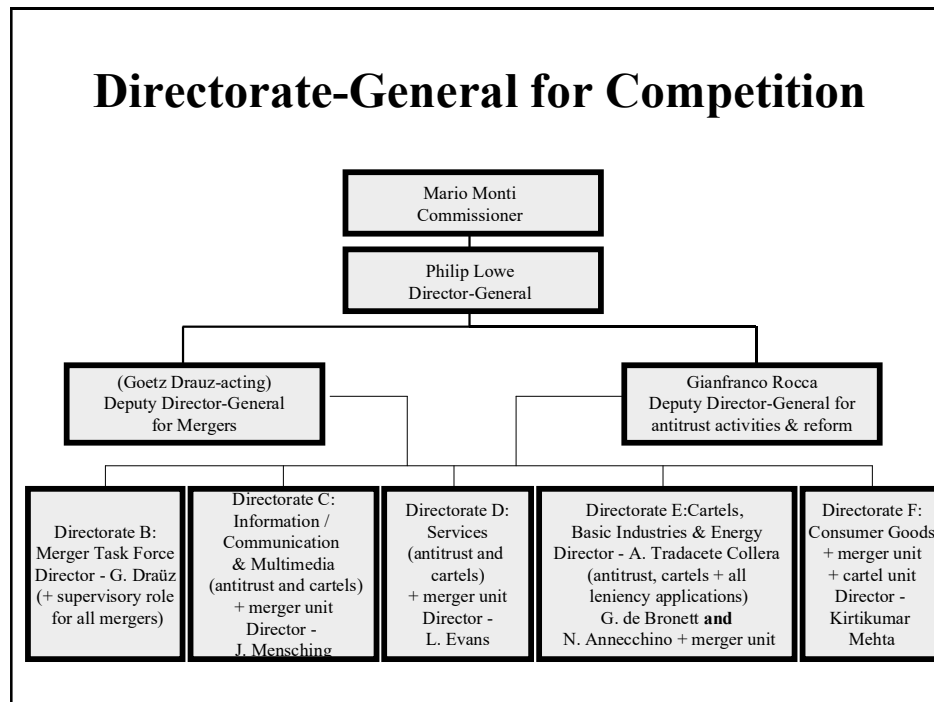
From 1st May 2004:

- ◆ Cyprus
- ◆ The Czech Republic
- ◆ Estonia
- ◆ Hungary
- ◆ Poland
- ◆ Latvia
- ◆ Lithuania
- ◆ Malta
- ◆ The Slovak Republic
- ◆ Slovenia

SLIDE 6**Reorganisation at DG COMP**

- ◆ Reorganisation along industry sector lines
 - dealing with industry experts from start to finish for both mergers and behavioural cases
- ◆ “Reverse takeover” of MTF best practice
- ◆ Chief Economist’s office
 - Direct response to ECJ criticism in the Airtours ruling

SLIDE 7



SLIDE 8

Mergers - Introduction

- ◆ Last 12 months have been extremely dynamic and challenging time for the Commission - “choppy seas” (*Mario Monti*)
- ◆ Accelerated reform of the EC Merger Regulation (ECMR)
- ◆ Prompted revision of the Commission’s internal procedure

SLIDE 9

Mergers - Cases

- ◆ CFI overturned prohibitions in:
 - *Airtours / First Choice* (June, 2002)
 - *Schneider / Legrand* (October, 2002)
 - *Tetra Laval / Sidel* (October, 2002)
- ◆ Outstanding appeals pending in:
 - *MCI Worldcom / Sprint*
 - *GE / Honeywell*

SLIDE 10

Mergers - Cases *cont.*

- ◆ *Airtours / First Choice*:
 - Guidance on collective dominance
 - market transparency
 - adequate deterrents
 - foreseeability of conduct
 - Failure to meet evidential standard
 - 3 years - “effective” judicial review?

SLIDE 11

Mergers - Cases *cont.*

- ◆ *Schneider / Legrand:*
 - More speedy judicial review under the fast track procedure - deal not yet dead
 - Criticism of the Commission's economic analysis
 - Procedural irregularities between Statement of Objections & decision
 - Schneider suing the Commission

SLIDE 12

Mergers - Cases *cont.*

- ◆ *Tetra Laval / Sidel:*
 - Insufficient evidence & errors of assessment in the Commission's analysis in relation to:
 - conglomerate effects
 - the application of the leveraging analysis
 - Appeal by the Commission to ECJ

SLIDE 13

Mergers - The Need for Reform

- ◆ Combined effect of *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel* after *Airtours* was loss of confidence in the merger process
- ◆ Apparent that major reforms required
- ◆ Prompted radical calls for creation of an independent “competition court” - Commission needed to act ...

SLIDE 14

Mergers - Reform Process

- ◆ Review of the Merger Regulation almost completed
 - Green Paper launched in December, 2001
 - Consultation period from December, 2001 to March, 2002
 - Draft Commission proposal for a new Merger Regulation published 11th December, 2002
 - New Regulation set to be approved by 27th November, 2003
 - Entry into force 1st May, 2004

SLIDE 15**Mergers - Reform Process *cont.***

- ◆ Features of the proposed draft new regulation (published December, 2002):
 - Dominance and SLC combined
 - Increased flexibility for parties in terms of timing of notification and assessments
 - Simplification of EU-national allocation procedure

SLIDE 16**Mergers - Reform Process *cont.***

- ◆ Features of the proposed draft new regulation *cont.*:
 - Increased rights of defence (access to file, “state of play” meetings, meetings with 3rd parties before Statement of Objections)
 - Alignment of fact-finding powers with those in Article 81/82 cases

SLIDE 17

Mergers- Reform Process- *cont.*

- ◆ Main issues on referrals between Member States and the Commission
 - Reasoned request by parties
 - Referral back to Member States: test of “affects competition” replaces “dominance concerns” in national markets - new Article 9
 - Commission right to request referral from Member States

SLIDE 18

Mergers- Reform Process. *cont.*

- ◆ Time frame developments
 - Notification when “binding agreement in good faith”
 - All days are “working days”- references to dates removed
- ◆ Phase I
 - Becomes 35 working days- one week longer
- ◆ Phase II
 - 90 day working day period
 - Extension by three weeks if undertakings received by or after 55th working day
 - Potential for one extension of 20 days

SLIDE 19**Mergers - Reform Process *cont.***

- ◆ Mario Monti's further response to criticism:
 - Draft notice on the appraisal of horizontal mergers 11th December, 2002
 - Peer review unit set up by Philip Lowe
 - Further resources for hearing officer

SLIDE 20**Mergers - Reform Process *cont.***

- Appointment of a new Deputy Director General for mergers -Goetz Drauz ad interim
- Appointment of a new Chief Economist - Professor Rölller
- Proposed measures relating to staffing and resources of DG Comp, and management / investigation of cases

SLIDE 21

Mergers - Challenges & implications

- ◆ Checks & balances:
 - Standard of proof
 - Sufficient reform?
- ◆ Appeals:
 - Fast track
 - Appeals on remedies
 - Third party actions

SLIDE 22

For More Information

Please visit www.allenoverly.com
 or contact **ALLEN & OVERY**

London Office

One New Change
 London EC4M 9QQ
 UK

T: +44 20 7330 3000
 F: +32 20 7330 3000

Brussels EU Office

268A Avenue Tervueren
 Brussels B-1150
 Belgium

T: +32 2780 2222
 F: +32 2780 2244

New York Office

20th Floor
 1221 Ave of the Americas
 New York, NY 10020

T: 212 610 6300
 F: 212 610 6399

Michael.Reynolds@allenoverly.com

Dr. Gesner Oliveira:

Muito obrigado Dr. Michael Reynolds pela exposição brilhante e informativa. Agora nós passamos a palavra ao Dr. Sérgio Varella Bruna, conhecido de todos nós, conselheiro ativo do IBRAC, doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor e consultor na área de antitruste do escritório Goulart Penteado. Ele vai abordar uma série de temas relacionados ao que fazemos certo e aquilo que fazemos errado. Há uma série de discrepâncias na legislação brasileira e também na prática brasileira em relação à experiência internacional; há porém uma série de convergências. Onde acertamos e onde erramos são as grandes questões que o Dr. Sérgio Bruna vai abordar.

Dr. Sérgio Bruna:

Boa tarde a todos. Eu não tenho a pretensão de dizer o que é certo ou o que é errado, mas apenas gostaria de tentar dividir com vocês as coisas que tenho ouvido nesses últimos anos. Eu tenho basicamente trabalhado com operações transnacionais que são notificadas em muitos lugares e cabe a nós do Brasil às vezes fazer uma pequena parcela do trabalho que é feito ao redor do mundo.

A cerca de dois anos atrás, ouvi de um colega estrangeiro que o importa no Brasil é pagar, isto é, se notificamos a operação pagamos a taxa processual, se não notificamos pagamos a multa. Isto quer dizer que pagando está resolvido. Na verdade, a concepção que tinha este meu colega, a meu ver equivocada, é que o sistema funciona para arrecadar multas e taxas. Por mais que eu quisesse dizer a este colega que o impacto da arrecadação destas multas e taxas no contexto orçamentário brasileiro é absolutamente desprezível, ele ainda assim deve ter continuado com a imagem de que o nosso sistema de controle de atos de concentração existe para arrecadar recursos.

Dessa forma, gostaria de dividir com vocês essas críticas que tenho ouvido e descrever quais são as principais para, no final, colocar as idéias que acho que podem ser debatidas e que permitiriam alguns ajustes na praxis dos nossos procedimentos de revisão sem necessariamente ajustar a legislação. Tais idéias poderiam contribuir para melhorar o modo de funcionamento do sistema, especialmente no que diz respeito aos atos de concentração, e talvez atender a certas críticas que têm alguma procedência no contexto internacional.

Enfim, vou tentar descrever qual é o papel que o Brasil representa em negócios multinacionais, quais são as principais críticas e fazer um balanço dos avanços que já foram realizados, que com certeza são muitos. As autoridades brasileiras têm trabalhado seriamente para melhorar a aplicação dos nossos procedimentos, o que ainda está por ser feito na minha opinião. Creio que isto está ao nosso alcance sem efetivamente modificar a legislação.

Eu gostaria de deixar claro que não quero fazer críticas ao sistema; simplesmente gostaria de dividir com a platéia essas informações que recebo e colocar algumas idéias para que sejam debatidas e, eventualmente, possam contribuir em alguns procedimentos.

O que o Brasil representa num contexto de um negócio internacional? Normalmente o peso da parte brasileira do negócio é muito pequena, chegando a ser ínfima. Há alguns meses vi um contrato no qual notificamos que o preço da unidade brasileira era colocado num dos anexos do contrato como zero, isto é, o valor atribuído para a parte brasileira era zero no negócio e ainda sim este tinha que ser notificado.

Para uma empresa da Europa ou dos Estados Unidos o contexto brasileiro é algo um tanto exótico porque a imagem que eles têm do Brasil é a de um local distante, para o qual eles têm que voar mais horas do que para o Japão, por exemplo.

Então há uma grande dificuldade, especialmente quando a empresa tem aqui no Brasil uma pequena operação e obtém informações de mercado. Isto tem um ônus muito grande para quem está na Europa ou nos Estados Unidos tentando reunir informações sobre um negócio confidencial que não pode ser revelado na sua subsidiária brasileira naquele estágio simplesmente para atender as obrigações legais de modificação de países como o Brasil.

Dessa maneira, isto gera um custo que é proporcionalmente muito alto para a importância das operações locais. Conseqüentemente, estas questões todas geram nos atores internacionais deste processo um estímulo para tentar evitar a notificação no Brasil. Aliás, isto não é um problema brasileiro porque a tentativa de evitar a notificação vale para todas as jurisdições em que for possível já que ela representa um custo.

Trata-se de um custo não só com os advogados mas também de um custo interno da empresa que, para conseguir as informações que são exigidas nas notificações, tem que alocar muitos recursos- o que é demasiadamente incômodo.

Porém, isso não significa que o Brasil não tem um papel a desempenhar nas fusões multinacionais. Atualmente, há no CADE a discussão de uma fusão que foi suspensa no mundo inteiro e também o caso entre a MCA- Sprint, que trouxe um problema regulatório muito interessante para a Intelig e a Embratel. Assim, um ato internacional não necessariamente é despido de conseqüências do ponto de vista competitivo no Brasil.

Então, esta situação não significa que nós não tenhamos um papel a desempenhar e também que devemos ignorar as críticas porque talvez pensando sobre elas possamos avançar.

Quais são as principais críticas que ouço e que provavelmente muitos de vocês já ouviram e tem ouvido? A primeira delas é que o sistema brasileiro exige a notificação de operações de reduzido impacto no Brasil. Isso não era assim, mas de uns tempos para cá contraria as recomendações da ASN sobre as regras adequadas dos sistemas de controle de atos de concentração.

Já aconteceu comigo, por exemplo, de ter que notificar uma operação em que o faturamento da empresa anterior tinha sido de US\$ 3.000,00 e a empresa gastou US\$ 15.000,00 de taxa processual. Quer dizer: é muito difícil neste contexto argumentar que a intenção das regras que exigem a notificação dessas operações não é arrecadatória.

A segunda crítica que se coloca diz respeito ao momento de apresentação do negócio. Nós vimos na exposição anterior que a própria Europa discute este tema hoje, mas ainda não se conhece o texto da resolução que está sendo aprovada pelo Conselho da Comunidade Européia.

O Brasil exige a notificação de atos e de contratos preliminares que são muitas vezes expressamente conhecidos como contratos não vinculativos- contratos *non bidding*. Este é o caso dos memorando de entendimento e das cartas de intenção que, a despeito de serem na prática internacional de negócios *non bidding*, são *bidding* para as normas brasileiras.

Esses documentos são preliminares e muitas vezes feitos durante uma fase do negócio em que a transação da operação é completamente confidencial, mas mesmo assim a notificação tem que ser feita no Brasil. Não raro, a notificação brasileira é a primeira a ser feita no mundo e mesmo assim as empresas são multadas por fazerem sua notificação fora do prazo.

Outra crítica que se faz é quanto à demora na aprovação. Embora dentre todas as notificações a brasileira seja a primeira a ser feita, nossa decisão com freqüência é a que mais demora. O professor Rodas colocou

algumas questões e sugestões a respeito deste problema e talvez eu possa fazer algumas outras sugestões a esse problema.

Finalmente, o que causa imensa irritação nos nossos correspondentes internacionais é o excesso de solicitações de informações adicionais que vêm durante todas as fases do processo. Elas se distribuem tanto na fase das secretarias quanto na fase do CADE e para que se possa compreender o que elas geram, basta dizer que elas vem em média um ano e meio depois que a operação foi aprovada pela Comunidade Européia ou pelos Estados Unidos. É muito difícil de entender o que ainda se está discutindo no Brasil depois que o negócio já foi aprovado e colocado como um *historic filing* como já me disseram uma vez.

Mas não é possível fazer essas colocações sem, ao mesmo tempo, reconhecer que um imenso avanço já foi feito. Nos últimos anos, como resultado da intenção sincera das autoridades brasileiras em conferir melhor qualidade aos procedimentos de revisão de atos de concentração, podemos dizer que melhoramos muito. Alguns destes avanços estão aí indicados.

Eu acho que historicamente o primeiro desses esforços foi o guia conjunto de análise, que não era inicialmente conjunto mas que depois passou a sê-lo. Ele conferiu alguma racionalidade aos procedimentos e ao modo de preparar os pareceres das secretarias e do CADE também.

Hoje, se compararmos as decisões dos nossos casos com as primeiras decisões, o número de páginas delas passou a ser bem menor, ou seja, o CADE deixou de fazer decisões muito longas em operações simples e isso certamente tem contribuído para a aceleração do tempo de tramitação dos processos. Particularmente, acho que fundamentalmente o maior avanço foi o procedimento sumário. Isto significa que os casos mais simples serão tratados de forma simples, não sendo mais necessário fazer uma investigação exaustiva. Neste contexto, conseguiu-se uma sensível redução do tempo de tramitação e uma sensível redução do número de solicitações adicionais.

No procedimento sumário efetivo- aquele que começa como sumário e é tratado como tal até o final- normalmente não se recebe nenhum pedido de informação. Quando comecei a trabalhar nesta área, um ato de concentração simples demorava entre um ano e meio e dois anos; hoje há casos que são resolvidos em três meses ou talvez até menos pelo sistema. É um avanço muito grande que merece ser notado.

Contudo, não podemos esquecer que ainda há avanços a realizar. Como o professor Rodas disse, existe ainda uma grande demora no sistema e

acho que aquelas críticas que expus ainda nos levam a crer que é preciso uma maior clareza quanto às regras aplicáveis ao procedimento. Aliás, esta é uma recomendação da ASN para que as regras aplicáveis aos procedimentos sejam transparentes e claras. É também necessário que se reduza o número de operações notificadas levadas ao sistema porque ele está sobrecarregado com uma grande quantidade de operações sem nenhum significado competitivo.

É igualmente necessário, como apontou o professor Rodas, reduzir o tempo de tramitação. Ele já foi muito reduzido em relação às operações mais simples mas pode ser reduzido ainda mais, especialmente na tramitação das operações mais complexas e no número de solicitações de informações adicionais. Mesmo porque algumas dessas informações nem sempre são necessárias e algumas vezes são feitas, creio eu, apenas com o intento de suspender o prazo de apreciação que as agências têm para concluir a sua missão no processo.

Há muitas dificuldades que com certeza não dependem apenas de uma decisão das autoridades públicas a fim de melhorar nosso sistema. A primeira dificuldade é que no Estado brasileiro falta tudo: pessoas e recursos. O trabalho que se faz chega a ser verdadeiramente heróico em face à escassez de recursos que temos.

O segundo óbice é que há operações demais. As nossas regras de notificação e os nossos limites são muito baixos. Isso tem feito com que muitas operações, que absolutamente não deveriam ser levadas ao sistema tenham que sê-lo. Por exemplo: compras de participações minoritárias ou aquisição de artigos que não têm nenhuma representatividade competitiva no mercado.

A outra dificuldade normalmente colocada pelas autoridades é a deficiência nas informações que os advogados e as partes, em última instância, levam ao sistema. Quer dizer, muitas vezes levamos- e reconheço formulários com informações incompletas- informações que não permitem concluir uma análise sumária nesse momento inicial por exemplo. Então muitas vezes as possibilidades de um procedimento sumário são abandonadas devido à deficiência de informações no formulário.

Por outro lado, é preciso reconhecer também que em muitos casos os advogados praticamente transcrevem os mesmos formulários de notificação que foram apresentados na Europa e nos Estados Unidos, onde essas operações passam sem nenhum pedido de solicitação adicional. Em vários outros casos recebemos cinco, seis, oito ofícios pedindo informação, isto é, nem sempre recebemos das autoridades brasileiras um número

excessivo de solicitações de informações se analisarmos as deficiências das informações apresentadas no formulário.

Finalmente, todos nós concordamos que é necessário mudar nossa lei. Ela já desempenhou o seu papel e precisa de ajustes, o que é com certeza uma dificuldade a ser vencida. Gostaria de lembrar que há dois seminários atrás tivemos uma primeira discussão sobre o projeto de lei. No último seminário, há um ano, discutimos a apresentação de um anteprojeto de lei que deveria ter sido mandado ao Congresso e que, por enquanto, não o foi. Então, se há dificuldades para que esta proposta simplesmente chegue até o Congresso, imaginem o quanto não será difícil aprová-lo.

Portanto, é preciso pensar neste momento o que pode ser feito sem uma mudança na lei. Obviamente a lei deve ser mudada e devemos lutar por isso, mas não podemos ficar esperando esta mudança para só então tentar melhorar o sistema.

Dessa forma, trouxe algumas idéias. Em primeiro lugar, algumas regras que causam os problemas que temos vivenciado são fruto de uma interpretação e não necessariamente estão colocadas no texto da lei. O critério de faturamento mundial é um desses casos e, apenas para lembrar, o CADE interpretava esta regra de forma diferente em 1996.

Portanto, seria possível interpretar esta regra de um outro modo para, por exemplo, restringir o efeito deste faturamento no território brasileiro se aproximadamente 130 milhões de dólares é um limite de faturamento muito baixo no contexto internacional enquanto no Brasil é um faturamento mais adequado?

O outro problema diz respeito ao conceito de primeiro documento vinculativo. A interpretação que se dá hoje no CADE ao conceito de primeiro documento vinculativo não é a melhor interpretação no meu modo de ver, já que a lei nos levaria a uma conclusão bastante diferente. Mesmo assim, acho que é algo que pode ser modificado.

A espécie de documento que gera a obrigação de notificar no Brasil- documentos preliminares- também causa problema porque as empresas acabam usando como critério inicial da contagem do prazo de notificação diversos tipos de documento. Enfim, também por uma questão de interpretação da lei no Brasil, exige-se a notificação das operações de aquisição de participações minoritárias, o que não gera impacto em controle societário.

Estou informado de que na seção de anteontem no CADE houve dois ou três casos em que essa questão foi discutida. Sinalizou-se uma modificação, mas pessoalmente não faço idéia de qual será a orientação daqui para frente. Realmente não sei se o CADE sabe, ele próprio, quais os critérios que devemos seguir quando orientamos nossos clientes a notificar ou não uma operação no Brasil.

Pois bem, nada impede que a interpretação mude. Por exemplo, uma sugestão seria aceitar como boa a notificação do mesmo documento que foi usado internacionalmente para amparar as notificações. Usar a data deste documento que foi usado fora, aqui no Brasil, como tempo inicial para a contagem do prazo para notificação.

Por que não? Se este documento é bom em todos os lugares, por que não seria bom aqui no Brasil também? Há razão para que utilizemos um critério mais rigoroso do que as jurisdições que têm mais tradição até na aplicação de normas de controle de atos de concentração? São perguntas que ficam.

Entretanto, é importante que haja clareza quanto às regras aplicáveis. Tais modificações que estão sendo sinalizadas no plenário do CADE nos últimos dois ou três meses não podem pegar a comunidade que trabalha na especialidade de surpresa. Eu, como advogado, não faço a menor idéia de quais os critérios que estão valendo atualmente para fins de orientar meu cliente a notificar ou não uma operação. Aliás, fiquei surpreso em dois de meus últimos casos ao notificar operações que a despeito de se enquadrarem absolutamente nos critérios de notificação anteriores não foram conhecidos pelo plenário.

Como advogado acho que, estando nesse foro de debates, cabe-me pedir e até suplicar aos membros do CADE que esclareçam esta questão através de uma resolução porque isso contribuiria muito para a clareza e para que os administrados soubessem o que o Estado espera deles, até porque isto está em conformidade com as orientações da ASN.

Para concluir, quanto ao número de solicitações adicionais, é possível reduzi-los drasticamente. Em primeiro lugar é preciso notar que em casos simples a autoridade não tem o dever de comprovar a veracidade da proposta de definição de mercado das partes. A minha proposta é usar o conceito de caso simples no caso em que não tenha havido oposição de terceiro. Se os clientes competidores não se importam com o caso, por que a comunidade vai despende recursos tentando checar as definições de mercado?

É possível utilizar estas definições e recomendar a aprovação do caso com ressalva, e isso é o que a lei propõe não só porque a autoridade tem a possibilidade de impor multa por enganosidade caso o formulário de informações traga informações falsas, mas também porque é possível reverter a aprovação caso estas informações se verifiquem mais adiante incompatíveis com o mercado. Então é possível jogar o ônus das informações sobre as costas das empresas, retirando-os das costas das autoridades a fim de reduzir o número de solicitações adicionais.

Enfim, há avanços a realizar e eles estão ao nosso alcance e não exigem necessariamente a modificação da legislação. Estas são as idéias que gostaria de colocar em debate e que, se forem julgadas adequadas, podem contribuir para a melhoria do sistema.

Obrigado.

SLIDE 1

Controle de Atos de Concentração em um Contexto Global

Brasil - Será que merecemos as críticas?

Sérgio Varella Bruna
IX Seminário Internacional de Defesa da
Concorrência

Novembro 2003

SLIDE 2**Estrutura de Tópicos**

- O Brasil no contexto do negócio
- Principais críticas internacionais
- Avanços já realizados
- Avanços a realizar
- O que já está a nosso alcance
- Conclusão

1

Objetivo:

Não é formular críticas ao Sistema

Convite à reflexão sobre regras de controlo de atos de concentração

Oferecer idéias ao debate

SLIDE 3**O Brasil no contexto do negócio**

- Normalmente uma parcela muito pequena no negócio global
- Dificuldades na obtenção das informações e no atendimento das formalidades necessárias
- Custo proporcionalmente alto à importância das operações locais
- Principal estímulo é tentar evitar a notificação

2

SLIDE 4

Principais críticas internacionais

- Exigência de notificação de operações com reduzido impacto no país
- Momento da apresentação
- Demora na aprovação
- Excesso de solicitações de informações adicionais

3

SLIDE 5

Avanços já realizados

- Guia Conjunto de Análise
- Racionalização de pareceres e decisões
- Procedimento sumário
 - Sensível redução no número de solicitações de informações adicionais
 - Sensível redução no tempo médio de tramitação

4

SLIDE 6**Avanços a realizar**

- Maior clareza quanto às regras
- Redução no número de operações notificadas
- Redução do tempo de tramitação
- Redução das solicitações de informações adicionais

5

SLIDE 7**Avanços a realizar**

- Principais dificuldades a superar:
 - Falta de recursos materiais e humanos
 - Excessivo número de operações
 - Deficiência das informações apresentadas pelas partes
 - Deficiências do marco legal

6

SLIDE 8

O que já está ao nosso alcance

- Decorrem de interpretação da lei
 - critério de faturamento mundial: → já foi diferente
 - conceito de “*primeiro documento vinculativo*”
 - espécie de negócio sujeito a notificação
 - operações sem impacto no controle societário

7

SLIDE 9

O que já está ao nosso alcance

- Nada impede a adoção de outra interpretação:
 - faturamento do grupo, no Brasil
 - exigência de impacto no controle
 - espécie de documento notificável:
 - que tal o mesmo documento utilizado nas demais notificações?
- Clareza quanto às regras aplicáveis:
 - mudança de critérios devem ser feitos por Resolução

8

SLIDE 10**O que já está ao nosso alcance**

- Redução das solicitações adicionais de informações:
 - em casos simples, deslocar o ônus quanto às informações para as partes:
 - casos sem oposição de terceiros
 - acatar, com ressalva, as definições de mercado propostas (afora em situações extremas)
 - deixar a definição de mercado em aberto

9

SLIDE 11**O que já está ao nosso alcance**

- Casos simples: o ônus deve ser da parte, não da autoridade:

Lei 8.884/94, art. 26: Multa por enganosidade

Lei 8.884/94, art. 55: A aprovação pode ser revista... “se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado”...

10

SLIDE 12

O que já está ao nosso alcance

- Quando necessário, concentrar as solicitações em um só pedido:
 - audiência para discussão das informações necessárias
 - oferecer a oportunidade de submeter-se uma minuta de resposta
 - evitar pedidos voltados a suspender o prazo de análise

11

SLIDE 13

Pode já estar ao nosso alcance

- Maior clareza quanto às regras
- Redução no número de operações notificadas
- Maior redução:
 - do tempo de tramitação
 - das solicitações de informações adicionais

12

Dr. Gesner Oliveira:

O Dr. Sérgio colocou vários pontos que merecem um amplo debate, certamente polêmico. Antes do intervalo para o café nós temos tempo para uma ou duas questões para o Dr. Michael Reynolds porque ele terá de sair. Podemos guardar as questões para o Dr. Sérgio Bruna e para os demais expositores para o final do painel. Portanto, as questões agora são para o Dr. Michael Reynolds.

Pois não, se pudesse se apresentar para os demais, por favor.

Gabriela Mamede, advogada do escritório Pietro Ariboni:

Eu estava pensando em todas essas mudanças no controle da regulação das concentrações na CE (Comunidade Européia). Você supõe que haverá uma nova definição para posição dominante, assim como está agora no art. 86?

Dr. Michael Reynolds:

A sua pergunta é sobre o critério da posição dominante ou se a definição de posição dominante pode mudar? Eu acredito que isso irá acontecer, mas esta não é a questão. A questão é se o teste atual irá mudar de uma posição dominante para uma concorrência substancialmente menor. Isto está claro por causa da intervenção do governo alemão para o qual a posição dominante e qualquer outra definição que tivermos dúvida terá uma regra significativa. Talvez tenhamos uma mistura da posição alemã e da francesa sobre a definição, que será a de menor concorrência substancial na regulação dos atos de concentração. Mas a maneira atual pela qual a dominação é definida acho que irá mudar. Eu acredito que nós continuaremos tendo jurisprudência porque vocês sabem que o ponto de referência que trabalhamos em Bruxelas é de 40% de *market share* e isto nos dá a presunção de dominação.

Esta não é a palavra final, mas acredito que as multas da jurisprudência serão censuradas se algum novo critério de posição dominante que a Comissão está buscando realmente se estabelecer. Em particular, nós temos um conjunto de *guidelines* para analisar os atos de concentração que serão introduzidos. Todavia, o *guideline* deixa a Comissão definir qual a situação onde existe a

dominação individual ou dominação coletiva, de forma que todas as definições que serão feitas não serão mudadas por qualquer motivo.

Dr. Gesner Oliveira:

Dr. Ubiratan, a palavra é sua.

Dr. Ubiratan Matos:

Você mencionou três casos de atos de concentração que fizeram a Comissão pensar sobre o que ela estava fazendo e tentar achar um modo de evitar alguns erros como estes- incluindo o fato da Comissão talvez ter a responsabilidade de pagar pelos danos nesses casos.

Dois ou três anos atrás fizemos uma visita à Corte de primeira instância em Luxemburgo e conversando com os juízes eles disseram, até onde eu me lembro, que 75% das decisões da Comissão foram revertidas pela Corte. E então minha questão é: o que acontece com a Comissão? Por que tantos erros? O que está errado com a Comissão? Por que desde que eu comecei a trabalhar com antitruste, dez anos atrás, tenho visto muitas mudanças no modo que a Comissão aplica a lei antitruste ?

Eu estou perguntando isso porque no Brasil nós temos uma situação similar. O IBRAC há pouco lançou uma revista que é uma coletânea das decisões da Corte desafiando as decisões do CADE. Eu coletei aproximadamente 150 casos deste tipo e as decisões do CADE, na maioria dos casos, não prevaleceu.

Então, há diferentes métodos. A Corte está interpretando a lei antitruste um pouco diferente da maneira que o CADE o faz. Assim, como nos três casos mencionados, o que poderia estar errado na Comissão e o que nós poderíamos aprender com os erros que foram cometidos na Comissão?

Dr. Michael Reynolds:

Bem, eu acho que certamente há um grande número de coisas erradas. Sobre o que você me perguntou, como um profissional que trabalha em Bruxelas durante vinte e cinco anos com a Comissão o primeiro grande problema que eles têm é a falta de resultados. O atual número de pessoas

trabalhando nas decisões da Comissão que engloba uma área que tem uma população de 520 milhões de pessoas. Eu quero dizer que o número de funcionários cobrindo toda a política de concorrência, não apenas atos de concentração, é por volta de 180.

Somente para ilustrar, temos um problema quanto ao número de pessoas trabalhando. Isso significa que os recursos são muito escassos e quando isso acontece trabalha-se com um tempo muito curto e com as pressões que eu já mencionei. Além disso, vocês sabem que a Comissão precisa tomar decisões em menos de quatro meses e então erros acontecem.

Outra coisa que acho que está errada é que não se tem muita supervisão *senior*. Em outras palavras, temos somente oficiais juniores. Tem sido difícil seguir teorias e perseguir casos sem supervisão adequada. Isto também não tem sido suficiente no balanço e no estudo interno sobre o que eles fazem.

Ao contrário, o que estamos vendo acontecer e que é uma das mudanças que eu não mencionei, é que a Comissão irá introduzir uma revisão de apelação. Em qualquer caso, os grupos de oficiais que estão totalmente fora do caso, irão olhar as pesquisas, os fatos, as descobertas em posição dominante, o acesso ao mercado e um pacote de concorrência, dentre outras coisas. Eles olharam tudo isso de um novo panorama.

Nós teremos um controle interno, assim como o economista que a Comissão aponta no final de cada caso. Justamente o que tem dando errado é a falta de controle interno, a ausência desta administração. Existem muitos bons e brilhantes oficiais, mas eles são envolvidos pelos casos.

O outro aspecto que está errado é que não há um bom entendimento de como as empresas trabalham. Em outras palavras, um grande número de oficiais da Comissão não são economistas, eles são advogados e realmente não têm condições de saber as particularidades do trabalho das empresas, deixando-as fazer acessos incorretos. Eles definitivamente não sabem como os mercados realmente são.

Uma das mudanças que eu mencionei será colocar os oficiais dos atos de concentração em determinados setores disciplinares que eles realmente entendam: setores bancários, setores de alta tecnologia, setores de telecomunicações, etc. Eu acredito que estas serão mudanças para melhor.

Entretanto, muita gente diz que nenhuma dessas mudanças será suficiente e que o que precisamos não é somente de um corpo tomando conta das decisões, mas sim de um corpo de duas fazes. Talvez a situação

seja mais similar com os Estados Unidos, onde temos mais controle judicial e o poder judiciário tem litigado em muitos casos.

A Comissão em Bruxelas não tem como litigar nestes casos porque eles não podem ter casos de apelação. Até chegarmos neste patamar continuamos precisando de decisões políticas! Até lá precisamos e vamos continuar a ter contradições na Corte.

Enfim, como eu disse, é importante não esquecermos que ainda temos mais dois casos pendentes que são contrários à Comissão na Corte Européia. Além disso, vocês sabem que há uma série de pessoas dizendo que o sistema inteiro está errado.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito Bem, nós agradecemos muito a presença do Michael Reynolds e a contribuição que ele deu, inclusive a análise sobre os eventos que ocorreram ontem.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bem, vamos retomar os trabalhos. Os organizadores e o presidente Ubiratan pediram que quando nós terminarmos este painel todos permaneçam para que seja distribuído o prêmio ESSO para as melhores monografias de defesa da concorrência. Então a previsão de encerramento é às 6:00 horas e em seguida haverá a distribuição do prêmio.

Como foi dito no início, essa segunda parte tem ênfase na análise econômica. Há algumas conexões interessantes com aquilo que foi apresentado nas duas exposições anteriores e também com o painel anterior. Eu chamaria a atenção para alguns pontos. Primeiro o Dr. Fernando, na exposição sobre a experiência Argentina, chamou a atenção para uma estatística de que menos de 5% dos atos de concentração são ou sofrem alguma forma de restrição na Argentina. É interessante como esta estatística é parecida com a brasileira e com várias outras jurisdições envolvidas e em desenvolvimento.

Uma questão interessante que submeto aqui aos expositores e demais participantes é que a partir daí não há controle ou há um excesso de controle. Aliás, seria espedro que este percentual fosse pequeno.

A ênfase mais acertada, ao meu ver, não é na conclusão de uma eventual diminuição do controle, mas certamente na simplificação do controle na linha daquilo que foi muito corretamente colocado no painel da manhã pelo presidente Rodas e mais recentemente na exposição do Dr. Sérgio Bruna, ou seja, que há várias propostas que mereceriam estudo e debate nessa seção.

Em particular, acho que alguns pontos chamam a atenção para a necessidade de pesquisa econômica, por exemplo, conforme lembrava a pouco o Dr. Marcelo Calliari: o que representam quatrocentos milhões aplicados no mundo transportados para o Brasil? O que representa o patamar de um modo geral? Eu acho que um esforço no sentido de avaliar quem está sendo analisado e qual é o percentual de negócios analisado é algo que exigiria uma pesquisa empírica; é o que falta para o debate acerca do patamar adequado.

Uma outra questão interessante levantada pelo Dr. Michael Reynolds foi a maior ênfase numa análise econômica mais rigorosa por parte da Comissão Européia. Neste sentido nós teremos um comentário do Dr. César Matos a respeito de um livro recentemente editado sobre a análise econômica no antitruste.

E finalmente, uma questão interessante diz respeito à importância crescente dos modelos de simulação. Este é um ponto que será abordado na exposição do Dr. Fagundes, o próximo expositor.

O Dr. Fagundes é doutor em economia, consultor, membro ativo da diretoria do IBRAC e especialista nas áreas de defesa da concorrência, defesa comercial e regulação. Ele vai fazer uma exposição que vai abordar inclusive o tema dos modelos de simulação, dentre outros.

Na última carta do grupo NERA, uma consultoria econômica internacional, há uma verdadeira apologia aos modelos de simulação e algumas sugestões interessantes sobre a possibilidade de utilizá-los para simplificar a análise, inclusive para usar como critério de filtragem de atos que merecem exame. Então, acho que é um aspecto econômico que guarda uma relação com a discussão anterior e que talvez seja uma contribuição interessante da pesquisa econômica. Ademais, nós sabemos que várias agências, especialmente a *Federal Trade Commission*, têm um grupo de controle de decisões para analisar os efeitos de decisões passadas. Em particular tais agências procuram contrastar quais são os melhores remédios e quais são os remédios recomendáveis.

Este é justamente o tema que será pelo Dr. Luís Fernando Vasconcellos, cuja exposição será depois do Dr. Fagundes.

Então com a palavra o Dr. Jorge Fagundes.

Jorge Fagundes - IX Seminário

Boa tarde, eu vou tomar a liberdade de falar em pé e andando. Eu não sei se isso é um hábito de professor ou uma deficiência mental, mas eu só funciono assim, então eu peço licença para tomar essa liberdade.

O tema da palestra de hoje, como o Gesner antecipou, antes de tratar da questão de simulações de fusões, passa pela análise das eficiências econômicas e da forma pela qual essas eficiências podem - e devem - ser incorporada à análise de atos de concentração horizontais.

Então, com esse propósito, nós vamos discutir duas questões. A primeira diz respeito aos possíveis padrões de incorporação das eficiências à análise de atos de concentração. A segunda, que está interrelacionada com esta primeira questão, trata da quantificação destas eficiências e, eventualmente, do *trade off* entre estas e os efeitos anticompetitivos derivados de atos de concentração.

Esse assunto obviamente é importante no contexto da globalização. A globalização, entre outros fenômenos, implica um aumento da competição; e o aumento da competição leva as firmas a buscarem eficiências crescentes; e uma das formas de se obter estas eficiências é por meio de atos de concentração horizontais: fusões, aquisições, ou de *joint ventures* com concorrentes.

Então, neste contexto de busca de eficiência, como as autoridades de defesa da concorrência devem tratar este tema? Qual a relação que existe entre eficiência econômica e bem estar social, já que em última instância a missão - o objetivo - de qualquer política de intervenção do Estado na economia é o aumento (ou pelo menos) a não redução do bem estar social?

Esta pergunta, ligada a relação entre eficiências e bem estar social, nos leva a questão do padrão de incorporação das eficiências em análises antitrustes de atos de concentração e, depois, a questão de como quantificar efeitos anticompetitivos e ganhos de eficiências, ou seja, à questão dos métodos de quantificação ou de simulações de fusões.

Muito bem, em relação aos padrões de incorporação ou de bem estar social, nós encontramos na literatura e na jurisprudência internacional basicamente cinco métodos de incorporação. Na verdade, a escolha de um destes padrões está intimamente ligada com o objetivo da política da defesa da concorrência, dos critérios que a autoridade antitruste vai utilizar para avaliar os impactos de um ato de concentração horizontal sobre o bem estar social.

Esses cinco métodos são: o método do excedente total, também conhecido como método de *Williamson*, em referência ao famoso economista, o segundo método o *price standard*, o padrão-preço; o terceiro o excedente do consumidor, semelhante ao *price standard*, o *Hillsdown* que veio de uma decisão canadense; e o excedente ponderado, que também tem sua origem em decisões do Tribunal de competição no Canadá.

O primeiro método, o primeiro padrão possível à disposição da autoridade *antitruste*, é o método de *Williamson*. Eu vou usar um gráfico logo em seguida, e peço perdão aos advogados, porque o gráfico é sempre um instrumento um pouco temido pelos advogados, e peço perdão aos economistas pelas liberdades técnicas que eu vou utilizar para facilitar didaticamente a exposição do tema.

No método do *Williamson*, o critério básico para a aprovação de um ato de concentração que têm efeitos anticompetitivos de um lado, mas também gera eficiência de outro, é de que o ganho dos produtores, o ganho dos acionistas ou dos proprietários da firma resultante, e das firmas que competem com as firmas resultantes num certo mercado relevante, supere a perda dos consumidores.

Neste ponto é importante estabelecer uma distinção. Quando a literatura se refere ao consumidor muitas vezes se esquece de fazer uma diferenciação no que diz respeito a essa categoria geral. Existem consumidores que são produtores, no sentido de que são consumidores que têm participação na firma resultante no ato de concentração, têm participação nas firmas que competem com as firmas resultantes de um ato de concentração, mas também há consumidores puros, que são indivíduos que agem como consumidores, mas não têm participação no capital de empresas, em particular da empresa resultante de um ato de concentração.

Então, estabelecida esta distinção, o método de *Williamsom* implica a não-consideração dos efeitos redistributivos associados a um ato de concentração, ele simplesmente ignora esses efeitos redistributivos. É um método preconizado por vários economistas. Por que? Qual a hipótese que está por detrás desta proposta, se eu estou dizendo que um ato deve ser aprovado se os ganhos dos produtores superarem aos ganhos, perdão, as perdas dos consumidores, existindo um efeito redistributivo perverso dos consumidores puros para os consumidores produtores, qual a hipótese que sustenta esta proposta? A hipótese é que exista alguma forma de intervenção do Estado que compense a perda dos consumidores puros por meio de uma redistribuição dos ganhos obtidos pelos consumidores/produtores.

Ocorre que esta compensação nunca ocorre, de modo que a utilização deste tipo de método implica de fato em perdas de bem estar social para os consumidores puros, e ganhos de bem estar social para os produtores. Vejam isso com mais calma agora neste gráfico.

Muito bem, este é um gráfico tradicional e eu realmente não encontro outra forma de explicar esta questão sem o auxílio deste gráfico, realmente é impossível, eu vou usar aqui o laser que vai facilitar. Então, alguns devem estar familiarizados com este tipo de gráfico, aqui nós temos a curva de demanda, que está nos mostrando as quantidades adquiridas em função do preço de mercado.

Inicialmente existe, vamos supor um mercado competitivo, o custo das empresas nesse mercado é dado por esta reta C_0 , a quantidade vendida é Q_0 , é o preço de equilíbrio no mercado é P_0 . Vamos exagerar e imaginar que este mercado sofre uma transformação e de um modelo, de uma estrutura competitiva, nós migramos diretamente para um monopólio.

Qual o efeito associado ao incremento da concentração? Qual o efeito associado ao surgimento de poder de mercado? Pela redução das quantidades ofertadas, o preço de equilíbrio sobe de P_0 para P_1 . Então, um primeiro efeito é a elevação do preço de P_0 para P_1 . Vamos supor também que juntamente com esse efeito anticompetitivo, que é a geração de um maior poder de mercado, existam eficiências econômicas. Com a aquisição ou com a fusão, as empresas são capazes de reduzir custos de produção, custos de distribuição, e isso vai aparecer para nós através do deslocamento dessa curva. Então, o custo era C_0 e cai para C_1 . Então o segundo efeito de um ato de concentração horizontal com eficiências é a redução do custo médio de produção e de distribuição de C_0 para C_1 .

Quais os impactos disso em termos de bem estar social? Primeiro, em função da elevação de preço, nós temos dois fenômenos que estão sendo capturados aqui no gráfico através das áreas A e B. Primeiro, o preço se eleva a quantidade demandada cai, os consumidores perdem a área representada pela letra A no nosso gráfico, porque? Porque eu agora deixei de consumir uma certa quantidade em função da elevação do preço. Isto é uma perda dos consumidores que nós economistas chamamos de peso morto, porque peso morto? Porque é uma perda dos consumidores que não é apropriada por ninguém, nenhum outro agente na sociedade captura esta perda, é uma perda portanto, social, uma perda para a sociedade como um todo.

O segundo efeito está associado à transferência de renda dos consumidores para os produtores, no gráfico é a área B, porque? Porque agora eu estou pagando mais para adquirir uma certa quantidade de bens. Então há claramente uma transferência de renda dos consumidores chamados puros, para os consumidores produtores, para os agentes econômicos que detém algum tipo de controle sobre o capital das empresas nessa indústria.

Então, a soma das áreas A mais B, nos dá a perda do consumidor, isso vai expressar portanto uma redução do bem estar dos consumidores, por outro lado, em função das eficiências, nós temos que os produtores, que os acionistas, aqueles que têm participação no capital das empresas nessa indústria, eles vão ganhar através da redução de custos. É a área C, o meu custo era C_0 , caiu para C_1 . Há um aumento de lucro em função da redução de custos, mas também existe um ganho por um segundo motivo.

Os produtores também vão ganhar em função do aumento de preços. Então os produtores ganham de duas formas: uma é socialmente legítima, a outra está associada à transferência de renda dos consumidores para os produtores em função do exercício de poder de mercado. Então o primeiro ganho deriva do maior lucro em função do preço maior e o segundo ganho deriva do maior lucro em função da redução de custos.

Então, o ganho total do produtor neste caso é dado pelas áreas B, em função do aumento de preço, mais C, em função da redução de custo. A perda dos consumidores puros era dada pela área A que é também uma perda social, e pela área B, área essa que é perdida pelos consumidores, mas ganha pelos produtores.

Quando a gente vai analisar, segundo o método excedente total, o impacto disso em termos da soma da perda do consumidor mais o ganho do produtor, nós encontramos a seguinte regrinha: se C é maior do que A, a operação seria aprovada, ou seja, como eu falei inicialmente, se os ganhos dos produtores superam a perda dos consumidores, isso aparece no gráfico, se C é maior do que A, essa operação seria aprovada.

Como eu coloquei inicialmente, o grande problema desse método é que ele ignora essa área B. Ele supõe que esta transferência de renda dos consumidores para os produtores é indiferente do ponto de vista de bem estar social, não gera nenhum tipo de impacto do ponto de vista de bem estar social. E o que está por detrás disso? Repito: a idéia de que os produtores têm condições de compensar os consumidores. Têm condições através de algum tipo de política redistributiva do Estado que compense os consumidores

que perderam a área A mais B a partir dos ganhos dos produtores, que ainda ficariam em uma situação melhor do que estavam antes da operação.

Então, daquilo que eles ganharam, eles dariam uma parte para os consumidores, que seriam então compensados pela perda A mais B, e no cômputo geral a sociedade teria incrementado o seu bem estar social, mas, repito, isto supondo que há um mecanismo compensador implementado pelo governo que compense a perda de bem estar por parte dos consumidores puros.

O segundo tipo de padrão que pode ser adotado pela autoridade de defesa da concorrência é o padrão do *price standard*, ou o padrão preço. Neste caso a regrinha é diferente. Eu só posso aprovar um ato de concentração que implique algum tipo de efeito anticompetitivo se as eficiências geradas pela operação forem tais que não haja aumento de preço. Então a regrinha é: o ato de concentração não pode gerar aumentos de preços para os consumidores.

Então é um modelo que incorpora eficiências, mas também tem uma preocupação distributiva, ou seja, o consumidor não pode perder. E como o consumidor pode eventualmente não perder com um ato de concentração que têm eficiências segundo este modelo? Justamente se as eficiências foram de tamanha magnitude que o preço pós-operação seja pelo menos igual ao preço que prevalecia antes da operação. Não havendo elevação de preço, não há perda de bem estar para o consumidor puro, pelo menos não no que diz respeito à dimensão preço.

Então, nesse tipo de modelo, as áreas A mais B têm que ser iguais a zero. Notem que, nesse caso, o preço antes da operação é pelo menos, perdão, o preço pós-operação é pelo menos igual ao preço que vigorava antes da operação. Repito, não havendo elevação de preço, não há perda de bem estar na dimensão -preço para o consumidor puro.

Neste caso, a quantidade também comercializada antes e depois da operação não muda, portanto, não existem efeitos anticompetitivos associados ao ato de concentração. Essa é a regra deste tipo de modelo, as reduções de custos associadas às eficiências devem ser capazes de anular os efeitos anticompetitivos derivados de um ato de concentração.

O nosso terceiro padrão é muito parecido com o *price standard*. Ele também nos diz que o consumidor não pode perder em função de um ato de concentração horizontal, o excedente do consumidor não pode ser reduzido. Qual a diferença, portanto, em relação ao *price standard*? Que aqui eu incorporo outras variáveis além do preço.

Nós sabemos que o bem estar do consumidor ele é afetado não só pelo preço que ele paga pela aquisição de determinadas mercadorias, este bem estar também é afetado por outros atributos, como por exemplo pela qualidade. Então o que este padrão está dizendo é que eventualmente eu posso ter um ato de concentração horizontal que implique aumento de preço, mas o consumidor não perderia supondo que houvesse, por exemplo, um aumento da qualidade dos produtos.

O bem estar não seria alterado porque o aumento na qualidade compensaria o aumento de preços. O aumento da qualidade traria um impacto positivo sobre o bem estar do consumidor que por sua vez anularia aquela perda derivada do aumento de preços. Por outro lado, também neste tipo de padrão, mesmo que o preço não suba como resultado de um ato de concentração, ele poderia ser proibido caso, por exemplo, implicasse a redução da qualidade ou do número de marcas, que seria uma outra forma de você afetar negativamente o bem estar do consumidor.

O quarto modelo é o modelo de *Hillsdown*, baseado em um caso do Canadá, onde a juíza da corte do tribunal de competência estabeleceu um novo critério. O critério, usando novamente as áreas do nosso gráfico, é de que o ganho do produtor, que é dado pela área C, ele têm que superar toda perda dos consumidores que é dada pela soma das áreas A mais B. Ele é mais rígido que o método do excedente total, lembrando que neste método C deve ser maior que A, e aqui a exigência é que C seja maior que A mais B, mas ele é um pouquinho mais flexível obviamente do que o *price standard* e o método do excedente do consumidor, porque afinal ele admite que haja algum tipo de perda de bem estar para o consumidor puro. Esse é o problema dele.

Este gráfico ajuda a gente a lembrar um pouquinho o que este padrão implica não é? A eficiência, a área C, gerada pela redução de custos, ela deve superar as perdas dos consumidores que são dadas aqui pela área A mais a área B. Novamente este método admite que haja algum tipo de perda de bem estar para os consumidores puros.

O nosso último padrão é do excedente ponderado. Na verdade o que ele faz é atribuir pesos a estas áreas, ou seja, a autoridade *antitruste* vai pegar as áreas C e A e atribuir a cada uma delas um peso diferente de acordo com as características da operação. Então eu posso ter uma operação X onde eu dou um peso de 50% aos ganhos dos produtores, eu posso ter uma outra operação Y, onde eu dou um peso de 25% aos ganhos dos produtores.

No fundo o que este método propõe é que caso a caso eu analise o tipo de consumidor envolvido, o tipo de produtor envolvido e atribua pesos diferentes ao bem estar de cada um desses agentes de acordo com análise caso a caso. O problema, obviamente, é você determinar os pesos associados a cada caso, há uma insegurança jurídica muito grande porque de acordo com os casos os pesos podem ser diferenciados.

Muito bem, o que a gente examina na jurisprudência internacional? O que a literatura aponta é que nos Estados Unidos o método adotado é o do *price standard*, ou o excedente do consumidor; na Europa o método adotado é o *price standard* ou o excedente do consumidor; na Austrália o método adotado é o excedente do consumidor, ou seja, nestas jurisdições a regra é: o consumidor não pode perder com o resultado de um ato de concentração.

No Canadá, a Comissão de Competição canadense através de seu guia, introduziu o método de *Williamson*, entretanto ele foi revogado numa decisão da corte de apelação em 2001, ou seja, essa seção do guia de análise dos atos de concentração da autoridade canadense que adotava o método de *Williamson* foi revogada por uma decisão da corte de apelação.

Muito bem, apresentados esses padrões de incorporação de eficiências econômicas à análise *antitruste* dos atos de concentração, surge uma segunda questão que é muito importante. Independente do padrão utilizado a autoridade *antitruste* vai enfrentar um desafio muito grande que tem a ver com a quantificação das eficiências, e a incorporação, para efeito de tomada de decisão, dessas eficiências à análise *antitruste*.

Grosso modo, trata-se da mensuração daquelas áreas A, B e C. É uma questão prática que vai exigir a adoção de algum tipo de método quantitativo por parte do órgão de defesa da concorrência. Como eu comentei, o problema aqui é você mensurar as áreas A, B e C e é nesse contexto que os métodos de simulação de fusões têm ganho crescente aceitação em outras jurisdições. Por exemplo, este slide mostra uma lista de alguns casos em que esses métodos foram utilizados.

Pelo menos desde 1995 nos Estados Unidos, por exemplo, o caso do Estado de Nova York contra a Kraft General Foods, onde a Kraft adquiriu uma divisão de cereais da Nabisco estes métodos são utilizados. Mais recentemente na Comunidade Européia, na União Européia, nós temos a utilização de métodos de simulação de fusões, num caso de aquisição de cigarros na Grécia envolvendo Philip Morris. Essas simulações de fusões também foram utilizadas no caso Volvo – Scania. Estes são alguns exemplos

em que os métodos de simulação foram utilizados em outras jurisdições.

Como é que funciona isso na verdade? As simulações de fusões implicam a utilização de métodos computacionais nos quais você simula os preços e as quantidades de equilíbrio após um ato de concentração. Então, grosso modo, você olha como é um mercado antes do ato de concentração, e através dessas simulações você consegue visualizar como ficaria o mercado depois do ato de concentração, ou seja, se determina qual o novo preço de equilíbrio, quais as novas quantidades que seriam comercializadas, as participações de mercado das firmas após o ato de concentração, os aumentos de lucros das firmas, e etc.

Para isso você precisa de certos insumos. Do ponto de vista econômico, estes insumos são as elasticidades preços das firmas, tanto as próprias como as cruzadas. Eu não vou entrar nestes detalhes técnicos porque eu acho que não é o objetivo nosso aqui, mas essas simulações utilizam métodos tradicionais, modelos tradicionais de oligopólios. Obviamente é importante que estes modelos utilizados tenham aderência com relação ao padrão de competição daquele mercado relevante que está sendo examinado pela autoridade *antitruste*. Estes modelos usam hipóteses tradicionais da teoria econômica como a de maximização de lucros por parte das firmas.

Estas simulações são muito úteis porque além delas nos mostrarem quais os efeitos associados a uma determinada fusão ou aquisição, elas também permitem a incorporação das eficiências. É possível por exemplo você determinar, por esses modelos, quais deveriam ser as reduções de custos que a empresa fusionada deveria obter para que seus preços não aumentassem.

Então, isto nos dá uma ordem de grandeza da magnitude das eficiências em termos de redução de custos que os órgãos *antitruste* devem buscar para ver se aquele ato de concentração em particular irá ou não implicar um aumento de preços. Estes modelos também são úteis para você ajudar o órgão *antitruste* na imposição de eventuais restrições à aprovação da operação. Você pode simular nesses modelos, por exemplo, o que aconteceria se o órgão *antitruste* determinasse a venda de uma certa marca. Você pode simular com esses modelos o que aconteceria se houvesse a entrada de um novo concorrente. Então estes modelos são úteis, não são obviamente uma panacéia para a utilização e tomada de decisão por parte dos órgãos *antitruste*, mas certamente são instrumentos úteis no que diz respeito ao processo de tomada de decisão.

Finalizando, a questão da incorporação das eficiências não parece ser alvo de grandes controvérsias. É necessário incorporar as eficiências à análise de atos de concentração. A questão é como fazer essa incorporação e que tipo de

método quantitativo deve ser utilizado para a mensuração delas e do *trade off* entre elas e eventuais efeitos anticompetitivos. Obviamente, a escolha desse método vai depender, em parte, das peculiaridades de cada economia, e do diploma legal, da legislação de defesa da concorrência de cada país.

No Brasil, por exemplo, me parece que em função das determinações da lei 8.884, nós teríamos que o padrão mais adequado à legislação seria aquele associado ao excedente do consumidor ou do *price standard*, afinal a nossa legislação diz que os benefícios decorrentes da operação, as eficiências, devem ser compartilhados com os consumidores, ou seja, devem beneficiar os consumidores.

Finalmente os modelos de simulação começam a ser utilizados pelo CADE, embora nós não tenhamos ainda uma jurisprudência do CADE sobre o tema porque a utilização destes modelos é muito recente, e eles estão sendo utilizados em casos que ainda não foram julgados pelo CADE.

Muito obrigado.

SLIDE 1

IBRAC – IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência - 2003

Jorge Fagundes E-mail:

jfag@unisys.com.br

**Eficiências Econômicas: Padrões de Incorporação em
Análise Antitruste e Métodos de Quantificação
(Simulação de Fusões)**

SLIDE 2

Eficiências Econômicas: Padrões de Incorporação em Análise Antitruste e Métodos de Quantificação (Simulação de Fusões)

- I - Introdução
- II - Padrões de Incorporação das Eficiências
- III - Métodos de Quantificação: Simulações de Fusões
- IV - Conclusões

SLIDE 3

I - Introdução

- Globalização e aumento da competição
- Necessidade de aumento da eficiência para competir globalmente
- AC horizontais defensivos e ganhos de eficiência
- Ganhos de eficiência e bem estar social
 - Padrões de incorporação e métodos de quantificação

SLIDE 4

II - Padrões de Incorporação

- Métodos ou Padrões de Bem Estar:
 - Excedente total (Williamson)
 - Price-standard
 - Excedente do consumidor
 - Hillsdown; e
 - Excedente ponderado
- Jurisprudência Internacional

SLIDE 5

Padrões de Incorporação

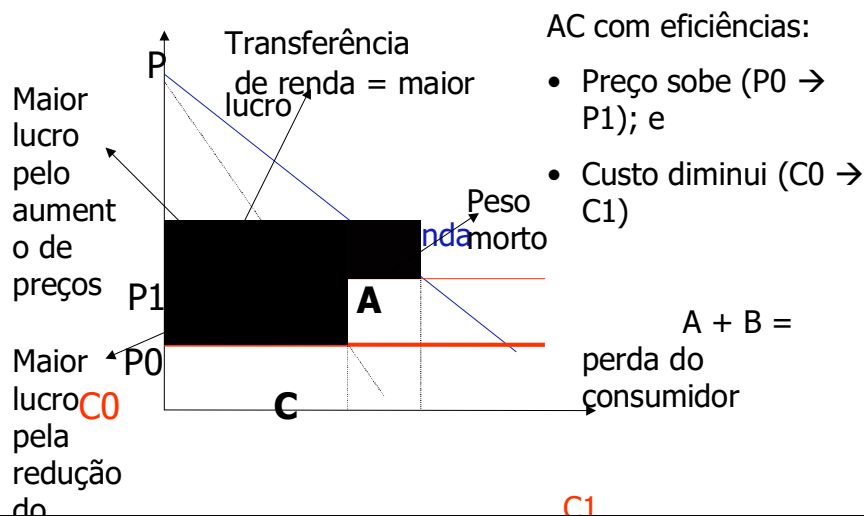
- As eficiências podem ser incorporadas à análise de atos de concentração por cinco métodos ou padrões:
 - Excedente total (Williamson)
 - Price-standard
 - Excedente do consumidor
 - Hillsdown; e
 - Excedente ponderado

SLIDE 6

Excedente total (Williamson)

- Neste caso, uma concentração é aprovada se os ganhos dos produtores superam as perdas dos consumidores "puros" → Se $C > A$, excedente total aumenta
- Impactos redistributivos provocados pelo aumento de preços (área B) são ignorados a partir da hipótese de que os perdedores (consumidores) são compensados pelos ganhadores (produtores)
- Problema: como nunca há compensação, consumidores "puros" (maior parte da população), perdem; somente acionistas ganham.

SLIDE 7

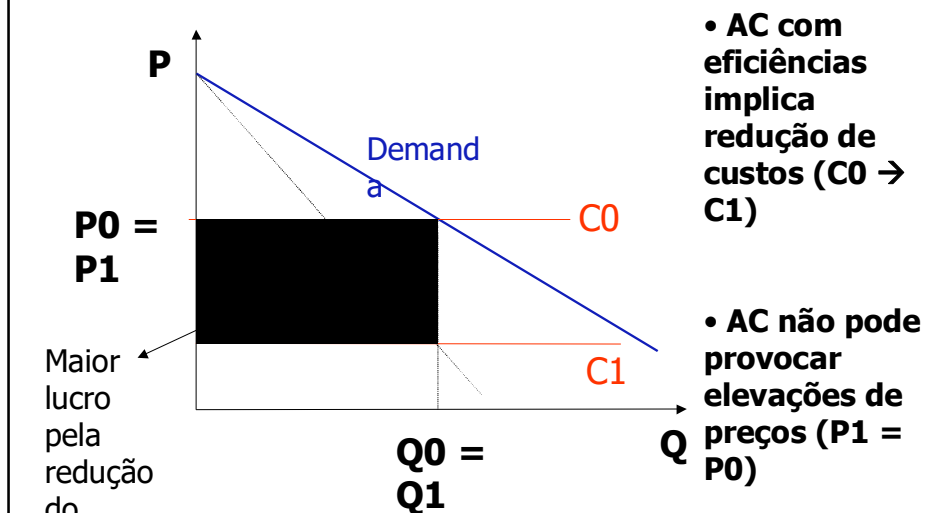
Excedente total: Se $C > A$, Aprova

SLIDE 8

Price Standard

- No padrão de preço, o AC somente pode ser aprovado se as eficiências forem fortes o suficiente para evitar elevações de preços.
- Ou seja, o padrão de preço exige que os consumidores *não* experimentem perdas provocadas por elevações de preços após o AC
→ Áreas B + C = 0
- Eficiências devem ser mais expressivas em relação aquelas associadas ao excedente total

SLIDE 9

Price Standard: Se $P_1 < P_0$, Aprova

SLIDE 10

Excedente do Consumidor

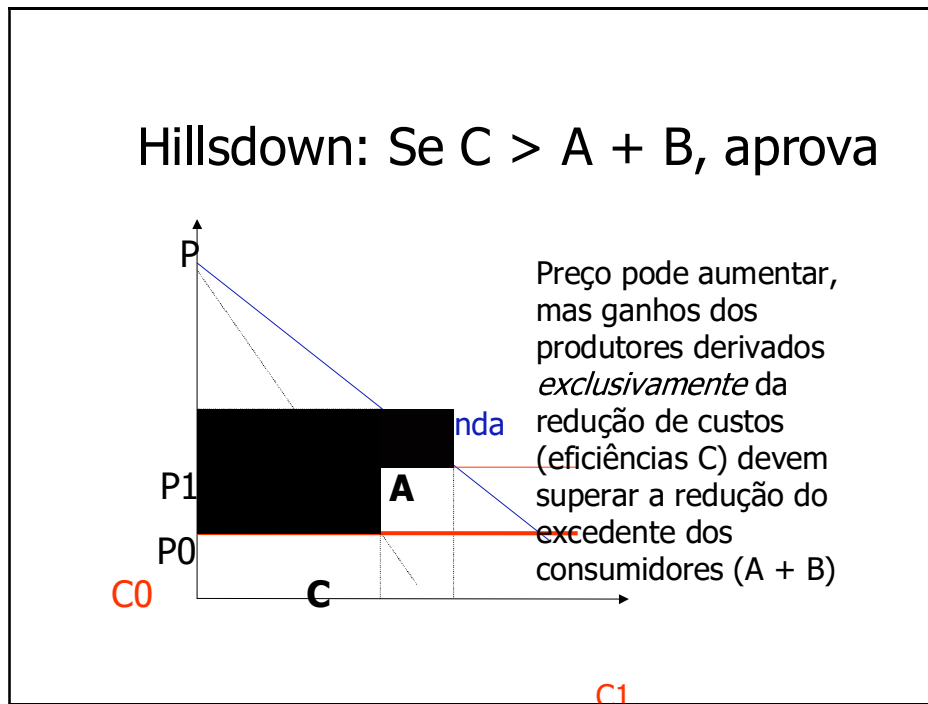
- AC não podem provocar redução do excedente do consumidor ($A + B = 0$): consumidor não pode perder
- Muito semelhante ao price standard, mas admite outras variáveis além do preço (qualidade, por exemplo) que afetam o bem estar do consumidor
- Em tese, preço após AC poderia ser maior, contanto que houvesse aumento compensatório de qualidade, por exemplo.
- Por outro lado, mesmo que o preço não suba, o AC pode não ser aprovado, caso implique redução da qualidade ou do número de marcas.

SLIDE 11

Hillsdown

- Baseado no caso Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (1992).
- Juíza Reed: se $C > A + B$, aprova
- É mais rígido do que o excedente total e mais flexível do que o price standard/excedente do consumidor.
- Problema: semelhante ao do excedente total, em que na ausência de compensação, consumidores experimentam redução de bem estar social

SLIDE 12



SLIDE 13

Excedente ponderado

- Semelhante ao Excedente total, mas com a cada excedente sendo ponderado em função do "peso" de cada um no bem estar social
- Assim, tais "pesos" variam conforme os mercados envolvidos e, portanto, os tipos de produtores e consumidores.
- Exemplo: Para o AC X, se $0,5 C > A$, então aprova; Para o AC Y, se $0,25C > A$, aprova
- Problema: determinação dos "pesos" e perdas de bem estar para os consumidores

SLIDE 14

Jurisprudência Internacional

- EUA → price standard ou excedente do consumidor
- União Europeia → price standard ou excedente do consumidor
- Austrália → excedente do consumidor
- Canadá → Excedente total, revogado pela corte de apelação (*The Commissioner of Competition (Appellant) v. Superior Propane Inc. e ICG Propane Inc. (Respondents) Indexed as: Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (C.A.) Court of Appeal, Stone, Létourneau and Evans JJ.A*)

SLIDE 15

Métodos de Quantificação: Simulação de fusões

- Qualquer que seja o método adotado pela autoridade de defesa da concorrência, é necessário algum instrumento para operacionalizá-lo.
- Ou seja, como, na prática antitruste, se verifica se a magnitude das eficiências é suficiente para permitir a aprovação de um AC com impactos anticompetitivos?

SLIDE 16

Simulação de fusões

- Trata-se de um problema ligado à mensuração das áreas A, B e C (dependendo do padrão utilizado)
- Simulação de fusões têm ganho crescente aceitação em várias jurisdições

SLIDE 17

Simulação de fusões

- *Federal Trade Commission v. Staples*, 970 F.Supp.1066 (D.D.C.1997).
- *New York v. Kraft General Foods, Inc.* 926 F.Supp.321, 333, 356 (S.D.N.Y.1995).
- *United States v. Interstate Bakeries Corp.*, No. 95C-4194 (N.D. Ill., filed July 20, 1995); 22 60 Fed. Reg. 40,195 (Aug. 7, 1995)
- Case No COMP/M.3191 - PHILIP MORRIS/PAPASTRATOS Notification of 2.9.2003 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 4064/89
- Case No COMP/M.1672 – Volvo/Scania (14.03.2003) - Council Regulation No 4064/89

SLIDE 18

Simulação de fusões

- United States v. Georgia Pacific Corp., No. 00-2824 (D.D.C., filed Nov. 21, 2000); 66 Fed. Reg. 9,096 (Feb. 6, 2001)
- FTC v. Tenet Health Care Corp., 186 F.3d 1045, 1050–51, 1053 (8th Cir. 1999);
- United States v. Mercy Health Services, 902 F. Supp. 968, 980–81 (N.D. Iowa 1995), *vacated as moot*, 107 F.3d 632 (8th Cir. 1997);
- California v. Sutter Health System, 84 F. Supp. 2d 1057, 1076–80 (N.D. Cal. 2000), *aff'd*, 217 F.3d 846 (9th Cir. 2000), *opinion amended by* 130 F. Supp. 2d 1109, 1128–32 (N.D. Cal. 2001).
- *FTC v. Swedish Match Co.*, 131 F. Supp. 2d 151, 160–61 (D.D.C. 2000).

SLIDE 19

Simulação de fusões

- Simulações envolvem a determinação dos preços e quantidades de equilíbrio pós-operação, a partir de estimativas econométricas sobre as elasticidades-preço e cruzada das empresas em um determinado mercado relevante
- São empregados modelos tradicionais de oligopólios e hipóteses convencionais sobre o comportamento do consumidor e da firma, tal como a de maximização de lucros

SLIDE 20

Simulação de fusões

- As simulações contribuem para a avaliação dos impactos de operações de fusão e aquisição de empresas, permitindo:
 - uma quantificação dos efeitos do exercício unilateral do poder de mercado.
 - a averiguação de quão sensíveis são os resultados diante de alterações nos parâmetros estimados.
 - a contraposição entre diversos efeitos (elevações de preços e reduções de custos marginais, por exemplo), para se obter o efeito *líquido* de um ato de concentração sobre o bem estar social.
 - a integração das evidências empíricas e qualitativas através das hipóteses adotadas nos modelos estruturais; e
 - a exploração do efeito líquido de diferentes restrições impostas ao AC

SLIDE 21

IV - Conclusões

- A necessidade da incorporação das eficiências à análise de AC não parece ser alvo de controvérsias
- As questões envolvem o tipo de padrão a ser adotado e os métodos de quantificação dos *trade-offs* entre eficiências e efeitos anticompetitivos
- Cada jurisdição apresenta suas especificidades, em função das particularidades da legislação local e das características da economia
- Importância da harmonização onde for possível

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bom, depois da exposição do Dr. Jorge Fagundes, tão precisa e atual, nós vamos passar ao Dr. Luís Fernando Vasconcellos, deixando uma pergunta para todos e para o Dr. Fagundes inclusive, primeiro no ponto que já foi abordado sobre qual é o padrão brasileiro? Este me parece um tema extremamente interessante, o Dr. Jorge sugeriu uma interpretação a respeito do que é o padrão brasileiro entre estes padrões apresentados, o que é e o que deveria ser o padrão brasileiro, e em que medida uma análise deste tipo poderia ajudar as autoridades não apenas a decidir, mas também decidir o que não aprofundar, porque ele poderia liberar uma série de casos antes mesmo de investir muitos recursos na análise.

Eu acho que isso deve ser algo ponderado, submeto também à reflexão do Dr. Luís Fernando que tem sido uma liderança extremamente importante na sistematização, na modernização da análise econômica, primeiro na Secretaria de Direito Econômico agora na Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico, honra muito a Fundação Getúlio Vargas por ser um pós-graduando na Fundação Getúlio Vargas, e vai falar sobre remédios estruturais para operações de fusões.

Com a palavra Dr. Luís Fernando.

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

Inicialmente, gostaria de agradecer ao Dr. Gesner de Oliveira, presidente da mesa, a todos aqui presentes e, em especial, ao IBRAC pela oportunidade de apresentar o tema “Recomendações em Atos de Concentração” neste importante seminário, onde se discute, tanto temas relacionados à política antitruste, como regulação econômica e política industrial.

O tema da apresentação: “*merger remedies*”, pode ser entendido, em uma definição ampla, como o conjunto de instrumentos disponíveis à autoridade antitruste para lidar com os prejuízos líquidos decorrentes de um ato de concentração em uma determinada indústria. Assim, trazer esta apresentação ao final deste painel, é uma estratégia positiva, visto que a discussão da aplicação de remédios e ajustes decorrentes de uma operação prejudicial à concorrência, situa-se ao final da cadeia de análise de um ato concentração.

Em termos gerais, independentemente das questões presentes na legislação antitruste brasileira, discutir a solução para um determinado caso, implica dizer que o analista antitruste passou, necessariamente, por todas etapas do guia de concentração horizontal, instrumento relativamente recente que trouxe objetividade e efetividade à discussão e análise de atos de concentração no direito antitruste brasileiro. Nesse estágio, passou-se, por exemplo, pela avaliação das eficiências, apontadas pelo Dr. Jorge Fagundes de maneira bastante apropriada e técnica do ponto de vista econômico, para discutir, finalmente, qual é a melhor solução à determinada fusão, caso esta seja prejudicial à concorrência.

Cumprir dizer que este é um tema relativamente controverso, tanto na literatura econômica quanto na jurisprudência nacional e internacional. Note-se que, se por um lado a análise de atos de concentração muito prosperou através da aplicação dos guias de análise orientados a critérios objetivos, a escolha da cesta de recomendações permanece, de uma certa maneira, menos disciplinada, não há um padrão objetivo de recomendações, principalmente no que se refere às equivalências entre remédios estruturais e comportamentais. Por outro lado, não há que se negar que o tema tem sido bastante debatido, já em anos recentes, quando foram apresentadas algumas evidências sobre as melhores práticas na aplicação de recomendações em casos de fusão.

Antes disso, entretanto, cumpre notar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC aplica o controle de atos de concentração *a posteriori*, ou seja, analisa os casos de fusão depois de ocorridos, o que, obviamente, traz alguns efeitos sobre a aplicação e efetividade das recomendações dos órgãos de defesa da concorrência. Em última instância, tal regime também produz efeitos não desprezíveis sobre toda a consistência da análise de atos de concentração.

O sistema brasileiro tem criado mecanismos de superação das deficiências causada pelo regime de análise de atos de concentração, dentre os quais destaca-se a possibilidade de adoção de medidas cautelares e do APRO - Acordo de Previsão de Reversibilidade. Ambos são aplicados pelo CADE no início da análise antitruste, enquanto as recomendações tradicionais, tanto comportamentais quanto estruturais e suas diversas combinações, são aplicadas ao final do processo de julgamento da operação.

As medidas cautelares são disciplinadas por meio de uma resolução do CADE de 2002, e implica, em termos práticos, a cessação dos possíveis efeitos anticompetitivos de uma determinada operação antes que esta se consuma. Cumpre destacar que, nesses casos, tais efeitos são avaliados no

início da operação, vale dizer, no instante da análise em que o acesso às informações ainda é bastante preliminar, logo depois da notificação do ato de concentração. Sendo assim, embora a adoção de cautelares antecipe algumas características desejáveis do controle prévio, ainda não é possível, nem é essa sua finalidade, dadas as informações disponíveis no instante de sua adoção, emitir um resultado final, avaliando o provável impacto líquido da fusão. Entretanto, a adoção de medidas cautelares certamente é uma maneira não-perfeita de inverter a estrutura de incentivos ao longo da investigação de um ato de concentração, fazendo com que seja importante às Partes trazer as informações corretas e adequadas aos órgãos antitruste.

Quanto ao acordo de prevenção e reversibilidade, deve-se destacar, como o próprio nome indica, que se tratar de ser um acordo, e, portanto sujeito às regras de um jogo, a um processo de barganha entre as partes de um lado, e a autoridade antitruste de outro. O resultado de tal barganha tende a variar conforme o mercado envolvido, sua evolução recente, as assimetrias de informação entre os dois participantes, o *timing* e os “lances” da negociação, entre outros fatores. De qualquer forma, o que se deseja destacar é que o resultado desse processo determina quão bem-sucedido será o acordo em si, ou seja, qual será sua capacidade de reversão de uma operação, pois, seu principal objetivo é evitar, dado o regime a posteriori, que as condições de concorrência se alterem em um prazo curto de tempo, o que obrigaria aos órgãos do Sistema analisar e julgar um mercado completamente distinto daquele presente na ocasião da operação.

Passadas essas questões iniciais, pode-se discutir com mais propriedade a questão dos remédios aplicáveis na análise antitruste. No caso brasileiro, como na maioria dos países que aplicam uma lei de defesa da concorrência, existem, fundamentalmente, duas categorias de instrumentos: recomendações estruturais e comportamentais que podem ainda ser combinadas de maneira a obter o melhor resultado.

Em primeiro lugar, as recomendações puramente estruturais, como o próprio nome diz, envolvem a estrutura de ativos e organizacional das empresas e, ao contrário das medidas comportamentais, têm um caráter corretivo, que atua diretamente na estrutura do setor sob análise. Tais recomendações têm como principal vantagem a eliminação definitiva ou quase-definitiva dos incentivos aos vícios de comportamento decorrentes de concentrações horizontais e verticais muito elevadas.

Em ambas categorias de recomendações, deve-se, deixar claro que os analistas, tanto advogados como economistas, estão “encapsulados” pelos

limites do próprio ato de concentração, ou seja, o remédio sugerido nunca pode ser maior do que a própria operação em análise.

Os remédios estruturais, por sua vez, podem envolver dois tipos de ativos: i) “*hard assets*”, isto é, ativos físicos das empresas, tais como, plantas produtivas, unidades de negócio, máquinas e equipamentos, etc, ou ii) “*soft assets*”, ou seja, ativos não tangíveis, por exemplo, direitos de patentes, contratos de suprimentos, licenças, etc. É bastante comum na jurisprudência brasileira a solução envolvendo a segunda modalidade mencionada, ou seja, a alienação de ativos não tangíveis.

Ambas soluções, estruturais e comportamentais, apresentam características positivas e negativas. A solução estrutural certamente implica em menores custos de monitoramento pelas autoridades antitruste, uma vez que, ao propiciar a correção permanente dos eventuais desvios anticompetitivos decorrentes da concentração, necessita menos acompanhamento futuro que a solução comportamental. Neste último caso é necessário acompanhar o mercado praticamente em tempo contínuo, investigar e punir as empresas caso se verifique algum desvio de comportamento, o que não equivale dizer, que mesmo nas soluções estruturais não haja necessidade de acompanhar o mercado, pelo contrário, uma solução “*one-size-fits-all*” torna-se cada vez mais complicada, na medida em que os mercados e as indústrias tornam-se mais complexas e, seus dirigentes tomam a todo tempo um grande volume de decisões com potencial impacto antitruste.

Remédios estruturais também trazem certas preocupações em sua aplicação. Em primeiro lugar, merece destaque a questão da valoração, do ponto de vista privado, dos ativos colocados à disposição pela autoridade antitruste. É necessário um perfeito entendimento das condições de oferta e demanda para aquele pacote de ativos e, em última instância, se o mercado, excetuando-se as próprias requerentes, está disposto a absorvê-los.

Tipicamente a autoridade antitruste conhece a oferta de ativos disponibilizados, no entanto, pouco pode dizer sobre qual será sua demanda, se haverá compradores para tais ativos. Tal fato agrava-se ainda mais, dado que os mercados de capitais não são perfeitos, o que significa dizer que a oferta e a demanda de ativos produtivos, muitas vezes segmentados, não se equilibra rapidamente, em outras palavras, é difícil determinar, *a priori*, quais serão os preços dos ativos envolvidos, tanto do ponto de vista estático, quanto do ponto de vista dinâmico, isto é, do valor presente descontado de um determinado fluxo de rendimentos gerados pela estrutura de ativos colocados à disposição.

Em segundo lugar, há uma ordem de questões relacionadas ao período posterior à imposição das restrições por parte dos órgãos de defesa da concorrência, por exemplo, o comportamento das empresas fundentes após a imposição de uma determinada recomendação. É razoável supor que nem todos efeitos de um determinado remédio sugerido sejam previsíveis. Em mercados dinâmicos, pode-se facilmente observar efeitos não antecipáveis pela autoridade, tais como, comportamento colusivo dos agentes, estratégias depreciativas dos ativos à disposição, problemas de abastecimento caso haja integração vertical, etc. Tais efeitos usualmente não são menores do que os efeitos anticompetitivos diagnosticados na análise do próprio ato de concentração, mais ainda, podem ensejar um processo de ajuste da indústria cujo resultado não é percebido e levado em conta a tempo pela autoridade antitruste.

Em terceiro lugar, pode-se observar a falta de incentivos das requerentes para colaborar com o comprador de ativos alienados, situação típica, por exemplo, quando há necessidade de transferência de tecnologia, compartilhamento da rede de distribuição, esforços de *marketing*, etc. Nesses casos, quando a estrutura produtiva (distribuição, linhas de produção, etc) também é demandada pela requerente de maneira compartilhada com os concorrentes, há um enorme incentivo para desvios anticompetitivos de ambas as partes. Por um lado as requerentes podem adotar estratégias pouco cooperativas ao acesso de uma estrutura que deveria ser compartilhada por imposição da autoridade antitruste, por outro, os concorrentes têm incentivos para sobre-usar tal estrutura (“*free rider*”).

Por fim, ainda restam as questões clássicas de assimetria informacional. No caso de recomendações estruturais, por exemplo, os potenciais compradores de uma determinada cesta de ativos muitas vezes não têm como prever sua qualidade, possibilidade reconhecida na literatura econômica como “*market of lemons*”, ou “mercado de abacaxis” em uma tradução livre para o caso brasileiro, tais situações ensejam comportamentos oportunistas capazes de reduzir substancialmente a eficácia das recomendações adotadas.

Quanto às recomendações comportamentais, além da questão do custo superior de monitoramento apontada, cumpre destacar que são de caráter fundamentalmente compensatório, visto que objetivam assegurar a realização das eficiências alegadas e seu compartilhamento com os consumidores, tal qual disposto no art. 54 da Lei Antitruste. Em linhas gerais, tais recomendações, compreendem a imposição de um “código de conduta” sobre a relação das requerentes com os demais concorrentes, e, conforme mencionado, necessariamente implicam em algum tipo de monitoramento

continuo pelas autoridades, de modo a assegurar seu pleno cumprimento. No Brasil tais recomendações substanciam-se nos termos de compromisso desempenho, instrumento cuja previsão legal é dada pelo art. 58 da Lei, e que tem sido muito utilizado pelo CADE ao longo dos últimos anos.

Os próximos *slides* trazem algumas estatísticas sobre a natureza das recomendações adotadas pelo CADE. O primeiro diagrama mostra o uso de termos de compromisso de desempenho desde 1994. Pode-se notar que houve um pico em seu uso em 1996, e, desde então, praticamente todo ano é celebrado pelo menos um termo de compromisso.

O quadro seguinte permite comparar as estatísticas apresentadas pelo Professor Aranovich hoje cedo para o caso argentino. De todos atos de concentração apresentados ao SBDC em 2001, oito foram aprovados com alguma restrição (nove em 2002), o que representa cerca 1.4% dos casos, contra 5.3% do caso argentino. A legenda “outras decisões” mostrada no diagrama corresponde, em sua maioria, a arquivamentos por falta de mérito.

Tais números mostram que o SBDC analisa um número infinitamente grande de casos com reduzido potencial de dano, fato já extensamente discutido em debates anteriores, ou seja, o denominador da razão recomendações/total de casos, é extremamente elevado no Brasil: 584 casos analisados em um ano, enquanto no caso argentino, por exemplo, números dessa grandeza aparecem em períodos substantivamente superiores, conforme apresentado anteriormente pelo Professor Aranovich.

O gráfico seguinte mostra as mesmas estatísticas para o ano de 2002, a mesma situação repete-se, apenas 1.7% do total de casos foram aprovados com alguma restrição. Mais ainda, uma parte significativa das restrições apresentadas, corresponde: a) a modificações de cláusulas de contrato de não-concorrência, tais como, limitação ou alteração da sua dimensão geográfica, ou a redução do tempo de vigência; b) a exclusão de cláusula contratual anticoncorrencial; e c) a condição de apresentação do contrato final. Em resumo, o número de situações nas quais se impõe qualquer recomendação, principalmente recomendações estruturais envolvendo “*hard assets*” é bastante reduzido no caso brasileiro.

Finalmente, para ilustrar a aplicação das recomendações expostas acima, apresentar-se-á um caso analisado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico envolvendo o mercado varejista. Cumpre destacar que a apresentação que se segue refere-se, exclusivamente, à análise da Secretaria, e serve apenas para ilustrar as características das recomendações

quando se depara com uma estrutura de ativos segmentada, condição bastante comum na indústria varejista, ao contrário da indústria de bens de consumo duráveis e não-duráveis, onde normalmente há poucas unidades fabris e centros de distribuição concentrados em poucas regiões do país.

O setor varejista caracteriza-se, em primeiro lugar, pela dispersão relativa de seus ativos, isto é, há diversas lojas e centros de distribuição de diversos tamanhos, distribuídos por bairros, ruas ou cidades; em segundo lugar, usualmente há vários mercados relevantes relativamente próximos, principalmente nas cidades grandes e médias, onde os custos de deslocamento são relevantes, e finalmente, o conjunto de ativos pertencentes a um determinado mercado relevante, também costuma ser pulverizado. Em resumo, combinar o estoque de ativos de uma grande cadeia de supermercados, de modo a corrigir eventuais distorções nas condições de concorrência decorrentes de uma operação, constitui uma tarefa não-trivial, dadas as questões expostas acima, e, principalmente, o pouco acesso às condições de demanda pelos ativos.

As recomendações da Secretaria procuraram preservar as lojas alvo de recomendações como rivais efetivos das redes existentes, evitando-se fragmentações desnecessárias das redes. Mais do que isso, a composição de cestas de ativos funcionais preserva o interesse de outros concorrentes, a medida em que ao evitar descontinuidades nos negócios, assegura sua viabilidade econômica e, em última instância, a própria efetividade da recomendação. Tal ordem de recomendação é conhecida na literatura antitruste como “*clean sweep*”, e procura reproduzir uma unidade de negócios completa, capaz de se financiar autonomamente.

Conclui-se então a apresentação estabelecendo algumas considerações finais. Em primeiro lugar, quaisquer que sejam as restrições adotadas, elas devem ser efetivas e suficientes para reparar os prejuízos gerados pela operação, dada a capacidade da autoridade antitruste em antecipar seus efeitos sobre o mercado.

Segundo, em economias abertas e dinâmicas, não existem restrições “*one-size-fits-all*”, isto é, que sozinha conseguem reparar os prejuízos à concorrência. Conseqüentemente, as autoridades devem ser flexíveis e valer-se de toda amplitude de recursos disponíveis, combinando-os sempre que necessário.

Terceiro, a autoridade deve ter claro que as restrições impostas podem ter impactos não antecipados sobre o mercado, e que a sua capacidade para prever tais impactos são, na melhor das hipóteses, semelhantes à capacidade de avaliar os efeitos anticompetitivos da própria operação. Mais ainda, após a

imposição da restrição o mercado tende a mudar de comportamento para absorvê-la, ainda mais em mercados oligopolizados onde, como em toda situação de barganha, as empresas observam atentamente as condições de competição e as reações das empresas concorrentes, complicando sobremaneira a antecipação dos efeitos de uma determinada restrição.

Quarto, a autoridade antitruste, definida em seu sentido *strictu sensu* é um organismo de *enforcement* e não de regulação, ou seja, está encapsulada nos limites da própria operação. Assim, tirando as questões de “*competition advocacy*”, seu objetivo central não é revisar o mercado e decidir pela melhor estrutura industrial, mas sim evitar prejuízos à concorrência, mantendo o nível de competição em níveis não prejudiciais. O mercado deve determinar o que acontece com as empresas nos momentos subseqüentes à aplicação das recomendações, o que não implica dizer que condutas anticompetitivas posteriores não devam ser punidas à luz da lei de defesa da concorrência.

Por fim, conforme mencionado, a autoridade antitruste tem capacidade limitada em prever os movimentos posteriores das indústrias. Assim, em um contexto de decisões empresariais extremamente rápidas e complexas, estratégias de recomendações capazes de produzir negócios economicamente viáveis, e não pacotes arbitrários de ativos e recomendações comportamentais, são preferíveis à medida que produzem rivais efetivos às requerentes.

Muito obrigado

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bem! Depois da exposição do Dr. Jorge Fagundes, tão precisa e atual, vamos passar ao Dr. Luís Fernando Vasconcellos deixando uma pergunta para todos e inclusive para o Dr. Fagundes: qual é o padrão brasileiro? Este me parece um tema extremamente interessante e o Dr. Jorge sugeriu uma interpretação a respeito do que é o padrão brasileiro dentre os demais apresentados. O que é o que deveria ser o padrão brasileiro e em que medida uma análise deste tipo poderia ajudar as autoridades não apenas a decidir mas também ao que não aprofundar. Ele poderia liberar uma série de casos antes mesmo de investir muitos recursos na análise.

Particularmente cho que isso deve ser ponderado. Submeto também à reflexão do Dr. Luís Fernando, que tem sido uma liderança extremamente importante na sistematização e modernização da análise econômica, primeiro na Secretaria de Direito Econômico e agora na Secretaria Especial de

Acompanhamento Econômico. Ela honra muito a Fundação Getúlio Vargas por ser um pós-graduando na instituição e vai falar sobre remédios estruturais para operações de fusões.

Com a palavra, Dr. Luís Fernando.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito obrigado Dr. Luís Fernando por ter dado uma palestra ilustrativa do trabalho que você tem feito justamente na introdução de um maior rigor e sistematização na análise econômica.

Para iniciarmos o debate convidamos o Dr. César Matos, um dos pioneiros na introdução de análise de compromisso de desempenho e que tem artigos interessantes sobre isso.

Ele é doutor em economia pela Universidade de Brasília, acaba de compilar uma série de trabalhos econômicos aplicados no antitruste e vem nos ajudar a refletir sobre as várias exposições que foram colocados. Nós pedimos a ele que gerasse o máximo de polêmica possível em cinco minutos.

Dr. César Matos:

Obrigado Dr. Gesner. É uma participação especial. De fato é ótima a idéia de inserir neste painel a preocupação cada vez mais forte da autoridade antitruste brasileira com a variável econômica, com a análise econômica e finalmente com a metodologia econômica.

Isto não é uma preocupação apenas nossa e acho que nós podemos constatar no início deste painel a dificuldade até mesmo dos europeus, que identificaram carências da metodologia econômica e os problemas que isso gera.

Na verdade, como é que o livro se encaixa nessa discussão? Esse livro eu compilei com a contribuição de 32 economistas que têm atuado nessa área intensamente, inclusive alguns deles estão mesa e vários outros na platéia. Na verdade, o livro reflete uma constatação de que de fato temos tido nos últimos anos uma evolução bastante considerável no rigor da metodologia econômica aplicada no âmbito dos casos analisados no CADE, seja pelos consultores, seja pela SEAE e pela SDE.

Isso se reflete, inclusive, na preocupação cada vez maior de termos técnicos nos diversos órgãos que têm um conhecimento econômico que vá além do que existia até então. Por exemplo: podemos ver que a SDE há três meses e meio contratou o Dr. Fiúza, que é uma das grandes referências na área de econometria e em organização industrial. De fato isto é um reflexo de que cabe sim termos nas autoridades antitruste uma capacidade analítica mais forte.

Eu gostaria de destacar que como assessor do Dr. Gesner, ainda que por pouco tempo, tive o privilégio de acompanhar um pouco dessa história. Acho que ela começa com o pioneirismo de um caso que ficou muito conhecido e que foi muito importante no qual o Dr. Regazini foi uma peça fundamental. Foi no caso *Kolinos– Colgate* que acho que, pela primeira vez, tivemos uma sofisticação muito mais profunda da análise econômica no CADE. Tivemos já alguns inícios de simulação e uma reflexão mais profunda sobre a definição de mercado relevante. Creio que temos que fazer um corte no tempo de quando essa revolução começa.

Obviamente ela começou anteriormente, mas preferi colocar o que eu testemunhei e acho que o pioneirismo do caso *Kolinos- Colgate* é inegável. Ele é o caso que abre o livro dado ao que ele representou e ao que foi acontecendo depois dele; houve uma evolução do ponto de vista da introdução da análise econômica e ela continuou muito fortemente.

Também neste livro, diferentemente do quase homônimo americano Du Cooca, há artigos que têm determinadas visões diferentes sobre o mesmo caso. Sobre o caso *Kolinos– Colgate* temos o artigo do Dr. Luís Guilherme Nishimura que faz uma análise bastante interessante sobre como se aplicam as análises de barreiras de entrada ao caso.

Eu também tenho um artigo sobre o caso dos medicamentos, que se baseou na jurisprudência bastante interessante de evolução da definição de mercado relevante, quer dizer, saímos de classes terapêuticas- a forma mais fácil de definirmos mercados- e partimos para uma análise mais sofisticada como foi o caso *Kolinos– Colgate*.

Contudo, há outros pontos da metodologia econômica que são de longe mais importantes e que acho que neste livro eles estão bem representados. Eu diria primeiramente que o papel da econometria foi maior do que eu imaginava que ele fosse ter porque tivemos muitos artigos sobre este tema. Isto também reflete o interesse e o sentimento de que tal ferramenta tem sido cada vez mais útil para analisarmos os atos de concentração.

A metodologia econométrica do livro abre-se no primeiro artigo, do próprio Gesner Oliveira, sobre um caso na área petroquímica. Há também um artigo do conselheiro Cleveland, que faz uma análise bastante sofisticada do cálculo de elasticidade da demanda, mostrando claramente a dificuldade de se traduzir isso em evidência empírica e a conexão dos economistas com a noção de poder de mercado, na qual tanto se fala mas pouco se mede.

Sobre o caso Ambev também há artigos interessantes do Dr. Edgar Pereira, do Dr. João Vítor Essler e de outros economistas que fizeram esse caso, apresentando uma econometria pesada. O artigo do Dr. João Vítor Essler também é um pouco mais árido, mesmo para o público de economia.

Fazendo uma ponte com a exposição do Fagundes, há também um artigo de simulação de efeitos do ato de concentração feito pelo prof. Mário Possas, relativo ao caso Ambev. Este artigo é mais ou menos na linha daqueles “*triângulozinhos e retângulozinhos*” que são comuns em uma análise típica de *Williamson*. Aliás, o Fagundes abriu todas as variantes que acho que têm no caso geral dos pesos ponderados, os outros casos seriam particulares, com pequenas variantes.

O caso Ambev foi analisado pelo professor Mário Possas, sempre na vanguarda da análise econômica, utilizando-se das organizações industrial e de antitruste com as simulações dos efeitos. Também há outras eficiências e destacaria o artigo do próprio Dr. Fagundes.

Finalmente, eu queria por fim à uma zona de fronteira nessa área de análise econômica que é a área de aplicação da teoria dos leilões. Neste sentido temos o artigo do Dr. Afonso Arinos, que é o último do livro e que se utiliza de um cartel de licitação pública pela primeira vez e de forma promissora. Ele se utilizou da experiência como conselheiro do CADE e como, no caso do acordo de licitação, o mecanismo foi construído para gerarmos um resultado anticompetitivo.

Gostaria de agradecer e lembrar que nós já lançamos este livro no CADE e que esperamos que haja este espaço no IBRAC. O livro também estará sendo lançado em Porto Seguro para uma platéia mais abrangente de economistas ainda pouco sensíveis nesta área microeconômica. Ele é patrocinado pela Tendências e todos estão convidados.

Muito obrigado.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bom. O Dr. Luís Fernando lembrava aqui que não podíamos deixar o César falar mais senão as pessoas não precisariam mais comprar o livro porque conheceriam seu teor!

Acho que há uma conexão muito forte entre aquilo que o Dr. César compilou de maneira muito competente e as preocupações que foram lançadas aqui. Desde o que disse o Dr. Michael Reynolds acerca das mudanças na Comissão Europeia até as preocupações do Dr. Sérgio Bruna, eu ousaria dizer que não dá para alterar o patamar tomado como referência para notificação sem uma pesquisa mais aprofundada acerca da distribuição dos volumes de negócios. E o que representa esse patamar, não é? Então acho que uma pesquisa empírica seria muito útil nesta seara.

Ousaria dizer que nós sempre queremos um percentual baixo. Ou seja, é exatamente como o Dr. Luís Fernando nos mostrou acerca de um baixo percentual de operações que causam problemas. É mais ou menos o que ocorre numa estrada onde o posto de polícia rodoviária está lá justamente para prevenir acidentes: há a expectativa de que as taxas de acidentes sejam mais baixas mas isto infelizmente não ocorre.

Tem razão o Dr. Luís Fernando quando afirma que talvez o universo de casos sendo analisados seja exagerado. Talvez várias operações que deveriam ser mais analisadas deixam de sê-las e outras nem sequer ocorrem, mas o que é muito comum é chegarmos à conclusão de que isso é um problema, o que eu não acredito.

Na verdade, não acho que seja uma problema que este percentual deva permanecer baixo e que o controle deva ser feito de forma preventiva, mas são alguns pontos.

Eu insistiria na questão. Acho que o Dr. Fagundes colocou um ponto bastante interessante, ou seja, uma interpretação do art. 54 de qual é o padrão brasileiro. Eu confesso que não vejo com a mesma clareza que possamos interpretar assim embora concorde com a análise.

Eu acho boa a provocação para os juristas sobre se essa leitura econômica do art. 54 é correta. Se nós podemos ler o padrão tal como o Dr. Fagundes apresentou e se esse for o padrão brasileiro então os consumidores não podem perder. Seria esta a interpretação daquela frase que deve haver

uma transferência equânime de ganhos de produtividade para os consumidores? Então eu acho que é um ponto interessante.

Faria também uma provocação: não seria o caso do CADE, aproveitando nosso presidente Rodas e as demais autoridades da SDE e da SEAE, criar um grupo de casos a serem analisados nos próximos 5 ou 10 anos? Seria realmente um estudo de médio e longo prazo sobre não só o que o Dr. Luís Fernando analisou mas também sobre o que aconteceu no mercado. Como é que evoluíram os preços, as diferentes variáveis que nos permitem de alguma maneira dizer, ainda que grosseiramente, que melhorou ou piorou para o consumidor, qualquer que seja o padrão a ser utilizado.

Acho que essas, dentre outras, são questões extremamente interessantes que nossos expositores trouxeram para nós. Está aberto o debate para que possamos “*brigar*” à vontade até às 18:00 horas e depois tomar um vinho às custas do Dr. César Matos, que estuda a propaganda do livro *Revolução Antitruste*.

Primeira questão, por favor.

DEBATES

Dr. Yolanda Cerqueira Leite, advogada:

Na verdade é uma pergunta que eu gostaria de dirigir ao Dr. Vasconcellos e ao Dr. César Matos, se tiver comentários a fazer. O CADE, a SEAE, já devem ter um inventário significativo de casos onde remédios foram aplicados.

Então, eu queria saber se existe, mais ou menos na linha que o Gesner propôs, alguma análise ou algum estudo desses atos para saber se os remédios que foram aplicados foram efetivos e suficientes para eliminar os efeitos anticompetitivos.

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

Em primeiro lugar nós sabemos quais são os casos em que foram aplicados os remédios porque na verdade eles são bem poucos. Devem ser uns 15, tirando os termos de compromisso.

O segundo ponto da sua pergunta, que eu considero bem mais interessante, é se nós temos estudos de casos avaliando o resultado da aplicação desses remédios. A resposta é não. Quer dizer, embora tenhamos procurado saber o que aconteceu, estudos para esses casos são normalmente intensivos. Aquelas mesmas informações que não conseguimos ou que conseguimos de maneira precária ao longo da investigação são pioradas quando temos que fazer um estudo *a posteriori*, no qual não temos os instrumentos de *enforcement* que temos quando estamos investigando.

Então, a maioria das informações que precisamos nos casos de bens diferenciados, como por exemplo as cervejas, são preços de varejo desses produtos. A informação que temos e que conhecemos é a senil, isto é, sabemos as dificuldades que temos com esse tipo de informação.

Eu acho que uma das grandes questões, inclusive é o que eu coloco para as análises quantitativas aplicadas ao antitruste, é a obtenção dos dados. Obtendo informação, qualquer pessoa e qualquer pesquisador de fora até da agência antitruste pode entender o que está acontecendo naquele mercado.

A resposta é que isto está sujeito à disponibilidade de informação.

Dr. Gesner Oliveira:

Dr. César Matos tem um comentário e temos várias perguntas. Vamos fazer uma boa rodada delas.

Dr. César Matos:

Eu queria lembrar que quando eu estava no CADE, o presidente Gesner teve a iniciativa de criar o CADE– CADE. Na verdade, a proposta era praticamente um acompanhamento das decisões e uma avaliação dos impactos. Quer dizer, o Dr. Gesner já tinha essa preocupação naquela época e acho que o presidente Rodas tem dado um *upgrade* no CADE– CADE e até pensando em modificações.

No caso do livro, dois artigos tiveram uma preocupação em dar um *follow up* no que tinha acontecido *ex post* no mercado a partir da criação do CADE. São os casos da Ambev e da *Kolinos– Colgate*. No caso *Kolinos– Colgate* a conselheira Lúcia Helena fez uma avaliação de como se movimentaram os *market shares*, quer dizer, aquela variação de participação de mercado e de preços no mercado de creme dental.

A conclusão foi favorável. Na verdade, eu estava conversando no intervalo com o Dr. Regazini que, munido das informações da empresa, crê que a decisão baseada no diagnóstico de barreira de entrada e lealdade à marca era correta e funcionou.

No caso da Ambev a Elizabete Farina fez uma avaliação da trajetória de preços e desvio de poder de mercado. Ela também chegou a uma conclusão positiva do ponto de vista de que a forma de intervenção foi correta. Obviamente que os métodos devem ser melhor apurados, quer dizer, métodos com econometria e outras metodologias podem e deveriam ser introduzidos de forma mais sistemática daqui para frente. Acho que isso é possível que já se está tentando fazer isso.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bem, há várias perguntas que foram levantadas. Nosso procurador Dr. Moacir e o Dr. Pietro Ariboni.

Dr. Moacir Moraes, membro do Ministério Público Federal junto ao CADE:

Uma das preocupações que sempre tenho quando me manifesto, principalmente nos atos de concentração, é verificar a questão das eficiências e também a questão dos pressupostos que deferem medidas preventivas relacionadas com ativos e valores mobiliários, que são muito mais urgentes.

Eu vou fazer a pergunta mais dirigida aos casos de fusões e incorporações e a todas as formas de atos de concentração entre empresas, especialmente no caso de sociedade de capital aberto, que têm os valores mobiliários dos ativos controlados também pela Comissão de Valores Mobiliários.

Eu queria perguntar a qualquer um, tanto ao Dr. Fernando quanto ao Dr. Fagundes, até que ponto estes remédios estruturais e não comportamentais podem atingir determinados valores mobiliários dessas sociedades, algumas coligadas até grupos societários na forma da lei da sociedade anônima. Quando há também previsões na própria lei de sociedade anônima com referência à acionistas dissidentes e até credores, que podem tomar determinadas medidas já prevenindo o desastre do ponto de vista do próprio patrimônio líquido dessas empresas decorrentes dos atos de concentração, cisão ou fusão. Pode o CADE, dentro daquela competência

estabelecida pela Resolução 18, extrapolar limites exaustivos daquelas hipóteses de medidas preventivas e criar situações outras que possam infringir normas estatutárias dessas sociedades e inclusive também contrariar regulamentações estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários, no que diz respeito a um acordo de acionista para a subscrição de ações quando eles não têm recursos para poder cobrir o capital e integralizar esses valores?

Dr. Gesner Oliveira:

Naturalmente o Dr. Luís Fernando e o Dr. Fagundes terão a oportunidade de responder. Todavia eu tomaria a liberdade de passar para o Dr. Bruna porque acho que há vários aspectos jurídicos interessantes na questão para serem analisados.

Dr. Sérgio Varela Bruna:

Eu acho que o Dr. Moacir colocou bem. Não é possível que a intervenção do CADE vá além do que as partes procuravam fazer, ou seja, se existia a possibilidade de se decretar um remédio restritivo qualquer é para desfazer algo que as partes tentaram fazer, nada além disso. É para voltar ao estado anterior.

A pergunta que acho que deve ser respondida é se as partes tinham ou não direito de fazer o que fizeram, porque se isso que fizeram é contrário à competição e se coloca contra os comandos constitucional e legais eles podem ser tidos como ilegais. Eu acho que o CADE evidentemente não pode adotar nenhuma providência que exceda suas competências legais, mas elas são basicamente tentar retroagir aquela situação negocial ao estado que havia antes do negócio ser proposto à aprovação.

Eventuais direitos de minoritários que sejam prejudicados como resultado da execução de uma medida restritiva do CADE ou da imposição de uma restrição à aprovação do negócio devem ser resolvidas patrimonialmente com o controlador. Principalmente porque, se eventualmente o controlador praticar um ato que não deveria praticar, talvez ele deva responder pelos danos que causar aos minoritários e ao mercado em geral.

Dr. Jorge Fagundes:

Eu só vou fazer duas observações. A primeira é que se tem que lembrar que embora no Brasil não exista controle prévio, cabe às empresas decidirem se querem ou não submeter determinado ato de concentração à apreciação prévia do CADE. Essa é uma decisão das empresas, ou seja, é possível se antecipar riscos jurídicos de antitruste apresentando determinado ato de concentração previamente à análise do CADE.

A segunda observação que não podemos esquecer é que determinados prejuízos que agentes de determinadas empresas possam ter em função de restrições apresentadas pelo CADE fazem parte do risco do negócio e, em última instância, essa é a natureza de qualquer intervenção antitruste: determinar uma solução que implica benefícios sociais embora eventualmente impliquem prejuízos para os acionistas das empresas requerentes.

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

Faço das palavras dos dois palestrantes anteriores as minhas. Do ponto de vista jurídico estamos partindo de uma situação de não existência de um determinado ato. O ponto mais longe que se consegue chegar é voltar àquela situação anterior. Isto faz parte do risco do negócio. O negócio não existiria se o risco do desfazimento fosse maior do que o próprio negócio, quer dizer, aí há um contra-senso. Não há operação privada que ocorra dado à existência desse risco.

Dr. Pietro Ariboni:

Como advogado, eu sempre fico impressionado com o “economês” e hoje eu fui inundado por uma série de informações muito importantes. Aprendi que existe uma série de metodologias econométricas que podem realmente ajudar a tornar os exames mais aprofundados. Por outro lado, nós ouvimos hoje que duas das empresas que ganharam perante a justiça na Europa estão tentando pedir indenização diante da Comissão com base no que as cortes reconheceram como insuficiências, deficiências ou omissões na instrução dos processos que levaram, portanto, à decisões que foram depois consideradas excessivas.

Considerando isso, eu faria duas perguntas ao Fagundes e ao Luís Fernando. Primeiro: mesmo contando com todo este cabedal de metodologias econômicas perfeitas que podem dar rumo certo ao exame, em que medida e que peso teria o fato reconhecido hoje pelo próprio Dr. Rodas de que o sistema em si carece de meios e fundos de condições operacionais, inclusive de estrutura pessoal, pelos fatos sobejamente conhecidos. Então isto deverá efetivamente conduzir a resultados e decisões eventualmente errôneas ou equivocadas?

A segunda pergunta. Temos a estatística de que apenas num ponto alguma coisa teria sido objeto de restrição. Em que medida isto reflete realmente o fato de que a grande maioria das operações são inócuas para as relações concorrenciais de mercado, ou simplesmente a grande maioria foi aprovada por insuficiência de meios para análises mais aprofundadas?

Dr. Jorge Fagundes:

Não sei muito bem como responder esta questão porque de fato um dos principais problemas que nós temos no Brasil diz respeito a essa insuficiência de recursos, que se traduz na deficiência muitas vezes de estrutura, não só por parte do CADE mas também de outras entidades envolvidas com a análise da defesa da concorrência.

Na verdade, não é só um problema específico da área de defesa da concorrência. Em última instância, e acho que foi colocado aqui pelo Sérgio, é um problema que afeta todo o Estado brasileiro. Eu acho que também temos que imaginar qual o risco derivado dessa insuficiência no que diz respeito ao resultado do sistema.

Não há como lidar com essa questão a não ser através de um trabalho de conscientização que implique no fortalecimento da área na disposição do Estado em aplicar maiores recursos na defesa da concorrência.

Dr. Gesner Oliveira:

Antes de passar ao Dr. Luís Fernando havia uma pergunta do Fernando.

Dr. Fernando Aranovich:

Ao Dr. Luís Fernando. Ele comentou o processo de compra de Bom Preço pelo grupo. Entendo que isso levou muito tempo de análise pelos órgãos que se encarregam do tema aqui no Brasil. Isto implica em reduzir a capacidade de análise e de predição dos economistas. Eu uso na Argentina a Associação de Investigações Econômicas Latino – Americana como *think tank* quando tenho ações complicadas.

Contudo, no caso *Carrefour– Promold*, que começou em 1999 ao final da presidência de Menem e que se concluiu no ano 2000 já iniciada a presidência de De la Rúa, foram impostas restrições tomando como modelo para analisar o mercado relevante a idéia que imperou na Comunidade Européia. Que dizer, no mercado em que o único que existe é o comércio organizado moderno.

Na França 95% dos alimentos são vendidos em supermercados e hipermercados, na Argentina somente 40%. O que ocorreu então? Quando a operação foi aprovada, a recessão se aprofundou na Argentina e todos sabem que em 2001 declaramos o *default*. Nesses anos, a população vivendo na linha de pobreza cresceu de 5 para 50% , apareceu um setor marginal de economia informal que foge a todo tipo de controle e que jamais foi considerado na análise dos organismos de controle.

O que teria ocorrido se uma operação como a *Carrefour– Promold*, ao invés de ter sido aprovada em um prazo de oito ou nove meses, tivesse levado um período de análise superior a dois anos como creio que levam essas operações no Brasil? A análise que realizam os economistas é estática e as economias latino-americanas passam por terremotos dinâmicos que são imprevisíveis na análise do que vai ocorrer depois.

Dr. Luís Fernando Vasconcelos:

Após a sua longa exposição, deixa-me ver se entendi perfeitamente qual foi a questão colocada. Quer dizer, de uma certa maneira, considerar em sua análise antitruste presente fatos que podem acontecer no futuro.

O fato de demorarmos muito na análise de uma determinada operação, por motivos que não convém discutir aqui, não é o núcleo da sua indagação. A resposta é a seguinte: há ferramentas para fazermos isso, mas

uma coisa é conseguirmos trazer para o presente os efeitos dinâmicos de uma determinada operação, outra coisa é trazermos para o presente riscos políticos como você colocou no próprio caso da Argentina. Isto é um dos principais problemas que se observa na questão de análise *a posteriori*.

Temos riscos associados à análise *a posteriori* que não são só aqueles pertinentes à análise econômica do ponto de vista dinâmico. É preciso também considerar outros riscos, como o risco político em países instáveis, como o caso das economias latino-americanas em um passado recente. Este é um problema da análise *a posteriori* para o qual não temos muito o que discutir, a não ser que ela mude.

Com relação ao tempo de análise, que foi a maneira pela qual você começou sua exposição, acho ele pode ser reduzido mesmo hoje, isto é, um dos principais benefícios de termos um controle prévio é a alteração da estrutura de incentivo entre o órgão antitruste e as partes. Passa-se a ser prioritário para as partes que aquilo seja concluído de maneira rápida.

Vamos fazer um exercício não trivial. Como as coisas podem melhorar do jeito que elas estão? . Para ser bastante sucinto e não estender essa discussão demasiadamente, proponho o seguinte: se as informações de um determinado ato estiverem disponíveis logo de entrada, conseguimos analisar o ato de maneira bastante rápida.

Os casos de supermercados são particularmente difíceis pelos problemas que eu aponte anteriormente: uma estrutura de ativos bastante pulverizada, que implica em se oficial 100, 200 lojas pedindo informação; os preços cobrados em caixas de supermercados estão sujeitos a promoções; enfim, a uma dinâmica bastante particular. Logo, isto traz algum tipo de especificidade na análise destes casos, mas acredito que dá para reduzir mesmo o controle *a posteriori*.

Eu sou um otimista crônico!

Dr.a Denise, economista da Tendências Consultoria:

Gostaria de perguntar ao Dr. Luís Fernando se os modelos de simulação já estão sendo utilizados, de alguma forma, na análise da SEAE para confrontar os números de eficiência que são apresentados pelas empresas com o percentual que os modelos indicam de redução de custos necessários para a aprovação das operações.

Dr. Luís Fernando Vasconcelos:

Eu já vi bastante modelos de simulação serem aplicados fora do país. Os Estados Unidos têm um grupo de economistas que têm publicado bastante sobre isso. Você pode acompanhar na literatura que alguns economistas têm trabalhado bastante com essas coisas. Com esses modelos de simulação é muito difícil conseguir simular as eficiências, porque elas dependem de uma série de características de custos das empresas.

Os modelos bem sucedidos que eu tenho acompanhado na literatura internacional são aqueles que precisam o menos possível de informações de custos das empresas ou que os efeitos dos custos de alguma forma se cancelem. Ou seja, o segredo da aplicação de modelos de simulação é termos basicamente informações da demanda, fazermos alguns exercícios e algumas hipóteses de redução de custos: 5%, 10%. Se mesmo assim tivermos reduções e o efeito líquido for negativo, poderemos ter uma conclusão melhor.

Contudo, esses modelos são muito sensíveis devido as próprias elasticidades da demanda e ao formato das suas curvas. Então há uma longa discussão sobre que modelo de demanda aplicar. Além disso, é preciso superar todas as questões iniciais da elasticidade que é *data intensive*, bem como se precisa de muita informação para conseguir chegar em uma elasticidade.

Dr. Gesner Oliveira:

Alguém mais? Dr. Fagundes? Dr. Bruna? Mais questões? Temos uma questão do doutor Tito.

Dr. Tito Andrade:

Pergunto ao Dr. Sérgio, que de alguma maneira verbalizou uma preocupação e as agruras que nós vivemos todos os dias. Na verdade, gostaria também de contribuir.

Uma das críticas que ouvimos principalmente de advogados americanos, europeus e etc, é a falta do que eles chamam de *informal guidance* no Brasil, ou seja, a possibilidade de chegarmos a uma autoridade antes de apresentar a operação, indagarmos se determinado documento é vinculativo ou mesmo como preencher um formulário.

Você acha é desejável uma criação de um sistema que permita alguma informalidade prévia? Se for desejável, você acha viável dentro do modelo institucional vigente que haja um mecanismo desse?

Dr. Sérgio Varella Bruna:

Bom, sabemos como é a lida com este tipo de problema. Essa semana, por exemplo, eu estava trabalhando em um caso e estava com dificuldades de falar com a minha correspondente na Alemanha e na Bélgica. Na verdade, ela estava numa seqüência interminável de reuniões com a autoridade europeia e me disse que tinha milhares de questões sobre as informações de mercado que estava recebendo para preparar o formulário de notificação.

O que eu acho é que se trata um pouco da nossa falta de contato inicial é decorrente do tipo de documento que usamos para iniciar o prazo. Temos 15 dias úteis para fazer o negócio num contrato preliminar e muitas vezes nem eles lá têm os memorandos de informações ainda prontos, então isso dificulta o momento inicial de notificação.

Seria extremamente positivo se nós pudéssemos sentar, por exemplo, com a SEAE no início do caso e perguntar o que a ela quer saber. Só depois correríamos atrás da informação e evitaríamos, talvez não dezenas, mas alguns dos ofícios de complementação que recebemos; faríamos uma notificação mais completa.

Agora se isto é operacionalmente difícil de se obter na notificação inicial, dado ao nosso marco legal, seria possível que ocorresse no momento seguinte, quando, por exemplo, a SEAE considera quais são as informações complementares que são necessárias para levar a análise a diante.

Nesse momento, se houvesse uma forma institucionalizada de que as partes sentassem com a SEAE em uma audiência e que ela nos desse a lista toda do que precisa, discutiríamos as questões do mercado de uma vez só, evitando assim o vem e vai de solicitações adicionais sobre explicações que nós já demos. Talvez abreviar-se-ia um pouco o prazo de tramitação.

Eu acho que é possível fazer fazermos este contatos informais, talvez não no momento inicial, mas certamente na fase de investigação.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bem, o Dr. Fernando gostaria de se manifestar, bem como as demais autoridades como a Dr.a Bárbara e o presidente Rodas.

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

Diante das demandas apresentadas pelo palestrante, acho que há duas sortes de dificuldades. Em primeiro lugar, dada à relativa escassez de informações já presentes na Resolução 15, a grande questão é saber o quanto vamos precisar desta informações logo no início. É de grande valia Resoluções 15 bem preenchidas para sabermos detalhes e inclusive para ajustarmos os pedidos subseqüentes.

Em segundo lugar, temos procurado concentrar um pouco as perguntas nas nossas idas às empresas ao invés de ficarmos mandando formulários de maneira contínua. Acredito que possamos chegar ao *first* e ao *second request* em curto prazo, mas a idéia é fazermos isso no menor número de ocorrências possíveis, o que não é fácil.

Dr. Sérgio Varella Bruna:

Eu só gostaria de dizer que devemos reconhecer o mérito da SEAE por fazer isso nos últimos tempos, porque a situação melhorou de uma forma gigantesca no meu ponto de vista. Todavia, acho que anda podemos progredir um pouquinho mais.

Dr. Mauro Gringberg:

Eu quero só dar uma explicação e defender um pouco a SEAE nessa questão dos pedidos complementares de documentos. É verdade que agora a jurisprudência do CADE está assumindo uma feição diferente, mas até algum tempo atrás todos nós corríamos para apresentar as notificações em 15 dias úteis, contados a partir de eventos que nem sempre eram vinculativos mas que poderiam ser assim considerados. Não tínhamos as informações completas.

Você mesmo, Dr. Sérgio, mencionou que muitas vezes o Brasil é o primeiro lugar onde a notificação é apresentada; só depois é que ela é apresentada na Europa, nos Estados Unidos, e etc. Isto já está mudando bastante com a atual jurisprudência do CADE, mas a situação era assim e muitas vezes as notificações chegavam com muita coisa para ser complementada. Isto porque essas informações nem sequer existiam, os atos não haviam sido apreciados e as notificações não haviam sido apresentadas fora daqui.

Dr. Gesner Oliveira:

Muito bem, já estou vendo o nosso presidente Ubiratan entrar com a lista de prêmios do “Oscar” da concorrência. Então, acho que é o momento de agradecermos aos nossos palestrantes pelo debate que ocorreu e encerrarmos este painel para passarmos a distribuição do prêmio.