

PAINEL I**O abuso do poder econômico – a experiência comparada : prevenção,
repressão e estrutura administrativa*****Abuse of economic power - compared experience : prevention, repression
and administrative structure***

Laércio Farina (Chairman)

Enrico Raffaelli - *Studio Legale Rucellai & Raffaelli*

Pedro Dutra - *Advogado*

Roberto Pfeiffer - *Conselheiro do CADE*

LAÉRCIO FARINA

Senhoras e Senhores, meus caros colegas, dando início aos trabalhos efetivos desse nosso 8º Seminário, eu preciso fazer algumas observações preliminares, anotando, em primeiro lugar, que nesses oito anos de seminários promovidos pelo Ibrac, nós continuamos cultuando uma das tradições mais consistentes de nossas discussões sobre concorrência, que é aquela relativa ao fato de jamais conseguirmos começar um painel no horário. Nós estamos cada vez mais atrasados. Esse nosso painel deveria começar às 9:30 hrs. são 11:15 hrs.

Peço aos senhores que por gentileza desliguem os seus celulares, ou pelo menos mantenham. Uma outra correção que vai junto com o pedido de desculpas, eu acho que não é necessário para aqueles que militam há mais tempo na área, talvez a observação não seja necessária, sirva apenas como um pedido de desculpas, mas parece que é uma explicação necessária para os mais novos, os jovens que estão aqui, principalmente estudantes e recém-formados.

Eu quero lamentar e justificar a ausência do nosso grande Juan Rivière Marti que não pôde comparecer, por motivos de saúde, estava programado para esse painel, e pediu-nos que transmitissem a todos os seus votos de sucesso deste Seminário, e principalmente aos muitos amigos que ele fez ao longo destes anos, esses longos anos de participação no Seminário do Ibrac. Ele que sempre foi uma figura muito presente quis transmitir seu grande abraço.

Sem mais delongas eu quero dar início a este Painel apresentando o Dr. Enrico Raffaelli, que é Professor da Universidade Católica de Milano, Professor de Direito da Comunidade Européia e também Organizador de uma Conferência Internacional que se realiza a cada dois anos sobre antitruste e as relações da legislação da Comunidade Européia, e a legislação nacional dos países-membros. O Dr. Raffaelli é sócio do Escritório Rucellai & Raffaelli, Milano.

Com a palavra, Dr. Raffaelli, por gentileza.

ENRICO RAFFAELLI

Thank you, Mr. Chairman. Ladies and Gentlemen, let me start by thanking very much the president of Ibrac, Dr. Ubiratan Mattos, and the others organizers of this prestigious conference for inviting me to participate. It is my first time in Brazil and I am very glad to be in this wonderful country. I wish to make some comments on what I consider the present problem of antitrust. A problem even in this period of reform of antitrust rules seems to be neglected by the European antitrust legislator. I mean, the difficulties that antitrust authorities facing, dealing with the oligopolistic markets. Indeed all of us know that the application of antitrust rules to oligopolistic markets creates specific problems. Antitrust authorities are facing real challenges in the oligopolistic markets while oligopolistic markets are becoming more and more common in all geographic markets. My remarks will be made focusing on European Antitrust Law. Indeed the experience of the young Italian substantive antitrust law is not original. Italian antitrust law is derived from the European antitrust law. Italian antitrust law provides the application of the single barrier principle and therefore it applies only if the European law does not apply. Furthermore, the Italian antitrust rules must be interpreted by law on the basis of the principles established at European level. Before examining the specific topics of this issue it is advisable to confirm what we mean for oligopolistic markets. That is a market where there are few or relatively few undertakings; a market in which the undertakings are aware of their interdependence, in which changes in the conduct of one undertaking causes immediate reaction from the others undertakings. A market, therefore, in which the undertakings have as their primary concerns the study and the prediction of the conduct of their competitors rather than the conduct of the consumers.

The European antitrust rules which are, as you know, derived by those which were enacted more than one hundred years ago in the U.S., are essentially the ban on restrictive agreement, the ban on abuses of dominant positions, the regulation on merger control which is based on the dominance

test and not on the SLC test as in USA and other legal systems as in Great Britain. In the European Union, therefore, the concentration may be blocked only if it creates or strengthens a dominant position and it impedes competition in the common market or substantial part of it. This is very important for our today's analysis. What is happening is that in the last years, at least at European level, the limits of these antitrust rules to face these challenges of the oligopolistic markets have become clear. This should not surprise since the present antitrust rules were created, as I already said, more than one hundred years ago, were created in completely different economic context when the markets were at national level while today the territorial boundaries do not contain any longer the markets, when the technology was not sophisticated and subjected to rapid evolution, when communications were completely different from today and, above all, oligopolistic markets were not so widespread, and of course, as regards Europe, the common market was still to be founded.

But which are the specific problems of oligopolistic markets? Which are these challenges of oligopolistic markets? The problem raises from the fact that, due to specific structural factors, oligopolistic markets undertakings may achieve an equilibrium in which it is rational and economically convenient for them to adapt their strategies to those of their competitors. Oligopolistic undertaking, therefore, can substantially restrict and even eliminate competition without any collusion, using this word in the legal terms. Simply practicing the so called conscious parallelism, in other words, the problems of oligopolistic markets and therefore the problems for the antitrust authorities are due to the fact that in these markets companies without colluding obtain results which are identical to those that would be achieved with collusive behavior. When the oligopolistic companies achieve the afore said equilibrium, competition does not perform its fundamental role of regulator of the market, market power can be exercised jointly and all these, with the series of possible negative consequences supra-competitive prices, low technology innovation, output reduction, etc.

All these is already a problem but this situation is rendered more difficult from the fact that oligopolistic markets do not comply with well defined economic rules as in the case of other types of markets, I refer to monopolistic or atomistic markets or those markets characterized by the presence of a company which is in individual dominant position. Indeed, it is well known that economic theory plays a less important role in oligopolies than it does in other types of markets, therefore, as economists have underlined, in oligopoly anything can happen. And, as Frederic Jenny has recently outlined the fact that interdependence exists is sufficient to be able to say anything about the

performance of the firms in the industry and in particular whether or not they will engage in what legal experts define as anticompetitive parallel behavior. I think that every one is in agreement that this is a serious situation which must be faced by all antitrust authorities in the world. European Commission which continues to be the antitrust authority at European level, although if a new role of national antitrust authority due to modernization of antitrust rules which will enter into force on first May 2004, the same day of the enlargement of European Union to receive the new members states on the basis of the political agreement reach the level of Council of European Union two days ago. European Commission in order to face the challenges of the oligopolistic markets and to attempt to guarantee competition also in those markets uses the instruments which is provided with by the European antitrust system and therefore, as mentioned before, article 81: ban on restrictive agreement and, article 82: ban on abusive dominant position and mergers control regulation.

Now we will shortly exam these words starting by the application of article 81. The utilization of ban on agreements which restricts competition provided by article 81 is very limited because as we have seen, the oligopolistic companies may eliminate competition in practices parallel behaviors without colluding but simply exploiting the natural transparency of oligopolistic markets. Therefore, there's no need for agreements between undertakings or decisions of association of undertakings to reach the afore said equilibrium and therefore the goal of restricting or even eliminating competition on oligopolistic markets. More delicate is the application of the notion of a concerted practices. It is tacit coordination of the competitors realized through direct or indirect contacts or through an artificial increase of the natural transparency of the market. The boundaries between a concerted practices which is unlawful in the parallel behavior which is lawful are not always definable. On the basis of the case law we can say that parallel behavior by itself is not sufficient to demonstrate a concerted practice if it can find an explanation in the structure of the oligopolistic market. Economic operators have the right to adapt intelligently to the existing and the anticipated conduct of their competitors. Therefore, in order to assert that the parallel behavior is unlawful in an oligopolistic market, it is necessary to demonstrate direct or indirect contacts or other facilitating practices, if any. As regards article 81, the main aim of European Commission has been to apply it in the oligopolistic markets to all agreements that may constitute the so called facilitating practices. Those practices that announces the potential tacit coordination between competitors. I mean, exchange of information, agency contracts, we have seen agency for different producers. This is the limited application of the ban provided by article 81 to oligopolistic markets. In view of the increasing widespread of the oligopolistic markets and the practical difficulties of applying article 81 in

tacit collusion situations, European antitrust authorities have developed the theory of collective dominance in applying article 82 concerning the ban on abuses of dominant position. And this, in order to be in a position to strike at least the abuses of the joint market power of the oligopolistic companies such as the practices of excessive pricing. In other words, if it is not possible to impede parallel behavior we attempt to reach at least the abuse of market power used jointly.

In the establishment of the concept of collective dominant position the European Commission was favored by the fact of article 82 expressly provides the possibility that the dominant position may be held jointly by more than one company. The debate therefore focused on the economic links which should characterize the relationship between the companies in order to consider then in collective dominant position. This concept of economic links between companies in collective dominant position was progressively widened by European antitrust courts and authorities. The landmark case is the European Court of Justice judgment in the *Compagnie Maritime Belge de Transports* case of March, 2000, under article 82 where it was stated that dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other provided that, from an economic point of view, they present themselves or act together on a particular market as a collective entity. This is certainly the case of oligopolistic undertakings which practice conscious parallelism and therefore present themselves on the market as a sole collective entity independently of the existence of any other link between them.

Once affirmed the concept of collective dominant position, the European Commission was in a position to prosecute abuses that companies in oligopolistic markets commit exploiting their collective dominance. The main possible abuses were practices of excessive prices, selective price cutting, loyalty discount, refusal to supply, etc. Through the application of the concept of collective dominance position under article 82, it was possible for the European Commission to face at least the microscopic effects of parallel behavior of oligopolistic companies. This is true especially since it's nowadays an established principle that the abuse can be realized also by a single undertaking which is not in an individual dominant position but which is in a collective dominant position together with his competitors. The leading case on the point is the *Irish Sugar* of 1999 in which the CFI - Court of First Instance stated that undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abusive contact.

One would think, in view of this possibility of acting through the ban provided in article 82 for the abuses of oligopolistic companies the situa-

tion is under control. But this is not true because there are certain abuses such as the practice of excessive prices which are notoriously difficult to demonstrate and in which consequently the antitrust authorities, European Commission included, are reluctant to intervene because the other afore said negative consequence of the collective dominance in oligopolistic markets, low technology innovation, output reduction, etc, remain in any event challenged and challenged.

Now, we will exam the last branch of antitrust rules. Those concerning the merger control. State Aid control is not affected by this kind of programs. The merger control applied to oligopolistic markets constitutes the more delicate aspect of this examination. This is also an issue of great tropical interest. Indeed just last June the European Commission has suffered on this subject matter its first defeat in the judicial review. Since the Court of First Instance overturned its decision to block the merger in the Airtours case. In general terms, it happened that European Commission notwithstanding the lack on any reference to collective dominance in the merger regulation attempted to the extend the concept of collective dominant position to apply it as much as possible also in merger control in oligopolistic markets. So to, I say it in rough terms, to block the deals which create tight oligopolistic markets or block the deals with strengthened an already existing thigh oligopolistic market. But what has pushed the Commission to move in this direction? The European Commission's attitude was due mainly to the following reasons. The already examined objective difficulties in facing the challenges of oligopolistic markets with the antitrust rules on the ban on the restrictive agreements, and on the ban on the abuses of dominant position.

Second, the fact that in the European Union differently from what happen in several other legal systems, the clearance given by the Commission no longer allows it to intervene on the operation cleared even if the operation has harmed the market.

Third, furthermore, it should be taken into account that the clearance phase is the only state in which the European Commission has the power to intervene in the markets by subordinating it's clearance to structural remedies. I should add that it's the only stage, at least for the time being, because if the next Council of the European Union will approve the project on modernization which was presented by the Commissioner Prof. Monti, the article 7 of this project empowers the Commission to impose all remedies necessary to bring the infringements of article 81 and 82 to an end including structural remedies: divestiture of assets.

Finally, there is the decisive aspect that in the European Union to block a concentration it is necessary to demonstrate that the concentration in

question creates or strengthens a dominant position concentration and not only that impedes competition as in USA with the SLC test. Therefore, if you wish to block a merger, you have to find a dominant position. For all these reasons, the antitrust authorities, notwithstanding the fact that the concept of collective dominant position is not mentioned in the merger regulation applied this concept in merger control cases and then progressively enlarged the concept of collective dominant position. This happened in several cases among which the most important are Kali und Salz, Gencor and recently Airtours.

But the important novelty of last June was the judgment of the Court of First Instance which has not followed the trend of European commission and annulled the European commission decision on the Airtours case for its errors in the economic assessment of the market and for the lack of evidence that the merger would have led to the creation of a collective dominant position. With this milestone judgement which is now definitive, for lack of appeal by the European Commission before the European Court of Justice the Court of First Instance stated that the Commission prohibited the transaction without having proved to the requisite legal standard that concentration would give rise to a collective dominant position of the three majors operators of such kind as significantly to impede effective competition in the relevant market. Indeed, according to the Court of First Instance for finding the collective dominant position which impedes the competition necessary requisites to block a deal the following the three conditions necessary:

First, each member of a dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. In other words, there must be sufficient market transparency to all members of the dominant oligopoly to be aware sufficiently, precisely and quickly of the way in which the other members market conduct is evolving. This situation must be sustainable over time. There must be an incentive, not to depart from the common policy on the market. This introduces the notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy. There must be, therefore, adequate deterrence to ensure that there is a long term incentive in not departing from the common policy. In other words, each member of the dominant oligopoly must be aware that any competitive action on his part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that there would be no benefit on this initiative. Finally, the third condition, it must be proved that the foreseeable reaction of current and future competitors as well as the consumers, would not jeopardize the results expected from the common policy. The Airtours judgment is a very important judgement because it establishes the legal criteria for the application of the concept of collective dominance and

merger control in oligopolistic markets. It reduces, therefore, the discretionary power of European Commission, it increases the legal certainty for undertakings, these criteria will be included in the guide lines of merger control that the European Commission is publishing and above all, it stresses the importance of the second condition search for in article 2, 3 of the merger regulation that is that affected competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it. The deal to be examined cannot be blocked because it creates a collective dominant position but only if such dominant position impedes competition.

One could ask if the *Airtours* judgment has solved the problems of the application of the concept of collective dominance to merger control in oligopolistic markets. The answer would be once again no. Because the difficulties of ascertaining the economic conditions established by the Court of First Instance through a prospective analysis remain. And in any event the development of a oligopolistic market is often unpredictable. It may vary overtime. To sum up it is not always possible to access ex-ante with reasonable certainty how the companies which are or will be in a collective dominant position will actually behave on the market after the merger.

What is therefore desirable in order to guarantee competition in oligopolistic markets without interfering in the choices of the undertakings with the prospective analysis which could be wrong at the time of the merger control? I think that the intervention of antitrust authorities through merger control should be reduced at the least to block a deal only in the cases of evident restriction of competition. Leaving to undertakings specially in consideration of present economic situation in which markets are more and more open and global and undertakings need adequate dimensions leaving to undertakings full responsibility for accessing their choices of efficiency and dimensions.

At the same time, however, the power of the European antitrust authority should be revised. Increasing the possibility to intervene ex post when competition is absent on the market and even when this is due to a concentration which was cleared in the past and granting the European antitrust authorities with the possibility to issue structural orders when necessary to open up a market again to competition. Indeed if we are actually convinced that competition is a necessary ingredient for the healthy functioning of the markets we cannot accept that the antitrust authorities which have the task of guarantee full and effective competition in the market have their hands tied in oligopolistic markets where very often competition is not only restricted but even eliminated.

These are in my opinion the problems of antitrust. I wish the reform in progress at European level should take care. And let me say because I want

to make full use of this opportunity, that I am not very much impressed from the announced reforms of merger control regulation. The reform of the check and balance process, the extension of the powers of the hearings officer, the establishment of advocate panel, the appointment of the head of economics inside DGCOM. All these, in my opinion, risks to create bureaucracy and conflicts and this only due to the will of European Commission to continue to act as the European antitrust authority. If the antitrust powers were tested by a separated body, as in the Italian experience which is going very well, this body composed by economists and jurists would decide on the work and on the conclusions of the staff of the DGCOM reducing the risk that its decision be overturned in judicial review as it is happening now. Thank you very much for your attention.

Slide 1

IBRAC
8th Seminar on Competition Policy

"Oligopoly and collective dominance"

By Enrico Adriano Raffaelli

Brasilia, November 29-30th, 2002

Slide 2

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

**European Antitrust Law
and
Italian Antitrust Law**

may be examined simultaneously in view of:

- **the similarity of the provisions**
- **the "single barrier" principle applied in the Italian legal system**
- **the fact that the interpretation of Italian Law has to be carried out according to the principles established in the application of European Antitrust Law**

1 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 3

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

Basic features of oligopolies :

- **low number of undertakings**
- **interdependence between operators**

Rucellai & Raffaelli 2 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 4

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

European competition rules

- **art. 81 EC ⇒ Ban on agreements restricting competition**
- **art. 82 EC ⇒ Ban on abuses of dominant position**
- **Reg. 4064/89 (am. Reg. 1310/97) ⇒ Merger Control based on the dominance test (not SLC test)**

Rucellai & Raffaelli 3 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 5

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
<p>– <u>Inadequacy</u> of the aforesaid rules to face the increasing challenge of oligopolies</p> <p>– <u>Why ?</u></p> <ul style="list-style-type: none">• Present antitrust rules were created in a different economic context• when technology growth rate was lower• market shares within most of the industry sectors were more fragmented• the common market was still to be founded		
Rucellai & Raffaelli	4	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 6

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
<p><u>Tacit coordination - conscious parallelism</u> is the problem of oligopolistic markets where</p> <ul style="list-style-type: none">- due to the specific structural factors of the market, undertakings may achieve an equilibrium in which it is rational and economically convenient for them to adapt their strategies to those of other competitors;– competition is often eliminated and does not regulate the market;– with the following possible negative consequences:<ul style="list-style-type: none">• <i>low technology innovation, supracompetitive prices, output reduction, etc.</i>		
Rucellai & Raffaelli	5	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 7

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

The problem with oligopolistic markets is:

- that they do not fit into economic models established *a priori*, as they may be characterized by potentially infinite features

and therefore,

- as economic theory has correctly stated:
“in oligopoly anything can happen”

Rucellai & Raffaelli 6 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 8

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

The European Commission attempts to foster competition in the oligopolistic markets by using the instruments it is provided with by Law:

- Art. 81 and 82 of the EC Treaty

and

- Merger Control Regulation

Rucellai & Raffaelli 7 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 9

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

ARTICLE 81

prohibits

the agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings which restrict competition

- **As regards oligopolistic markets, the application of art. 81 has been particularly difficult with respect to concerted practices: given the peculiar structures of these markets, it is often difficult to distinguish between the aforesaid unlawful conducts and (lawful) conscious parallelism.**

Rucellai & Raffaelli 8 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 10

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

ARTICLE 81

➤ **Elements to demonstrate concerted practices:**

- **parallel courses of conduct**
- **direct or indirect contacts**
- **other facilitating practices, if any**

In the absence of these conditions: the requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors

Rucellai & Raffaelli 9 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 11

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

ARTICLE 82

➤ **Given the difficulty of applying art. 81 EC in “tacit collusion” situations, European Antitrust Authorities have developed the theory of**

“COLLECTIVE DOMINANCE”

in applying article 82 of the Treaty

Rucellai & Raffaelli 10 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 12

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

ARTICLE 82

➤ **The “entry” of the concept of collective dominance into the European antitrust system is favored by the wording of Art. 82, whereas it prohibits abuses, by one or more undertakings, of a dominant position**

➤ **The debate has focused for years on the definition of “economic links” between the companies holding a collective dominant position (commercial, corporate, contractual links, etc.)**

Rucellai & Raffaelli 11 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 13

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
ARTICLE 82		
<p>In March 2000, the ECJ widened the concept of collective dominance in its <u><i>“Compagnie Maritime Belge Transports”</i></u> judgment:</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • confirmed that a dominant position may be held and therefore abused by two or more economic entities legally independent of each other as long as they <i>“present themselves or act together as a collective entity”</i> • stated that <i>“the existence of an agreement or other links is not indispensable to a finding of a collective dominant position; and that “such a finding may be based on other connecting factors and would depend...on an assessment of the structure of the market in question.”</i> 		
Rucellai & Raffaelli	12	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 14

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
ARTICLE 82		
<p>➤ <u>Possible abuses of collective dominant position:</u></p>		
<ul style="list-style-type: none"> • excessive prices • selective price cutting • loyalty discounts • refusal to supply • etc. 		
Rucellai & Raffaelli	13	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 15

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
ARTICLE 82		
<u>Individual abuse of collective dominance</u>		
<p>Collective dominance may be exploited also by a single undertaking which is not dominant <i>per se</i>, but which is in a collective dominant position together with its competitors.</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Leading case: <i>Irish Sugar</i>, 1999, CFI judgment, para 66: <i>“undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or <u>individual</u> abusive conduct.”</i> 		
Rucellai & Raffaelli	14	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 16

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
MERGER CONTROL		
<p>Merger Control Regulation (art. 2 (3)) provides that</p>		
<p>a concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market</p>		
<p>⇒ <u>but</u></p>		
<p><u>does not specify if the rule refers also to collective dominance</u></p>		
Rucellai & Raffaelli	15	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 17

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
MERGER CONTROL		
<p>Notwithstanding the lack of explicit reference to <u>collective dominance</u> in Merger Control Regulation, the European Antitrust Authorities have extensively applied the concept also in merger cases.</p>		
<p>This is due to:</p>		
<ul style="list-style-type: none">• the difficulties of challenging oligopolistic companies with the antitrust rules (articles 81 and 82);		
Rucellai & Raffaelli	16	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 18

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
MERGER CONTROL		
<ul style="list-style-type: none">• the fact that in the European system, once clearance is given to a concentration it can no longer be challenged;• the merger control procedure is the only stage in which the Commission has the power to intervene with structural remedies;• to block a deal it is necessary to demonstrate that it creates or strengthens a dominant position.		
Rucellai & Raffaelli	16a	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 19

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
MERGER CONTROL		
<p>The European Commission has therefore applied the concept of collective dominance :</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • in <u>Kali und Salz</u> , (1993) a concentration in the European potash industry, which was cleared subject to conditions (3 to 2); • in <u>Gencor</u>, (1996) a merger in the worldwide platinum and rhodium market, which was not cleared (3 to 2); • in <u>Airtours</u>, (1999) in which a takeover in the British short-haul foreign package holiday market was blocked (4 to 3). 		
Rucellai & Raffaelli	17	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 20

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy		
MERGER CONTROL		
<p>On appeal, the CFI issued a milestone judgment in the <i>Airtours</i> case last June, stating that the Commission <i>“prohibited the transaction without having proved to the requisite legal standard that the concentration would give rise to a collective dominant position of the three major tour operators, of such a kind as significantly to impede effective competition in the relevant market. ”</i></p>		
	18	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 21

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy	
MERGER CONTROL	
<p>According to the CFI three conditions are necessary for a finding of collective dominance:</p>	
<ul style="list-style-type: none">• <u>market transparency</u> each member of the dominant oligopoly must have the ability to monitor whether or not the other members are adopting the common policy;• <u>retaliation mechanism</u> there must be an incentive not to depart from the common policy;• <u>absence of actual or potential effective reaction from competitors or consumers</u>	
19	IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 22

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy	
MERGER CONTROL	
<p>The CFI's Airtours judgment:</p>	
<ul style="list-style-type: none">• reduces the <i>discretionary power</i> of the European Commission;• increases the <i>legal certainty</i> for undertakings since it establishes precise criteria for assessing collective dominance;• has stressed the importance of the second condition set forth in art. 2 (3) of Merger Regulation: <i>“effective competition would be significantly impeded in the Common Market or in a substantial part of it.”</i>	
Rucellai & Raffaelli	20 IBRAC - November 29 th , 2002

Slide 23

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

MERGER CONTROL

Has the Airtours judgment solved the problems of Merger Control in oligopolistic markets?

The answer is no, because

a) the difficulties of ascertaining the economic conditions established by the CFI through a prospective assessment remain

and

b) in any event the development of an oligopolistic market is often unpredictable and can vary over time

Rucellai & Raffaelli 21 IBRAC - November 29th, 2002

Slide 24

IBRAC - 8th Seminar on Competition Policy

CONCLUSION

It would be desirable that the Antitrust Authorities, the European Commission included,

- reduce to a bare minimum their *ex ante* intervention in the concentration process phase leaving to the undertakings full responsibility for assessing their choices of efficiency and dimension;**
- be entrusted with adequate powers to intervene in the markets *ex post*, also with structural orders, even when a merger has already been cleared.**

22 IBRAC - November 29th, 2002

LAÉRCIO FARINA

_ Após as interessantes colocações do Dr. Raffaelli, quero sem mais delongas, passar a palavra ao Dr. Pedro Dutra, sobejamente conhecido entre nós, advogado ativo e combativo, já há muitos anos no setor da concorrência cuja competência profissional notória dispensa maiores apresentações.

Dr. Pedro Dutra, com a palavra, por gentileza.

PEDRO DUTRA

Muito obrigado Laércio pelas referências elogiosas. Bom dia a todos!

É um prazer estar em mais um seminário do Ibrac e em especial em Brasília, local que sempre defendi fossem realizados os seminários do I-BRAC, para que pudessem ser abertos à participação daqueles funcionários tão maltratados pelo poder público mas que fazem andar com seu esforço pessoal os nossos processos, e, assim, a defesa da livre concorrência.

Primeiro ponto. Por que não se afirma a defesa da livre concorrência no Brasil? Esta é a questão que todos sabemos permanente, e à qual todos temos algumas respostas. Por que não se afirma a repressão ao abuso do poder econômico no Brasil, apesar do esforço de profissionais competentes, e alguns deles nos deram seu depoimento no início desta manhã, e apesar de termos, uma norma de boa qualidade como foi a inaugural de 1962 e é a vigente, de 1994, embora esta tenha absorvido pontos reacionários da lei 8.158/91 e sofrido os agravos de igual teor das alterações recentes perpetradas pela Lei 10.149/2000.

O Dr. Cláudio Considera, em sua palestra, sugeriu não ser a livre concorrência um valor na sociedade brasileira, o que parece correto.

Não é um valor, ou seja, não é uma idéia a que a sociedade reclame proteção porque a sociedade brasileira não pode perceber, na sua aplicação falha e ineficiente a cargo de executivo, a efetivação da repressão ao abuso do poder econômico e assim a contribuição à promoção da justiça social e da recompensa ao agente econômico que disputa a preferência do consumidor.

Ao meu ver, a principal razão de existir este estado de ignorância sobre o valor da livre concorrência está na forma em que o Estado intervém na economia no Brasil. Surgiu como elemento de organização dos mercados,

pois com efeito, não é possível que os mercados em países subdesenvolvidos se organizem sozinhos: organizar-se-iam em monopólios ou oligopólios e aí o abuso do poder econômico seria absoluto e irrestrito. A questão que se põe é todavia: quando deve o Estado retroceder do papel inicial de organizador dos mercados, deve transmutar-se em Estado regulador e fiscalizador? Este refluxo do Estado é um fato que se generalizou a partir da década de 1980 e não apenas em países subdesenvolvidos, mas nos mais avançados também, na Europa a partir da Grã-Bretanha. Se olharmos atentamente, veremos que no Brasil a ordem econômica acha-se disciplinada neste sentido na Constituição Federal: não mais o Estado concorrente ou substituidor da iniciativa privada, mas o Estado regulador e fiscalizador, ao qual incumbe não tutelar os mercados mas reprimir o abuso do poder econômico - e portanto defender a concorrência - que ocorra em todos os mercados de bens e serviços, indistintamente.

Verifica-se na experiência mundial, e formalmente na ordem constitucional econômica nacional, um câmbio na intervenção estatal no domínio econômico. Mas entre nós esta nova função do Estado vem sendo cumprida de forma claudicante, o que permite dizer que a intervenção segundo o perfil anterior continua a vigor. O governo que saiu não afirmou, como deveria em cumprimento à Lei, a função do Estado de regulação e a fiscalização dos mercados para esse fim criando e habilitando órgãos especiais; ao contrário, deixou, no próprio âmbito do Executivo, serem criados órgãos sem critério definido aos quais deu o nome do momento, agências, e não as aparelhou ao cumprimento da sua função reguladora e fiscalizadora. Deixou-as, nessa forma displicente, aptas a recolher todos os vícios dos órgãos assemelhados antes existentes, a possibilidade de adotar novas práticas.

Assim não se opera a transição da função do Estado estipulada na Constituição, e conseqüentemente não se altera a percepção da sociedade do que seja, e a que se destina, a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico. Em uma palavra, não poder a sociedade apreciar a livre concorrência como princípio constitucional diretor da ordem econômica nacional, e haver os benefícios decorrentes da sua afirmação. O grande empecilho a esta transição ao meu ver é a sedução que a forma de intervenção tradicional, concorrente e supressiva da iniciativa privada, exerce sobre a classe política brasileira. O modelo intervencionista brasileiro foi forjado à altura em que os regimes autoritários, de esquerda e de direita, se afirmavam, pelos anos 1930; ambos defendiam a intervenção direta e incontestada do Estado na economia variando o grau, inquestionável todavia o direito de o Estado dizer qual, e como, a iniciativa privada poderia ocorrer. O modelo fascista italiano, que chamou ao aparelho burocrático do Estado a condução da economia ainda que sem alterar a titularidade dos bens privados, inspirou muitas das ações governamentais

brasileiras naquele período, e o serviço público então organizado, em bases até hoje presentes, absorveu a cultura autoritária então dominante, na qual o funcionário público de carreira vê-se compelido a atender antes ao governo - aos seus titulares eventuais - do que aos contribuintes. Embora esse vinco autoritário tenha estado sempre presente na cultura política nacional - Rui Barbosa dizia "o poder é o poder", isto é, só o poder político (e não o poder da Lei) é plenamente efetivo no Brasil - por aquela altura enraizou-se, e a única tentativa de transformá-lo como devido, pela redução da intervenção direta do estado na ordem econômica, esvai-se na letra fria da Constituição atual, à falta da ação do governo que se encerra, incapaz de vencer a cultura dominante.

Daí resulta ser muito difícil em uma cultura política como a nossa, marcadamente autoritária, surgirem lideranças, uma vez titulares de cargos de direção no Executivo, dispostas a abrir mão do poder que detêm de intervir, com larga margem discricionária e singularmente, na ordem econômica. A esse voluntarismo veio servir, inclusive, recente adereço teórico a dizer que o mandato concedido ao presidente da república legitima-lhe a intervenção por essa forma para o fim de orientar a economia conforme entenda devido, em paralelo à aplicação efetiva da Lei. Em um regime legislativo cujo instrumento máximo de ação é a medida provisória, que exclui a participação efetiva do Congresso, a sedução que a intervenção pessoal na economia exerce sobre a classe política solidifica-se irresistivelmente. Não é por outra razão que assistimos o presidente Fernando Henrique Cardoso, homem que a imprensa diz muito preparado, presidir reuniões de agências reguladoras, pondo assim questões técnicas debaixo de critérios políticos de decisão.

Esta cultura é o exemplo máximo daquilo que no passado se chamava o estado-governo, (statto-governo dos pensadores italianos) ou seja, é no poder executivo que se devem concentrar majoritariamente as funções do Estado para que o governo possa agir sem maiores restrições, inclusive intervir como entender na ordem econômica, porque é nele que se concentram o conhecimento e o discernimento do que seja o interesse público e a forma de o satisfazer. A tradição política brasileira não se livrou da tradição autoritária que unge o presidente da república a uma situação de supremacia que a sua vez se estende pelo Executivo, sobre os demais poderes, e pressiona o Congresso. Assim, o presidente da república e seus ministros convertem-se em árbitros da ordem econômica apanhando livremente funções dos demais órgãos da administração pública. Esta tradição política também é um fator decisivo para que não haja a consistência da livre concorrência como um valor que se imponha à classe política e a classe política seja obrigada a guardá-lo e observá-lo, em cumprimento à lei que o contém. Não se pode afirmar um regime democrático se em razão uma substituição ordinária na chefia do gover-

no os valores contidos nas normas sejam desprezados porque não coincidem com aqueles defendidos pelo novo grupo político no poder. Essa conduta nada mais é do que o descumprimento aberto das leis, e no âmbito da disciplina da ordem econômica vemos isso acontecer com freqüência, como mostram os tribunais abarrotados de causas contra a União, por este fundamento.

Ao fim, penso que um fator menor, mas a assistir este estado, é a posição da nossa cultura jurídica, que necessita renovar-se, sobretudo na área do direito administrativo, que ainda sofre o influxo de um pensamento institucional, que vê o poder executivo em sua fisionomia hipertrofiada. É preciso que se ponha o direito administrativo mais próximo ao direito constitucional para deste receber a visão centrada no indivíduo, as garantias que o cercam e foram erguidas primeiramente para protegê-lo do abuso do poder estatal. É importante notar que livre concorrência, que a livre iniciativa, é um desdobramento da liberdade individual.

Segundo ponto. Foi também aqui levantada a proposta de alteração da lei de defesa da concorrência. Esta proposta ainda nas gavetas do governo, nele foi gerada e o IBRAC pressionou as autoridades para que a colocassem em consulta pública. Em sua forma inicial, continha inúmeras aberrações jurídicas, (que espero tenham sido corrigidas) o que não é de se estranhar uma vez que não contou, como das vezes anteriores, com o concurso de profissionais de experiência provada na matéria, além dos servidores públicos nela envolvidos.

Terceiro ponto a comentar refere-se à afirmação aqui feita pelo Dr. Cláudio Considera, que todas as associações seriam “ninhos de cartéis”. Creio que há uma generalização retórica; nem todas são e nem podemos presumir que toda associação tenha por finalidade coordenar preços ou a produção de bens ou a prestação de serviços. Essas generalizações são muito perigosas; quem foi funcionário público, como eu fui, sabe que há generalizações que também se fazem a respeito de funcionários públicos, e elas são muito desagradáveis, além de injustas. Portanto, devemos evitá-las.

Expostos os pontos acima, um tanto sombrios, passo aos pontos que eu diria luminosos da experiência de defesa da concorrência. E quero citar alguns desses pontos que nascem da aplicação da Lei, da experiência diária. Não nascem de concepções ou de teorias individualizadas, de teses acadêmicas. São formulados na lida do dia-a-dia, dos órgãos de defesa da concorrência, notadamente do CADE, e dos profissionais todos que trabalham nessa área.

O primeiro deles é a questão da competência do CADE para apreciar atos de concentração que tenham por figurantes bancos comerciais. O fato de esta questão haver surgido em função de uma decisão do CADE é um grande

avanço, pois ela foi problematizada no lugar certo: no órgão de defesa da livre concorrência, que prefiro sempre chamar o órgão de repressão ao abuso do poder econômico, porque a livre concorrência nos termos da lei brasileira é aquela onde o abuso do poder econômico é reprimido e prevenido, e está aqui nos ouvindo o Professor Tavares Guerreiro, autor de um ensaio cuja abordagem sobre o que é e como deve ser conceituado o abuso do poder econômico é extremamente precisa e extremamente pertinente nos dias de hoje. Quero enfatizar a noção de abuso do poder, a ser reprimido e prevenido, porque o abuso do poder é o cerne da defesa da livre concorrência.

Portanto, quando o CADE deu-se por competente para apreciar ato de integração do poder econômico firmado por bancos antes independentes, entendeu exercer sua função preventiva, que a Lei o autoriza exercer. É claro que este entendimento, como todos os demais que tenham norma legal por objeto, admite conclusão oposta. A reação contrária do Banco Central era esperada; não creio que houvesse alguém ingênuo a ponto de supor fosse o Banco Central abrir mão de apreciar exclusivamente fusões bancárias. Sustenta que a Lei que lhe outorga competência para disciplinar o sistema financeiro implicitamente o autoriza, e só a ele, decidir sobre integração do poder econômico e seus efeitos concorrenciais; isto é, estaria autorizado a exercer a função preventiva que o CADE exerce em relação a todos os demais mercados econômicos, de bens e serviços. Pessoalmente, fico com os argumentos expendidos nos votos dos conselheiros que entenderam ser o CADE competente; parecem-me mais substanciais. Tanto assim que foi necessário elaborar um projeto de lei, (ao que sei não submetido à consulta pública) que outorgue competência ao Banco Central sob um argumento ainda discutível, o do risco sistêmico, algo que diz tudo e não define nada, assim como se quis, mal usando a experiência norte-americana, falar-se em regulação presidencial em lugar de preventiva, esta uma das finalidades da regulação, aquela uma das suas características eventuais. Lembraria apenas não existir no ordenamento jurídico brasileiro nenhum mercado no qual a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico esteja excepcionada, qual seja, mercado isento das regras de defesa da concorrência, ou, ainda, que órgão outro, diverso do CADE, seja competente para aplicá-la. Mas foi extremamente positiva a ação do CADE, mostrou existir o empenho do órgão em defender, em todos os mercados, a livre concorrência.

Isto nos encaminha à questão seguinte, que o CADE já começa a enfrentar: a defesa da concorrência nos mercados regulados. Aí nasce uma incrível confusão na doutrina recente nacional sobre o que seja regulação. Observo que ao se falar de regulação - o que ocorre com grande descontração técnica - fala-se de disciplina especial de determinado mercado econômico, ou

seja, regulação econômica. A regulação de um mercado econômico deve-se a uma falha ingênita deste mercado, a dizer que nele não se terá afirmada a concorrência por meio da disputa ordinária (ou pela falta dela), que os agentes nele atuantes travem, mesmo se nesse mercado forem rigorosamente aplicadas as regras de defesa da concorrência. À conta da sua estrutura, nesse tipo de mercado crescerão formações monopólicas ou oligopólicas inclinarão, irresistivelmente, os agentes, ou agente, ao abuso do poder econômico. Por essa razão, não é suficiente apenas a repressão e prevenção ordinária ao abuso do poder econômico conduzida pelos órgãos de defesa da concorrência; nesse tipo de mercado é preciso que haja uma antecipação, é preciso que a prevenção se dê de maneira especial e no primeiro momento; nos mercados privatizados, é preciso que ela se estruture no momento em que eles sejam abertos à competição, como se deu na Grã-Bretanha, e imperfeitamente, inclusive pela não conclusão da privatização (como se tem no mercado de energia elétrica) no Brasil.

Nos mercados nos quais os grandes prestadores de serviço ou produtores de bens tiveram seu controle privatizado, a regulação tomou um aspecto ainda mais importante, porque, além daquelas tarefas ordinárias tradicionais da regulação, dentre elas a fixação de preços ou o acompanhamento de preços, a esses órgãos foi dada a função adicional de estruturadores da livre concorrência.

Este ponto é fundamental, e deve ficar bem delineado para que não se estabeleça a confusão que já começa crescer, de que as agências reguladoras são órgãos de defesa da concorrência no mercado que elas regulam. Isso é um absurdo jurídico, nos termos do ordenamento nacional, devido à falta de leitura de lei. A ANATEL e a ANP são competentes para tomar medidas que estructurem a concorrência a mais livre possível no mercado que regulam. Estas agências podem expedir, e expedem, normas infra-legais para esse fim; por exemplo, na forma de reajuste de tarifa dos serviços de telefonia fixa, está embutido um fator de produtividade. Esse fator de produtividade é, ou deve ser, crescente, como estímulo à concorrência na medida em que as empresas podem aumentar a sua renda se forem mais competitivas. A ANP, por exemplo, baixou uma portaria proibindo empresas que distribuam derivados de petróleo serem proprietárias de postos de gasolina. Amanhã ela pode rever essa norma, se entender que os fatores que um dia indicaram nociva à concorrência essa verticalização não mais se acham presentes no mercado, em razão das alterações verificadas em sua dinâmica concorrencial.

Mas, quando se trata de repressão ou prevenção ao abuso do poder econômico como diz Lei 8.884/94, de determinar a existência de infrações e exercer o controle de atos de integração do poder econômico, mesmo quando

ocorrem nos mercados regulados, é o CADE, competente para agir. A lei da ANATEL é clara sobre isso, a Lei da ANP também. Não há o que interpretar, senão executar. Não há ao meu ver oposição entre regulação e defesa da livre concorrência. Não há conflito de competência entre os órgãos reguladores e o CADE. Têm eles competências confluentes, para exercer ambas funções de intervenção estatal na ordem econômica, desdobrando e atualizando a regra constitucional que diz que a função do estado é fiscalizar, regular e reprimir o abuso do poder econômico na ordem econômica, sempre na forma da lei.

O outro ponto: o acordo de reversibilidade que foi citado na palestra do conselheiro Rodas.

Sem dúvida, é uma medida criativa, e uma medida que se adapta à realidade brasileira. Sabemos que todas as empresas podem apresentar previamente o ato de integração empresarial que firmem, mas assim não procedem porque os órgãos não tem estrutura para apreciar estes casos em tempo hábil. Então, como a lei também permite a notificação posterior, 99,99% dos casos é feita por essa forma.

O acordo de reversibilidade é interessante porque reduz a possibilidade de contestação judicial à decisão preliminar do CADE o que é sempre bom. Note-se, todavia, que há ou pode haver alguns questionamentos interessantes sobre este acordo. Primeiro, o nome não me parece feliz porque reversibilidade já está prevista na lei, quando diz que o CADE pode mandar desconstituir ato de concentração já indicado. Ora, se ele já tem este poder ele não precisa, nem pode, acordar sobre isto. A reversibilidade, que decorre da desconstituição, é um risco conhecido das empresas e, se o CADE entender que o negócio é negativo à concorrência, a desconstituição, parcial ou total, com a conseqüente reversibilidade, deverá ser promovida na medida necessária.

Portanto, não há necessidade de acordar sobre a reversibilidade, pois todos os atos submetidos ao CADE são suscetíveis de desconstituição e assim pode haver, na forma da Lei, reversão ao estado original, parcial ou totalmente. O acordo, na verdade, refere a conduta e atos que as empresas figurantes do ato sob exame, ao longo deste exame, devem abster-se de praticar. A lei já autoriza o CADE a impor uma medida preventiva com essa finalidade sem as ouvir. Não há necessidade, para cumprir a Lei, de ele buscar e firmar acordo. Ainda assim, o acordo não fere a Lei, exceto se for um meio de não aplicá-la, ou aplicá-la parcialmente. O acordo é uma solução eficaz e inteligente se, aplicando a Lei, o Cade reduz o ônus de uma contestação judicial à medida preventiva que vê indispensável impor para salvaguardar a efetividade de sua decisão futura. O CADE já tem competência para impor unilateralmente medida preventiva, não precisa acordar sobre a aplicação dela ou de seus

termos; a Lei assim estabeleceu, e os agentes não a desconhecem e por isso avaliam o risco a que estão sujeitos ao firmarem o ato que estão obrigados a submeter ao controle do CADE. O acordo é antes sobre alguns atos decorrentes à realização do ato de concentração que, praticados, possam ameaçar a efetividade da ação preventiva do CADE. Portanto, não se trata de acordo de reversibilidade e sim acordo de abstenção, temporária, de prática de atos cujos efeitos possam prejudicar a efetividade de decisão futura do CADE, de entre estes, aquele que venha determinar a reversão, pela desconstituição total ou parcial do ato, ao estado existente à celebração do ato.

O meu último ponto é a questão da multa por intempestividade. É preciso fazer um pequeno histórico sobre ela. Quando esta resolução, a famigerada resolução 15, foi editada, não faltou advertência ao Dr. Gesner de Oliveira, então presidente do CADE, sobre os risco de ela conter regra contrária à lei 8.884/94. Nos termos do parágrafo 4º, artigo 54, está estipulado que o prazo para a submissão dos atos de integração do poder econômico ao CADE é de 15 dias úteis contados a partir da sua realização. Em razão do princípio da hierarquia das normas, o artigo 2, da resolução nº 15/98, não pode contrariar o dispositivo da Lei 8.884/94, e fixar forma divergente de contagem de prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54 daquela Lei. A anulação de multa imposta pelo CADE, fundada em suposta intempestividade com base nessa resolução contrária ao Direito, é medida que se impunha como forma garantidora do estado de direito. E assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmando à unanimidade sentença de primeiro grau. O que é importante nesta decisão é a confirmação de que resolução é uma regra infra-legal e como tal não pode contrariar a norma legal. Ela há de se conter nos limites da norma. San Tiago Dantas, há mais de 50 anos, dizia isto: as normas infra-legais não podem ser extravasoras se querem ser aceitas no universo jurídico. É claro que esta regra infra-legal, esta resolução do CADE, ao dizer de forma diferente da Lei, é contrária ao Direito. A realização do ato, estas as palavras da Lei, que a resolução quis alterar, entendeu o Tribunal ocorrer quando não pender nenhuma condição suspensiva do ato, e, portanto, desta data começa a contar o prazo de quinze dias úteis para notificação. Por quê? Porque o legislador quis que fosse assim e assim fixou na Lei. Não cabe ao CADE mudar a Lei, e sim cumpri-la.

É claro que existe um fator que foi tomado pelo Dr. Gesner, a sugerir que, ao uma empresa anunciar a compra de outra e para esse fim assinar um pré-contrato, já haveria, em tese, um abalo concorrencial, uma vez que a estrutura do mercado em causa vai sofrer alteração e esta perspectiva já lhe pode mudar a dinâmica. Contudo, o legislador não achou esse fato suficiente

para determinar a notificação; não viu nessa possibilidade, que nasce antes de uma especulação, de um ato de raciocínio, efeitos concretos imediatos a ocorrer em todos os mercados em que atos de integração empresarial forem anunciados, e, se ocorrer, sejam devidos à livre concorrência. É uma possibilidade não suficiente aos olhos do legislador, a lhe exigir que neste momento fosse iniciada a contagem do prazo para notificação do ato. Entendeu o legislador ser o momento devido, a partir do qual são inequívocos, porque concretos, os efeitos irradiados do ato sobre o mercado concorrencial, o momento da realização do ato de integração. E realização juridicamente se tem quando o ato está apto a produzir todos os efeitos que dele se espera. Se existe uma condição suspensiva, se o ato ainda está nas suas etapas preparatórias, ainda que estas etapas sejam atos em si que se encadeiam, o ato não está realizado e a Lei diz que a notificação é da realização do ato.

Este entendimento jamais se apresentou aos advogados como uma questão controversa, ao contrário do entendimento do CADE, que, com base em uma resolução extravasora dos limites da Lei, ergueu uma controvérsia que consumiu somas consideráveis de tempo e recursos, públicos e privados. Agora a Justiça falou.

Porém, o fato de a Justiça haver considerado o entendimento do CADE contrário ao Direito não anula a qualidade do debate que houve e as importantes lições que dele se devem tirar. Espero que com essa decisão o presidente Rodas se veja um pouco aliviado do debate cansativo, do qual ele fez uma justa queixa na sua exposição, sobre a questão da multa. Se o CADE seguir a decisão do Tribunal Regional Federal, esta questão estará rapidamente resolvida, desanuviando a pauta do CADE e permitindo que o seu tempo seja dedicado às questões mais importantes.

Muito obrigado.

LAÉRCIO FARINA

_ Com os meus agradecimentos ao Dr. Pedro Dutra, eu quero ressaltar, que é sempre um constrangimento e um desagrado para mim ter que advertir o Dr. Pedro Dutra sobre o tempo sempre excedido, na medida em que é sempre muito agradável ouvir as suas inteligentes e principalmente afiadas considerações.

Gostaria de passar agora a palavra ao Dr. Roberto Pfeiffer.

ROBERTO PFEIFFER

Bem, inicialmente, eu gostaria de agradecer a mais esses convite do Ibrac, ao qual aquiesci com muita satisfação e honra, queria também me agregar a todos aqueles que parabenizaram o órgão pelos seus 10 anos e por todas as suas realizações. Serei redundante, mas acho que é uma redundância que acabará sendo bem recebida pela Diretoria e por todos os seus membros, e também agradecer em nome pessoal então este convite, para tratar desse tema e desde já pedir a compreensão que eu procurei limitar, então dentro desse tema que era amplíssimo, um aspecto que é o concernente a cartéis. Então eu vou procurar ressaltar um pouco da experiência recente que o CADE e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem tido no enfrentamento a cartéis, explorando um pouco o panorama normativo, a estrutura e eu englobo tanto a estrutura do órgão no aspecto principalmente recursos humanos, mas também do aparato institucional existente. E também, finalmente, a partir da análise de alguns casos mais recentes, tentar extrair umas reflexões que podem ser dados sobre a adequação do nosso panorama institucional e legal e se algumas mudanças merecem ser efetivadas.

Então, em primeiro lugar, eu destacaria algumas condições, não são todas, seria ingenuidade querer ressaltar todas, mas algumas condições que são favoráveis na literatura mundial ao estabelecimento de cartéis que poderiam ser aplicados perfeitamente no Brasil.

Em primeiro lugar, os setores oligopolizados são mais suscetíveis, mas não são os únicos passíveis de estabelecimentos de cartéis, acredito que o setor de postos de gasolina seja uma boa prova, muito embora ele seja mais oligopolizado do que aparenta, porque analisando alguns mercados você percebe que uma grande parte dos postos são detidos pelos mesmos donos, ou o mesmo grupo empresarial, então não é verdade que ele é tão fragmentado quando aparenta ser.

Mas vou me abster de qualquer outra menção à oligopólio dado a brilhante palestra do Dr. Raffaelli.

Algo que sem dúvida nenhuma também contribui para o maior estabelecimento de cartéis, é o pequeno histórico de condenação. Então, obviamente, a outra face da moeda, a medida que mais condenações forem efetivadas ou mais persecuções forem efetivas, também não estou dizendo que isso obriga o órgão a condenar; obviamente só vai se condenar quando houver efetivamente provas da sua ocorrência, mas a medida em que há maior condenação, há maior medo de punição e conseqüentemente um menor estímulo.

A cultura de fixação de preços, sem dúvida nenhuma, talvez seja o grande agente contribuidor para um estabelecimento de cartéis, a partir do momento em que se controlava preços na forma e na evolução como isso foi feito, por exemplo no Brasil, se formos ver toda a evolução que culminou com a Comissão Interministerial de Preços mas que começa antes. Nós percebemos que na dinâmica da formação desse controle de preços, havia a chamada dos empresários, a chamada das associações de classe, para sentarem na mesa e praticamente negociarem o preço que seria fixado ou reajuste que seria feito; então obviamente isso acaba estimulando o agente econômico no mercado de livre concorrência a ter um comportamento semelhante.

Então, sem dúvida nenhuma, isto está na raiz de uma maior propensão a mecanismos de colusão.

Eu não terei tempo aqui para fazer um histórico do processo de formação, de controle de preços, mas sem dúvida nenhuma, isso na literatura econômica é muito ressaltado tanto que no seu final, os preços controlados, os reajustes controlados, eram muito semelhantes aos dos setores não controlados, o que somente comprova como isso era acordado. E isto também gerava distorções nas associações de classe no seu comportamento. Elas eram chamadas à mesa, eram interlocutores de processo de formação de preços.

Dentre outros instrumentais necessários, nós necessitaríamos da presença de amplos poderes de investigação, uma adequada estrutura administrativa, uma *expertise* técnica na análise disso e que envolvesse não só o conhecimento próprio do direito econômico, do direito da concorrência, mas também até a *expertise* investigativa, um adequado programa de leniência e uma clareza no tratamento legal. Não são os únicos requisitos, não me levem isso como um rol exaustivo, mas alguns, e eu vou procurar traçar brevemente, alguns aspectos.

Bem, quanto aos instrumentos existentes na legislação brasileira, eu ousaria dizer que infelizmente eles não são suficientes para uma adequada persecução ao cartel. Não estou aqui passando uma imagem de pessimismo, porque acredito, que como passarei na próxima transparência, que isso pode ser suprido com a correta ação conjunta com o Ministério Público. Eu vou explicar porque. Lendo os mecanismos que até foram aperfeiçoados atualmente pela introdução de novos mecanismos, nós vemos que, muito embora eles dotem de maior poderes, as autoridades antitruste não são ainda suficientes para apenas com eles se fazer uma correta persecução ao Cartel que é cada vez mais, mesmo no Brasil, tenderá a se valer de mecanismos bastante sofisticados.

Eu vou até me dispensar de ler o artigo 35, parágrafo 2º, porque ele por si só demonstra eloqüência de sua inefetividade para qualquer investigação, dada a essa antecedência no aviso à empresa.

Temos um mecanismo um pouco mais efetivo que seria a possibilidade de busca e apreensão por intermédio da AGU. Esse já é um certo avanço, muito embora ainda existam entraves burocráticos para sua concreção e o importante mecanismo, a exortação a uma colaboração de todas autoridades federais.

E é esse talvez o ponto mais importante que possa ser aperfeiçoado juntamente com a sanção: a não colaboração. Mas eu vou destacar este aspecto que é justamente a colaboração da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

Parece-me , e é de suma importância essa colaboração ser efetivada, porque dado que o Cartel é crime no Brasil, ela traz ao sistema a possibilidade de alguns meses de prova que apenas o processo criminal traz. Não se trata também de uma insuficiência legal propositada, mas decorrência de limitações constitucionais. Então, aqui é somente para os Processos Criminais que ele se faz possível, instrumentos tais como: quebra de sigilo bancário, escuta telefônica.

Ressaltaria nisso um grande avanço que houve na recente celebração de convênio entre a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico com o colégio nacional dos ministérios públicos estaduais. Conseqüentemente há um convênio para colaboração com todos os Ministérios Públicos Estaduais do País, um convênio guarda-chuva, e que é de suma importância então para se aperfeiçoar esses mecanismos. E nós veremos que, na prática brasileira, há duas recentes condenações relacionadas à Cartel e que tiveram uma decisiva colaboração dos respectivos Ministérios Públicos.

Um outro fator importante é a existência de um acordo de leniência, Eu destacaria que a experiência norte-americana demonstra isso com clareza, e demonstra com clareza não só a necessidade de um acordo de leniência para você ter uma efetiva repressão à cartel como um acordo de leniência com alguns requisitos que eu vou procurar rapidamente destacar.

Se verificarmos a evolução da possibilidade de condenações nos Estados Unidos, não só antes do estabelecimento do primeiro programa de leniência norte-americano, mas principalmente após as reformas que foram feitas a partir de 1992 neste mesmo programa, nós veremos a evolução significativa da possibilidade de condenações. Esse mecanismo é para justamente exortar colaboração daqueles que estão envolvidos em cartel, que tenham medo de ser

pegos nessa atividade e, não querem sofrer as pesadas multas e as consequências criminais, então, vem colaborar com a investigação criminal.

O primeiro requisito é uma clareza nas condições para ingresso no programa de leniência. Sem uma clareza nas condições de ingresso de que esse ingressante será aceito, se torna impossível o sucesso do programa de leniência. Foram justamente essas as falhas do primeiro programa norte-americano que posteriormente foram consertados e que permitiram pífios resultados durante o estabelecimento do primeiro programa. Também uma transparência na indicação dos benefícios a serem alcançados pelos participante e uma concessão total dos benefícios, apenas é o primeiro a participar, é o que se chamam uma corrida para o programa, e apenas aquele primeiro que se apresentar é que recebe o benefício. Então isso gera inclusive, mecanismos de instabilidade no próprio cartel pois abala a confiança mútua entre os membros, se eles respeitarão ou não até o fim o conluio. Isso é importante estabelecer, e é isso que está no Programa Brasileiro e é isso que há no programa norte-americano e também no europeu. É uma concessão de benefícios parciais às demais empresas que colaborarem. Também é importante para os demais ingressantes fazerem parte. Uma certeza na concessão dos benefícios é muito importante, talvez seja o requisito mais importante, se não houvesse certeza não há como se fazer, e um temor de que isso venha a ser efetivado, a sanção do cartel, e finalmente uma extensão automática dos benefícios aos membros da empresa.

Bem, dito isso, se analisarmos friamente a lei brasileira, parece que todos esses requisitos estão englobados no programa de leniência. Então, há uma clareza nos benefícios a serem tomados, há uma clareza naqueles que serão beneficiados, porém há um fato inescapável que seria absurdo eu não ressaltar, até hoje, depois de dois anos de ter sido introduzido esse acordo de leniência, nenhum acordo foi firmado. Isso vem de diversos fatores e acho que cabe nós cada vez mais refletirmos sobre esse assunto.

Não vou detalhar todos eles, mas acho que deve-se aos poucos casos de condenações. Existe um pequeno temor de um membro de cartel ser efetivamente de ser pego. Mas talvez haja alguns problemas internos. Um deles era essa não-extensão automática a todos os membros.

Não estava tão claramente disposto essa extensão-automática a todos os membros, o que gerava então insegurança das firmas, de que ainda que os seus dirigentes maiores firmassem o acordo isso não ser imediatamente extensível a outros membros, e aí o anteprojeto de lei trata, da forma como está exposta na transparência; o assunto de uma forma um pouco mais pormenorizada.

Na minha opinião algo que deve ser refletido para se encaminhar um maior sucesso desse programa de leniência é a que também se estreite à cooperação com Ministério Público. Essa cooperação deve se dar não apenas na questão da instrução, que foi o primeiro aspecto que eu salientei, mas também na concretização porque se percebe diversas empresas reclamarem de uma certa insegurança, muito embora tenha sido também concedida anistia criminal, a lei expressamente permite isso, sem a qual seria inútil o programa de leniência, há alguma insegurança pelo fato de nenhum membro do Ministério Público também firmar aquele acordo de leniência, e a gente sabe que aqui há um monopólio da propositura da ação penal pelo Ministério Público. Isso tem gerado então uma insegurança nas empresas. Seria então ideal, com o amparo nesses convênios, que também o Ministério Público acabasse firmando também um eventual acordo de leniência, isto daria uma maior robustez. Mas enfim, essa é uma reflexão, mas isso talvez, sem necessidade de um maior aperfeiçoamento legal, possa ser perfeitamente consertado.

Estrutura administrativa: não vou ficar aqui também ressaltando mais do que foi dito, ela é imprescindível e efetivamente hoje como o sistema está é impossível se pensar numa adequada persecução à cartéis. É preciso dotá-lo de quadros pois senão essa tarefa não será desempenhada a contento. E daí então a importância de pressionar para aprovação de projetos de lei que dotem os órgãos de quadros efetivos.

Tentando aqui cumprir o tempo, eu vou passar para um breve histórico de algumas condenações de cartéis.

A Primeira delas, em 1999, foi então julgado aquilo que se entendeu como um cartel num setor amplamente oligopolizado, envolvendo três indústrias produtoras de aços planos mas não vou me deter muito nesse caso, vou preferir ressaltar os casos mais recentes.

Um dos processos mais importantes julgados pelo CADE no ano passado, foi sem dúvida nenhuma a condenação do primeiro cartel em postos de gasolina: o cartel de combustíveis de Florianópolis.

Destacaria inicialmente que é a colaboração com o Ministério Público que possibilitou se obter escutas telefônicas que permitiram não só uma efetiva comprovação do conluio existente, as gravações demonstraram a riqueza de detalhes com que eram combinados os preços e depois permitiu também perceber a função absolutamente central do Sindicato. O Presidente desse Sindicato tinha uma função tanto de liderança para o estabelecimento conluio como o de um monitoramento, e também tinha uma função de coação encima daqueles que não estivessem cumprindo as determinações e coagia também aqueles que não eram membros do Cartel, do conluio expresso, a também aderirem uma política de aumento de preços, e ele tinha uma função

interessante de arbitramento. Essa função de arbitramento era de permitir reduções esporádicas de preços, por exemplo, algum posto que estivesse sofrendo uma concorrência mais efetiva de seus vizinhos era permitido que ele baixasse preço por um determinado tempo, enquanto se buscava convencê-lo através de argumentos ou de ameaças a aderir a essa política de aumento de preços. Então ali se vê diversos comportamentos clássicos de um cartel.

Outro fator que eu gostaria de ressaltar e que gera algumas dúvidas sobre a nossa lei, até onde ela vai em relação à cartel, ou seja, se ela distinguiria o cartel de outras infrações contra a ordem econômica; essa é uma dúvida que vem sendo hoje bastante debatida, não existe muito doutrina escrita mas se percebe já em diversos simpósios uma discussão a respeito do assunto. Eu não pretendo expor aqui uma opinião formada sobre o assunto, mas eu diria que apesar de serem fundados alguns argumentos sobre um tratamento diferenciado não foi propriamente muito diferenciado o tratamento que o CADE deu ao tema, até por um certo temor, e foi um conservadorismo, talvez para que isso não fosse posteriormente anulado, ou seja, não se tratou aqui como uma infração per se nesse caso, mas acabou se fazendo uma investigação tradicional como se fosse efetivamente pela regra da razão todo o estudo dele.

Outro aspecto interessante é que acabou sendo, tanto nesse como no outro caso que é o caso de Goiânia, acabou sendo efetivado um estudo econômico para se tentar verificar os potenciais efeitos trazidos pelo Cartel. É importante dizer, em primeiro lugar, que esse estudo econômico a rigor seria desnecessário, porque a nossa lei é absolutamente clara quanto a necessidade prova da potencialidade dos efeitos. Em outras palavras, você não precisa provar que uma determinada infração contra a ordem econômica gerou efeitos contrários à concorrência, mas sim que ela tinha potencial de fazê-lo. Isso é uma provisão extremamente importante pois retira da autoridade antitruste a obrigação de provar os efeitos concretos efetivados numa prova extremamente difícil em diversos casos. Mas ali se procurou fazer, muito embora com diversas ressalvas, que eu me somo à elas, quanto a complexidade desses mercados e complexidade do processo de formação do preço da gasolina. Jamais se poderia dizer que uma única ação poderia ser absolutamente decisiva para uma uniformização, você tem inúmeras relações verticais existentes com possíveis imposições de abuso de poder econômico, entre elas, por exemplo, e é um mercado extremamente complexo com diversos tipos de contratos ligando distribuidoras à revendas, distribuidora à refinadora, etc. Porém se procurou fazer um estudo econômico e se demonstrou que haviam uniformizações que fugiam um pouco à lógica de um mercado efetivamente concorrencial, sem contar que essas uniformizações eram sempre feitas com preços superiores a

preços anteriormente praticados. Havia então alguns momentos de guerra de preço e depois algumas uniformizações que não eram muito harmônicas com que se esperava de uma revolução natural do mercado.

Mas esse estudo econômico foi feito também, em parte, para sedimentar aquilo que foi já muito ressaltado hoje, que é a questão da cultura da concorrência, ou seja, se procurar demonstrar quanto esse cartel pode prejudicar o consumidor final, prejudicar a população, disseminando esses aspectos da danosidade dessa conduta.

Outro caso foi o caso de Goiânia que também houve então a presença de um Sindicato coordenando processos colusivos das empresas e aí também acabou se demonstrando a ação conservadora efetivada pelo Presidente desse sindicato.

Eu a rigor, teria mais aspectos para falar sobre o tema, um tema que suscita inúmeras apreciações mas em respeito ao tempo, em respeito ao almoço de todos vocês, eu havia prometido ao Dr. Laércio que cumpriria o meu tempo de 20 minutos e eu tento fazê-lo, eu só destacaria esse aspecto que eu acho que pode ser aprofundado cada vez mais em simpósios e que é muito importante, que é essa presença das associações de classe, dos sindicatos empresariais. Também não ousaria dizer que todos eles são potenciais centralizadores de cartéis e acho que isso não há como se fazer essa generalização; porém não há dúvida, de que nós temos que nos aprofundar nos estudos de qual é o correto papel então dessas entidades numa economia efetivamente concorrencial, de mercado. Então acho que está mais do que na hora da sociedade brasileira efetivamente refletir sobre a conduta que diversas associações de classe tem feito na consecução dessas práticas colusivas. E encerrando eu diria que, por exemplo, algo essencial para demonstração da posição dominante, do poder de mercado, daquele cartel em Florianópolis, que não envolvia todos os postos, não foram todos os postos da cidade representados, foi a meu ver, a presença centralizadora de sindicato, então aquela presença conseguiu dotar, estender aquele poder daqueles agentes econômicos que atuam no mercado como um todo porque ele tinha como influenciar todo o mercado. Não só discutir o papel como acaba sendo a prova da inclusão de um sindicato, um fator bastante importante para demonstrar efetiva presença de poder de mercado. Bem, com essas palavras eu agradeço à atenção de todos e me coloco à disposição para qualquer esclarecimento.

Muito obrigado.

Slide 1



PALESTRA NO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA
CONCORRÊNCIA

**CARTÉIS : REPRESSÃO E ESTRUTURA
ADMINISTRATIVA**

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro do CADE
Mestre em direito pela USP
Professor de Direito Econômico

Brasília– 29.11.2002

Slide 2

I- Condições favoráveis ao estabelecimento de cartéis:

- ◆ setores oligopolizados
- ◆ Pequeno histórico de condenações
- ◆ cultura de fixação de preços
- ◆ Distorções na atuação de associações de classes

Slide 3

II- Instrumental necessário para a repressão a cartéis

- Destacarei, exemplificativamente, cinco:
 - 1) Amplos poderes de investigação
 - 2) Adequada estrutura administrativa
 - 3) Expertise
 - 4) Adequado programa de leniência
 - 5) Clareza no tratamento legal

Slide 4

III- Análise dos instrumentos existentes na legislação brasileira

- Os instrumentos de investigação, muito embora ampliados com a edição da Lei nº 10.149, de 21.12.2000, ainda são insuficientes:
 - Inspeção, mediante notificação com 24 horas de antecedência (art. 35, § 2º).
 - A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de uma série de itens (art. 35-A).
 - Assistência e colaboração de todas as autoridades federais (Art. 36).

Slide 5

Conseqüências ao desrespeito às
determinações administrativas –
imposição de multas: Art. 26

Slide 6

Cooperação com a Polícia Federal e o Ministério Público

Permite-se que sejam utilizados os instrumentos de investigação criminal, aí incluídos a escuta telefônica e a quebra de sigilo bancário.

- Recente convênio entre o Colégio Nacional do Ministério Público e a SDE e SEAE.

Slide 7

IV- O ACORDO DE LENIÊNCIA

- **Requisitos exigidos para o sucesso do programa**
- 1) Clareza nas condições para ingresso no programa de leniência
- 2) Transparência na indicação dos benefícios a serem alcançados pelo participante;
- 3) Concessão total dos benefícios apenas ao primeiro a participar;
- 4) Concessão de benefícios parciais às demais empresas que colaborarem

Slide 8

- 5) certeza na concessão dos benefícios, desde que preenchidas as condições para a sua aquisição.
- 6) Existência de pesadas sanções administrativas e, onde houver, penais, para os participantes do cartel, agravadas quando eles não colaborarem com as investigações;
- 7) Temor da descoberta do cartel e do sucesso das investigações
- 8) Extensão automática dos benefícios aos membros das empresas

Slide 9

Problemas identificados

- 1) Não extensão automática a todos os membros da empresa.
- Anteprojeto de lei:
- § 6º Serão automaticamente estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, assim como aos seus dirigentes, administradores e empregados, envolvidos na infração, os efeitos do acordo de leniência, salvo se, requisitados pela autoridade, recusarem-se a cooperar com as investigações e o processo administrativo. (NR)

Slide 10

- 2) Cooperação com o Ministério Público. A fim de retirar todos os questionamentos existentes, o ideal seria a assinatura conjunta do acordo.

Slide 11

V- Estrutura administrativa

- Imprescindibilidade de dotar-se os órgãos de adequada estrutura administrativa

Slide 12

VI- Exemplos de condenações de cartéis pelo CADE

- Primeiro caso: PA nº 08000.015337/94, Cartel de aços planos - Usiminas, Cosipa e CSN

ação concertada entre as três maiores empresas siderúrgicas do país, que, após mais de um ano sem alterar os seus preços, reajustaram os seus preços em datas semelhantes e em patamares próximos.

Slide 13

Cartel de combustíveis de Florianópolis:

Uniformização do preço de revenda de combustíveis

- Importância da colaboração com o Ministério Público de Santa Catarina: realização de escuta telefônica. Ela permitiu a gravação de conversas que demonstraram em detalhes a formação de cartel, evidenciando o papel de coordenação efetivado pelo Presidente da associação de classe

Slide 14

- Função central do Presidente do Sindicato: monitoramento, arbitramento e coação.

Slide 15

Estudo econômico

- Mesmo com a lei não exigindo a comprovação de efeitos, foi realizado um estudo econômico da evolução dos preços no segundo semestre de 2001, evidenciando que efeitos foram alcançados.

Slide 16

Uniformização de conduta comercial coordenada pelo Sindicato dos Postos de Combustível em Goiânia

Neste caso, há dois processos administrativos: um instaurado contra diversos postos, por formação de cartel, o qual ainda está na fase preliminar de investigações, não tendo sido remetido para julgamento do CADE.

Slide 17

- O que motivou a abertura do processo foram declarações efetuadas pelo Presidente do Sindicato, na qualidade de testemunha na Averiguação Preliminar nº 08012.010083/98-41, o qual afirmou:
- *“que, quando consultado, enquanto presidente do Sindicato, recomenda que os revendedores pratiquem para a gasolina e o álcool a margem que o governo autoriza em relação ao diesel”.*

Slide 18

- No curso do processo restou evidenciado o papel coordenador do Sindicato na uniformização de condutas comerciais.

Slide 19

- realizado um estudo econômico do comportamento dos preços de revenda de combustíveis na cidade de Goiânia.
- Muito embora ressalvando-se a complexidade do processo de formação de preços deste produto, em que intervém diversos agentes econômicos e em que há uma diversidade de modalidades contratuais relacionando refinadoras, distribuidoras e revendedores, foi constatada a existência de elementos que pudessem embasar a afirmação de que a ação uniformizadora do Sindicato surtiu efeitos concretos.

Slide 20

A rigor, seria até mesmo desnecessário, tendo em vista não ser requerida a prova da efetiva ocorrência de efeitos.

Porém, restou útil diante da necessidade de reafirmar o potencial danoso do cartel e serve para rebater qualquer acusação de aplicação de regra per se.

Slide 21

Anteprojeto de lei

“Art. 21. Constituem também infração à ordem econômica, independentemente de culpa, ainda que seus efeitos não sejam alcançados, acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- I - preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- II - a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- III - a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

Slide 22

IV - preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

§ 1º Caracteriza infração da mesma natureza promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, ou ainda trocar informações, tendo por objeto ou efeito qualquer das hipóteses previstas nos incisos do **caput** deste artigo.

§ 2º Não se aplica às infrações de que trata este artigo o disposto no art. 20, § 4º, desta Lei.”

Slide 23

a) No que se refere à quase todas as infrações à ordem econômica, o anteprojeto de lei deixa claro que:

a.1) somente constituem-se infrações contra a ordem econômica na medida em que tragam os efeitos do art. 20, *caput*.

a.2.) coloca de modo expresse a presença da regra da razão:

Slide 24

- § 4º Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios, cumulativamente:
 - I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência;

Slide 25

- II - compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.”

DEBATES

Agradecendo as colocações do Conselheiro Pfeiffer. Eu gostaria de passar aos debates e eu tenho a impressão de que nós precisávamos aqui fazer uma combinação com relação à tempo em razão do adiantado da hora. Evidentemente os debates se apresentam como necessários num tema tão apaixonante quanto esse de abuso de poder econômico, e eu imagino se não houver manifestações muito veementes em contrário levar os debates por meia hora, até 13:15 hrs.

Como todos consentiram tacitamente, então nós vamos até 13:15 hrs. Eu gostaria de fazer primeiro uma provocação às posições do Conselheiro Pfeiffer, e instigar uma parte dos debates aos senhores, levantando o seguinte ponto na esteira das colocações que foram feitas aqui, principalmente as colocações do Dr. Raffaelli, nas quais nós pudemos observar que até a nossa legislação antitruste contém mecanismos que a União Européia não prevê; as colocações feitas pelo Dr. Pedro Dutra e do conjunto delas a questão relativa à eficiência do nosso sistema antitruste, naquilo que se refere a repressão da infração à ordem econômica. Na segunda transparência do Conselheiro Pfeiffer me pareceu que havia um item de muita importância, que era a questão do baixo número de condenações, nós estamos falando a respeito da credibilidade do sistema de defesa da concorrência enquanto item desincentivador do abuso das posições dominantes ou da infração à ordem econômica por abuso de posição dominante. E a pergunta que se faz é: Por que o sistema não conquistou no Brasil - nós ouvimos por mais de uma vez isso hoje de manhã - por que o sistema não conquistou no Brasil a credibilidade necessária? É um problema estrutural dos órgãos que passa pela reformulação desses, como por exemplo a criação da agência. Não há dúvida, mas parece também que nós temos um enfoque que talvez não esteja totalmente correto, parece esse é um ponto necessário à reflexão e discussão sobre o próprio processamento da questão perante os órgãos da defesa da concorrência. Nós precisamos lembrar, o Dr. Pedro Dutra lembrou muito bem, a questão do direito administrativo que sempre foi muito pouco discutida nestes fóruns do Ibrac.

Na abertura de um recente Congresso realizado nos Estados Unidos, Congresso de Economia, um professor de Direito e de Economia, identificou nos países em desenvolvimento a excessiva criminalização dos casos de cartel como um dos motivos pelos quais o número de condenações era baixo. E essa preocupação em tratar o caso de Cartel, como se a nossa legislação atual previsse a infração per se, o que não faz, a excessiva preocupação em tratar portanto esses casos na esfera penal com a busca das provas da verdade absoluta que é necessária para jurisdição penal, mas que não é para o processo admi-

nistrativo, que é o de que nós estamos tratando aqui, talvez seja uma das raízes do problema.

Parece ser um ponto interessante para debate que eu quero instigar os senhores. Antes de abrir a palavra para debate eu vou pedir uma gentileza aos Srs. da Rede Globo que por favor desliguem as luzes, porque vai ser muito difícil daqui da mesa identificar aqueles que queiram fazer pergunta.

Muitíssimo obrigado a ambos eu não sei se isso vai atrapalhar a filmagem, mas realmente vai dificultar muito a condução do debate.

Eu vou pedir aqueles que tiverem interesse em fazer pergunta que se identifiquem e identifiquem também o destinatário da pergunta.

Artur Barrionuevo, sou Economista da Fundação Getúlio Vargas.

A pergunta é para o Dr. Raffaelli. A discussão que ele trouxe é muito interessante em dois aspectos: o primeiro é a questão de tratar o paralelismo consciente do ponto de vista de abuso coletivo de posição dominante e a segunda questão é como reprimir oligopólios onde a competição não vem acontecendo, muito mais de uma maneira ex-post do que ex-ante.

A primeira questão então é: eu não vi claramente como economista a diferença de você tratar o abuso de posição dominante coletivo em relação ao paralelismo consciente. Porque os efeitos são os mesmos e as condições colocadas de transparência de mercado, retaliação, impossibilidade de consumidores ou competidores reagirem, são exatamente as mesmas do paralelismo consciente, quer dizer, se a gente trabalhasse com a teoria dos jogos e tal, a gente chegaria às mesmas conclusões? Quanto aos efeitos também são os mesmos; quer dizer que cada mercado tem eventualmente uma situação de lucros acima da média, barreira à entrada, etc? Eu sinto uma certa dificuldade em entender aonde está o avanço dessa posição em termos de caracterização econômica.

O segundo ponto e aí eu acho que a preocupação é maior quer dizer em vez de se tratar previamente via controle de fusões e aquisições, a questão do paralelismo consciente, tratar ex-post, a minha pergunta é se isso não pode provocar um dano ao bem-estar maior do que ele pretende evitar. Por que isso?

Porque isso vai significar uma espécie de espada de Dâmocles sobre a cabeça das empresas, quer dizer, cada setor industrial ou de serviços vai estar sujeito a um processo se a autoridade não entender que essas empresas estão concorrendo da maneira que a autoridade considera adequada. Se a gente trabalhar com a idéia do Williamson, o direito de propriedade é importante para garantir investimentos, para garantir que as empresas inovem. Se as em-

presas estão sujeitas a serem punidas por não estarem seguindo um grau de competição que as autoridades consideram adequada, talvez se possa criar um problema tão grande quanto o que se pretende evitar. E a última observação referente a isso é que os mercados nos E.U.A certamente são mais competitivos do que provavelmente na União Européia e certamente que no Brasil.

Um dos problemas dos oligopólios digamos assim, sem muita competição, é a falta de entrada, mas isso acontece mais pela inexistência de mercados de capitais que sejam mais eficientes. Tentar resolver esse tipo de problema é via um controle geral das autoridades de defesa da concorrência, imagino eu, pode criar um problema de intervenções arbitrárias.

Então, eu gostaria de saber a sua opinião sobre essas questões.

ENRICO RAFFAELLI

I think it's better to answer because its not an easy query and you are touching in very important points and it's difficult to understand as a lawyer to some one who knows economic more than me. But I think that your points are very interesting. So I will attempt to give you my ideas in respect of them all. The first point is: the effects are the same. Of course this is the problem and indeed this is the reason why we are studying that. Because from an economic point of view the situation is the same, but not form a legal one. Because if we have a law which permits to do something ,we can intervene; if do not have a law, we cannot intervene. And so this is exactly what I attempted to transfer because for us lawyers, this is a problem because we cannot accept a situation like this in which it's sufficient to be in a atmosphere of oligopoly without any consequence what normally is a crime and can put you in jail submit you to fines and so on. So this is exactly what we are asking as lawyers, to the economists and to the politicians to intervene. This is exactly the reason why I have chosen subject to discuss with you. You are saying that you don't know if the positive consequences of the suggested intervention would be better... if we are not creating more disadvantages of this situation as it is. I do not know it. I 'm a lawyer and a limit myself to say that this a situation in which clarification is needed. Why ? Because oligopolistic markets are increasing. And, in theory, all markets will became oligopolistic markets and in the future there will be no more competition and there will be nothing to discuss because this is the trend. And therefore, what we do: we respect oligopolistic markets. We must do something because, this is a point that I have noted very much, because for us competition is essential, in other words, we are actually convinced in Europe that a market without the regulation of the

competition doesn't work. And they have noted this point very much, so for me it's a problem to see a market without competition. The fact that the lack of competition is due to the structure of the market is not a satisfactory answer, because this market is not working heavily, because there is not competition.

So I'm worried of the fact that the politicians must find a manner together with the economists to solve this problem. My suggestion, based on something that have seen in the world is to give to the antitrust authorities the powers to intervene with structural orders with divestiture. Maybe this is a difficult point also in e view of the fact that antitrust authorities do not like very much to act as regulator and to intervene in the market but something must be made. The last point that you raised, certainly you are touching once again in a good point. I forgot to say that in my view the antitrust if authorities should intervene in the market in order to reopen it to competition without fines, certainly because, at least for the time being, the laws do not compels the companies to compete but since we need the competition in the market in order to regulate the market because we don't have any other regulator, we have only the competition to regulate the market. At this point I want someone who assures us the regulation of the market also in the oligopolistic market. This is the answer for your query and if I have only one second I want to say two things. One is, on the opening section I was very impressed by the fact that differently of what happens in Europe, the opening section was a very interesting section. We have always formal, very boring opening section, but here the opening section there was with a lot of interesting topics and I've appreciated it. One is the problem of the association. If I have well understood the point touched was trade associations are causing cartels. This is a very delicate aspect which we can discuss because in Europe, in Italy in particular, the attention of the antitrust authorities is on the trade association. But I'm fighting against this equalization of trade association and cartels because this is a risk for competition. Because trade association are very important for competition; because if there are trade association there is the possibility for little and medium companies to compete with the big companies because in certain services the little and medium companies have certain services only if there is a association. So I'm fighting against this knowing that if I want to trace a place in which the competitors meet and their contacts, this is the trade association. What we are doing. We assist a lot of trade associations. What we doing? We are performing the most serious trade associations, some antitrust compliance programs. And we make meetings with all the groups that of the association in order to explain the risk of not respecting antitrust law because this could cause the death of the association world and which would be a problem for antitrust. The last point is that I have noted the difference in the

political framework and I was a little bit upset to see that perhaps my presentation has given for granted a background which is not the same that you have here. And therefore I don't know if it was useful or not but I noted that you are looking for a reduction of the intervention of the State while in Europe, Italy included, we have in a certain sense the opposite situation because I was requesting, as the professor was outlining, a major intervention of antitrust the authorities in the market. And I must say that in Italy the situation is changing a lot. The FIAT crisis, for example, is causing a request for nationalization of FIAT. But notoriously from the communist party. Our Tremonty Minister is saying in the news paper: "Yes, competition is good but...". This is a "but" which we were not used to hearing in the last years but the situation is changing. I thank you very much.

LAÉRCIO FARINA

A segunda questão vem da Professora Elizabeth Farina. Another economist, Enrico. Sorry for that.

ELIZABETH FARINA

Obrigado, eu sou economista da Universidade de São Paulo e algumas colocações que eu ia fazer o Arthur que me precedeu já fez, mas eu ainda tenho uma questão ao Dr. Enrico Raffaelli.

A respeito das recomendações, uma vez considerado o paralelismo consciente dentro da capacidade jurídica e de controlar o abuso coletivo do poder econômico, dentre as colocações, colocaram duas.

Uma, que seja mínimo o controle sobre os atos de concentração, se é que eu entendi direito, e o segundo poder intervir ex post, quer dizer, num controle prévio se reduz ao mínimo, mas se pode intervir ex post. Me parece que tem um certo conflito, uma certa inconsistência entre ampliar o escopo das considerações sobre a capacidade de exercício do poder tácito e coletivo agora de monopólio, depois de fusões e ao mesmo tempo exigir que ela seja mínima. Quer dizer, a recomendação, o diagnóstico, o instrumento e a recomendação me parece um pouco conflituosas entre si.

O segundo, comentário que eu gostaria de fazer decorre de seu segundo comentário, a respeito das associações, e eu concordo plenamente com ela. Apesar das associações poderem se tornar ninhos de cartéis, elas cumprem um papel muito importante em prol da concorrência para empresas de pequeno e médio porte. Embora, de fato, o convívio entre elas leve a facilitar

a ação concertada, eu acho que ela tem uma função sim e existem alguns critérios que os economistas podem ajudar para separar os dois.

E eu queria fazer uma observação para Dr. Pedro Dutra que é a seguinte:

Já tinha sido colocado pelo Dr. Considera e depois pelo Dr. Pedro Dutra de que o valor da concorrência não se firma no Brasil.

Será que ela se firma em algum lugar? Eu tenho enormes dúvidas sobre isso e quando eu falo sobre concorrência eu estou pensando na verdade em competição.

Olhando a literatura e essa observação do Dr. Enrico acabou de fazer, a todo o momento existe um conflito entre preservar a concorrência, estimular a concorrência, porque os efeitos distributivos tão presentes, existem sim um conflito distributivo latente e quando eu olho esse título equivocado de Seminário Internacional de Defesa Comercial, eu sempre me lembro de que existe sempre uma tensão na política pública entre a proteção e a eliminação ou redução da concorrência e, ao mesmo tempo, você de fato estimular a concorrência, e isso a gente vê nos Estados Unidos com clareza, se vê na Europa com clareza e vê aqui com clareza no Japão nem se fale.

Obrigada.

ENRICO RAFFAELLI

Thank you Mr. Chairman. Perhaps I have not clarified my ideas on the points because what I attempted to say is that it is very difficult in view of the fact that oligopolies are different one from the other and you cannot have economic law which define these markets and you, therefore, are sure, or almost sure, what will happening in those markets. As a lawyer, I was suggesting to reduce as much as possible the intervention at the time that the merger control in which you are obliged to predict the future, in which you have to make an analysis on the basis of something which will happen perhaps. But if in oligopolistic markets one is different from the other you cannot predict the behaviors of the companies. How can you be so sure that the development in the market will be the one that you have decided that will be? So, in my opinion, is a very big responsibility of the antitrust authority to intervene at the time of the merger control because now there is a situation of the market in which a mistake can cause the life of the company because if the companies, the undertakings don not reach the dimensions and the efficiency that the market request in that short time that the market permits, you are causing the death of the companies now in the global markets in which the bigger are

living. So, in my opinion, to continue to exercise this merger control which can cause a lot of problems to companies in a global market, you are sure or almost sure that you have sufficient evidences that the development will be certainly in that direction, ok, we can intervene. But, if we are not so sure, why don't we leave to the undertakings the full responsibility of their choices of efficiency in dimensions and we wait and see, and then, once there is a situation in the market, we can judge if there is not competition at the point that we will have evidences of the abuses, of this lack of competition evidence and not a prediction of the future at that point that you can intervene. This is what I think as a lawyer.

PEDRO DUTRA

A pergunta da Professora Farina é muito bem formulada. Temos que distinguir concorrência do abuso do poder econômico.

As minhas observações dirigiram-se à observação do abuso do poder econômico que no Brasil é praticamente inexistente. Se a repressão ao abuso do poder econômico leva a uma concorrência efetiva a resposta é: não.

Leva a concorrência possível, o legislador não cuidou da concorrência que vai resultar do abuso do poder econômico, ele cuidou do abuso do poder econômico, então o que nós temos a distinguir é: há país onde o abuso do poder econômico é reprimido numa escala considerável como nos Estados Unidos. Cartel por exemplo. O conselheiro Pfeiffer observava isso; lá se criaram os mecanismos de repressão aos cartéis, inclusive criou-se a figura do ilícito per se, que se aplica aos cartéis.

Pois bem: no Brasil é muito baixa a repressão, ela é praticamente inexistente. Na Europa é maior do que no Brasil, menor do que nos Estados Unidos, então nós temos que distinguir o abuso do poder econômico que é um abuso do direito, é um assalto ao direito individual porque o direito à livre iniciativa é uma projeção da liberdade individual no plano econômico. Então a repressão ao abuso do poder econômico no Brasil é ineficiente, e em outros países é mais eficiente. Nos Estados Unidos, muito eficiente.

A concorrência se afirma ou não se afirma? A intervenção do Estado na concorrência é a questão permanente porque o conceito de Estado e consequentemente a ação do Estado, a intervenção do Estado, na vida econômica também muda de acordo com o tempo. Se nós olharmos as duas doutrinas político-econômicas que dominaram o século XX; de um lado a socialista, de outro lado, a fascista, nós vamos ver que ambos coincidiam no ataque a livre concorrência, inclusive a doutrina católica.

Então, a defesa da livre concorrência como uma ação à livre concorrência, o respeito a ela por parte da ação do estado é minoritária, muito pequena, é algo recente; é muito localizado nos Estados Unidos, nos países Anglo-Saxões.

Agora, o que é importante é: deve-se reprimir o abuso, qual concorrência vai sair daí? É a concorrência possível?

Nos mercados regulados, e aí a sua pergunta ganha muito mais relevância, algumas medidas estruturantes são importantes, essa por exemplo, do fator de produtividade na forma de reajuste é extremamente importante.

Eu já sei que a Senhora vai achar baixinho esse valor comparado com a Grã-Bretanha, mas tudo bem, o princípio está lá, isto é muito importante. Algumas verticalizações que não se permitam são importantes, outras já não são tão importantes. Esses pontos existem.

Agora há mercados de concorrência baixa, telefonia fixa é baixa no mundo inteiro, mas já se começa a ver que pode opor concorrência à ela, a telefonia móvel. Então, o importante não é saber se vai haver concorrência, é saber se não vai haver abuso. O importante é saber se não vai haver mais criminalidade, é saber se a criminalidade é efetivamente reprimida.

Nunca vamos nos esquecer da taxa de infração que existe em toda sociedade por mais perfeita ou por mais moderna que ela seja.

Para concluir o seguinte: ainda nos mercados, como essa questão da Fiat e tudo, de intervenção do Estado, o que é importante é o seguinte: ela vai ou não se dar na forma da Lei?

Quero lembrar o caso do Japão: o caso do Japão tem uma lei de defesa da concorrência bem feita e quando o MITI interveio na economia japonesa, o que aconteceu desde o final da guerra até pouco tempo atrás, foi feita uma lei suspendendo a incidência das novas defesas da concorrência para isso. Lá eles trabalharam direitinho também. É uma intervenção na forma da lei, a sociedade exigiu, apoiou a classe política. Lá, no caso o Partido Liberal, que dominou por mais de 20 anos o governo, e foi feito, aí não tem problema; o que não pode é intervenção personalista: o Presidente quer, o Ministro acha, bom; aí nós estamos com todos os pés no terceiro mundo.

LAÉRCIO FARINA

Antes de passar a próxima pergunta, o Conselheiro Pfeiffer pediu para fazer uma breve intervenção em razão dos assuntos que foram mencionados aqui em função da pergunta anterior

ROBERTO PFEIFFER

Muito breve, apenas para deixar claro, acredito que eu deixei claro, mas para que não cause nenhum mal-entendido, também jamais expus, em primeiro lugar, que todas as associações de classe fossem efetivamente centralizadoras de cartel ou mesmo de que elas não têm nenhuma importância e devam ser combatidas. Muito pelo contrário, eu entendo que é algo de suma importância não só para concorrência como para diversos outros aspectos. Elas tem uma posição central na sociedade brasileira; apenas saliento que se verifica alguns casos a sua efetiva participação em atividades colusivas. E eu acho que esses dois casos do CADE são um grande aprendizado, do quanto elas podem participar. E que mais do que isso, que muito dessa atividade delas decorre da tradição de serem partícipes, serem agentes do processo de controle de preços que teve ocorrência no Brasil.

O que eu defendo é, muito pelo contrário, que deva ser também feito um processo educativo e eu acho que essas condenações elas tem esse processo educativo também, de demonstrar que houve mudanças no paradigma da economia brasileira e que essas associações tem que estar adaptadas a esse paradigma. Mas eu também não concordo em dizer que não consigo de forma alguma associar associações à condição de cartel; elas tem funções muito mais relevantes e importantes do que essa, apenas é uma questão de se entender que elas, em alguns casos, participam e que é o nosso dever, então estar ressaltando esse aspecto para ver se elas se adequam ao novo paradigma da economia.

Bom dia! Meu nome é Bатуíra Meneghesso Lino eu sou do escritório Magalhães e Ferraz advocacia. Gostaria de fazer uma pergunta ao Dr. Enrico Raffaelli e também ao Dr. Pedro Dutra.

Doutor Raffaelli: essa lei italiana, a lei da comunidade européia, permitem a condenação por prática de cartel por indícios, principalmente quando o fato imputado pode caracterizar a ocorrência de paralelismo de conduta. Ou seja, qual a qualidade da prova que a lei exige para que haja a condenação de cartel, porque como, muito bem disse o Dr. Farina, direito penal exige a busca da verdade real e nós não podemos esquecer que o cartel além de infração na economia é crime. Ao Dr. Pedro Dutra, o quê que ele acha da resolução, uma recente resolução do CADE criando a medida preventiva que não está prevista na lei 8.884.

Obrigado

ENRICO RAFFAELLI

I think it is important to clarify that, as regards Italian law and also in European law the infringement of antitrust rules is not a crime at least for the time being but it's not the situation in all the EU States members, for example, the situation is different in Great Britain. So this is already very important because when the other speakers were presenting their report I noted that their reference were the public prosecutor so we don't have this kind of things in Italy or in Europe. Although I must say that in the mind of competition Commissioner Mr. Monti perhaps there is also this fact because this possibility to providing the future crimes, for the time being, he limited himself to obtain the green light to send the officers in the homes, in the houses of the managers of the companies. This is something which will be a part of the reform which will be enacted in the next Council of the European Union meeting and which will enter to force in the first of may of 2004. As I was mentioning in the report, if you have parallel behavior and this parallel behavior doesn't find a justification in the structure of the market, This is already an evidence. Then, there is the evidence is searched in the premises of the companies in order to trace documents in which there is the so called smoking gun. Now, the situation in Italy is becoming more difficult for the national antitrust authorities because Italian companies have now understood how to behave but in the firsts years of the application of our national antitrust law, the situation was completely different and the national antitrust authorities officers found strange things as in that case that they found in a agenda, in a book of a manager a statement of this kind of 'our competitors "companias di segurazione" stated that if you do not participate of the next tender of the Milano municipality we will win the next one.' So this was already many things like that. But now, also the Italian officers understood because there is a point that Italian managers, there is a point that I have not mentioned and I don't know if you are aware of. In Italy, national antitrust authorities, is very recently we had a national antitrust law only in 1990. So, till 1990, for the reasons mentioned by my colleague here, in other words, the culture which was in Italy what we called the "Cato-Comunista", catholic and communists, they were against the competition. They thought it was more important to guarantee the possibility of the state to intervene in the market instead of leaving the market to regulate by it self. So in Italy, the antitrust rules were none in these years because until 1990, in Italy, no one knew about antitrust. Not the companies, not the lawyers because there were very few who applied to apply the European antitrust rules which were only for the cases of European dimension and also the judges, because the judges were very reluctant

apply European antitrust law because they don't know it and therefore, they did not know anything about antitrust rules.

PEDRO DUTRA

- A pergunta do meu colega Dr. Batuira é pertinente, tanto mais que ela é recorrente.

Conselheiro Ribas, no império, no direito administrativo, já advertia para volúpia legisferante dos órgãos da administração pública; Oliveira Viana, sociólogo, insuspeito admirador de Mussolini, também dizia isso e daí vai, já tivemos a oportunidade de escrever um trabalho sobre isso com um recorte histórico.

Há uma volúpia legislativa por parte dos órgãos da administração pública e essa volúpia leva sempre a excessos.

Sem entrar em detalhes porque a pergunta também foi feita de maneira geral, o que há em termos de expedição de norma infra-legal por órgãos da administração pública, notadamente órgãos reguladores e órgão de defesa da concorrência é uma tentativa razoável, justa e compreensível de eles adaptarem a lei à realidade.

Aí um primeiro ponto negativo além do ponto formal do eventual desrespeito a norma. É que a melhor forma de adaptação à realidade é a aplicação da lei à jurisprudência. Construa-se jurisprudencialmente, ouse-se jurisprudencialmente, mas não substitua-se à aplicação da lei pela expedição de norma infra-legal.

A Anatel tem uma resolução onde ela diz o que é infração à ordem concorrencial porque a Anatel entende que ordem concorrencial no mercado de telecomunicações é diferente, eventualmente da lei 8884. Então, esta tendência é o primeiro ponto negativo.

É melhor aplicar a lei, aplique a lei e a jurisprudência vai cuidando de ajustá-la à realidade.

O segundo ponto é já de natureza bem específica, é o seguinte: normas infra-legais só podem ter uma única finalidade; explicitar a norma legal.

A norma legal não pode conter, não pode compreender todas as situações factuais às quais ela se destina senão seria inviável a expedição de qualquer norma legal, sobretudo normas legais que tenham por finalidade disciplinar matéria econômica. Então, os órgãos administrativos estão autorizados por lei, e precisam estar autorizados por lei, a expedir normas e o CADE está, é explicitar as normas legais.

A função da norma infra-legal é uma função a ancilar, de explicitação, de clareamento, de precisão da norma para fazê-la; fazer a sua aplicação ao cansar a todas hipótese factuais, mas jamais criar situações em que a norma legal não previu.

Não pode excluir, não pode incluir, não pode modificar, não pode interpretar; interpretação é tarefa do aplicador.

Por fim, respondendo, tentando responder mais objetivamente, o conceito de medida cautelar. O conceito de cautela ou de prevenção, é um conceito já firmado no Direito Brasileiro, no direito processual . Se a lei de defesa da concorrência acertadamente autoriza o CADE a aplicar medida preventiva, esta medida preventiva que o CADE está autorizado a aplicar é a prevenção à cautela que o direito, e que o direito positivo já reconheceu. Então não há porque inovar; há porque explicitar determinadas hipóteses que o CADE ordinariamente enfrente.

Então, eu não vejo possível, não vou entrar no detalhe dessa medida preventiva, mas se essa medida preventiva cria situações distintas ou dá uma nova feição ao que seja medida preventiva, ao meu ver, ela terá o mesmo destino da resolução 15. Lembro nesse ponto, para concluir, uma questão muito interessante: resolução 101 da Anatel.

A resolução 101/2000 da Anatel criou um novo conceito de controle societário. Para ela, controle societário não é aquele que se deduz da Lei de S/A .

Na altura, um dos mais eminentes advogados deram parecer sobre isso e a Anatel ignorou olímpicamente. O judiciário disse: não pode se aplicar, só pode se aplicar nos limites da Lei. Então, isso é muito importante de ser verificado.

É mais um caso, nós acabamos de referir um aqui em que a justiça já repôs o limite da lei e conseqüentemente, eu tenho certeza disso, que o CADE vai observar.

LAÉRCIO FARINA

Antes de encerrar, apenas uma pequena observação e um agradecimento ao Dr. Batuira, lembrando que alguns tipos previstos na 8137, além de infrações à ordem econômica também são crimes de esferas de apuração e de apenamento distintas.

A autoridade antitruste da esfera administrativa falece a competência para o apenamento, para o apenamento jurisdicional do tipo penal.

Eu pergunto ao Dr. Ubiratan Mattos se não seria conveniente, eu tenho em mãos a nota conjunta e um pedido expresso de um Conselheiro do CADE aqui à minha esquerda para ler essa nota conjunta depois do almoço.

É o que me parece, eu consulto então o Presidente do Ibrac, Dr. Ubiratan Mattos, se não seria mais conveniente que déssemos a público essa nota conjunta ao início da sessão da tarde.

Portanto, dentro das melhores tradições do Ibrac, nós encerramos esse painel atrasados, considerando aqueles 20 minutos, aquela meia hora.

Muito obrigado aos Senhores e principalmente aos nossos palestrantes.

