

PAINEL III - CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS / COMPETITION IN REGULATED MARKETS - RESTRIÇÕES VERTICAIS / VERTICAL RESTRICTIONS

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Bom dia. Agradeço o prestígio da presença dos senhores e das senhoras a esta segunda jornada do VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Quando escolhemos Foz do Iguaçu para sede do evento, alguns de nós, inclusive eu, ficamos bastante temerosos sobre a adesão da participação que poderia se não igualar às anteriores, em vista de da distância e das dificuldades de acesso ao local. O que muito nos alegra, é constarmos que o temor não procedia. Não sei se pelo interesse da matéria, pela confiança que depositaram no IBRAC pelos eventos anteriores, pela confiança na organização do evento, que através de nosso Secretário Geral, Dr. José Carlos Busto, tem sido cada vez melhor, ainda a confiança na escolha dos temas, dos palestrantes. Enfim, o seminário vem tornando melhor ano a ano. Por isso, eu queria realmente agradecer.

Início os trabalhos chamando para compor a mesa os palestrantes: Dr. Roberto Augusto Pfeiffer, Conselheiro do CADE, que apesar de pouquíssimos meses no cargo, tem nos oferecido decisões de mais alta qualidade jurídica, caracterizadas pela profundidade de análise na matéria, o que revela um alto discernimento e um abalizado julgamento, honrando, cada vez mais, o cargo que ocupa e contribuindo para o aperfeiçoamento do CADE; chamo também o Dr. Mário Luiz Poças, Professor de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, conhecido de todos, autor de inúmeros trabalhos sobre a matéria e um dos mais respeitados economistas do país; (Não poderia deixar de registrar que o Dr. Poças foi o primeiro economista a chegar ao IBRAC, no primeiro seminário e nós já estamos no sétimo. Foi ele o primeiro palestrante a falar da matéria sob o ponto de vista econômico. Naquela ocasião, eu recordei que como presidente executivo do IBRAC, vivia implorando para que viessem economistas, já que era um instituto basicamente de advogados, e finalmente vieram. Hoje nós temos realmente um mix excelente. Nós aprendendo com os economistas e os economistas aprendendo conosco); temos, também, o Dr. Cleveland Prates Teixeira, Coordenador Geral da Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico, economista também, pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas, que muito tem colaborado com a matéria através de análises da Secretaria de Acompanhamento Econômico,

compondo trabalho de altíssima competência, fundamental para a qualidade dos julgados do CADE.

Vamos então, ao primeiro painel que trata dos setores regulados ou regulamentados. Há uma falácia no direito antitruste que muitas vezes se repete sem nada dizer. Onde há regulação não há concorrência. Trata-se de uma falácia, embora a teoria possa realmente prosperar, a prática judicante tem revelado exatamente o contrário. Quando a autoridade reguladora não tem êxito no combate às práticas anticoncorrenciais, a autoridade antitruste tem que revelar a sua competência, instaurando os processos necessários e corrigindo o que não foi feito pela autoridade regulamentar. Em algumas legislações específicas das agências reguladoras, há previsão para a defesa da concorrência, em outras está ausente. Embora inúmeros problemas têm ocorrido, a chamada teoria da *State Action* já começa a ecoar nos julgados nacionais.

Se fizermos um balanço da atividade do CADE nos últimos dois, três anos, veremos que uma parte relativamente grande dos casos, não só em número, mas principalmente em importância, estão inseridos dentro dos setores regulados. Lembro de importantes atos de concentração como, a Brasil Álcool e a Bolsa do Álcool, no setor energético, também privatizações no setor de gás, processo de conduta em transporte marítimo, acusações de cartel, concentrações de telefonia e também processos de conduta nesta área, setor automobilístico, que considero um setor regulado por força da chamada “Lei Ferrari”, além de tantos outros casos de matéria antitruste que estão dentro dos setores regulados. Portanto, o tema não pode ser encarado apenas sob uma perspectiva dogmática, suscitando grandes reflexões, principalmente no Brasil, onde tivemos uma regulação quase total (70 a 80% da economia era regulada). Não podemos mais dizer que estamos engatinhando, hoje andamos a passos largos, saímos daquela regulação total para a regulação apropriada. Com a palavra, o Dr. Roberto Pfeiffer.

ROBERTO PFEIFFER

Inicialmente, bom dia a todos. Mais uma vez, agradeço a honra que o IBRAC me conferiu, convidando para ser palestrante neste seminário, não só pela importância do IBRAC, mas também pela agradável companhia da mesa, Prof. Mário Poças, sem nenhum favor, é um dos grandes especialistas do tema e meu amigo e colega Cleveland. Também agradeço a presença do público que, mesmo tendo a noite passada sido regada a capirinha e piscinas térmicas, acordou cedo e veio prestigiar a conferência.

Bem, pretendo na minha palestra abordar, como se dá, na realidade, a repartição de atribuições entre o órgão de defesa da concorrência e os órgãos reguladores. Eu me preocupo com esse aspecto, certo de que as próximas abordagens serão de maior importância. Começo pela introdução da concorrência propriamente dita nesses setores, dada a necessidade de fixarmos parâmetros para a repartição de tais competências. Aliás, este é o tópico que eu ressaltarei na minha palestra, enfatizando ao longo de toda a minha fala, as questões da complementariedade, cooperação e coordenação de atividades que devem necessariamente vigir no relacionamento dos órgãos de defesa da concorrência e reguladores. Início destacando as diferentes óticas e perspectivas, inclusive por determinação legal, que possuem os dois órgãos. Parto de um esquema teórico para demonstrar, num segundo instante, como isto se aplica no esquema legal.

Os órgãos reguladores existem em setores em que para sua regulação há fundamentalmente, interesse público, setores que vieram de monopólios naturais ou legais e sofreram um flexibilização, ou interesse social. Como principais exemplos de atividades reguladas temos aquelas que vieram da flexibilização das atividades antes prestadas diretamente pelo Estado e hoje implementadas via concessão. Caso das telecomunicações e do petróleo esse, inclusive, perdeu o status de monopólio legal na constituição. Há, também, outros setores já tradicionalmente regulados, como o setor bancário e o de seguros privados. Logo, a característica fundamental dos órgãos reguladores é a incidência em setores em que haja interesse social no exercício da atividade.

Primeiro há uma perspectiva setorial que preocupa-se em regular dado setor da economia. Formulam-se políticas públicas e a atividade regulatória é uma forma nítida de políticas públicas cuja natureza é normativa, ao meu ver, uma normativa perfeitamente constitucional no que concordam os maiores administrativistas, entretanto havendo vozes dissonantes. As competências, atribuições, bem como os limites das agências tem expressa previsão legal estabelecidos na própria lei que as institui, nos limites fixados pelo poder legislativo e desde que não macule a constituição. Possuem, também, uma natureza fiscalizadora, capacidade sancionatória.

Já os órgãos de defesa da concorrência, possuem uma natureza distinta, sua uma perspectiva não é meramente setorial, mas geral. Embora ao se analisar qualquer matéria de defesa da concorrência, parta-se sempre da definição do mercado relevante em que, *in casu*, se dá a atuação do órgão. Também não possuem uma função normativa, sua função é judicante, de aplicação da lei. Não formulam políticas públicas, mas aplicam a lei, que é a política pública. Também não exercem a fiscalização, e no que se refere à atividade de sanção, não se preocupam apenas com a legislação, ou com a punição como descumprimento da legislação específica, mas sim aplicam punições para o

descumprimento da legislação de defesa da concorrência. Sua atividade fiscalizadora e repressiva se dá em virtude de abusos, infrações à ordem econômica.

Em face de naturezas tão distinta, é natural que atividade regulatória fique com o órgão regulador, enquanto que a atividade de defesa da concorrência fique com o órgão de defesa da concorrência. É o que vou defender analisando alguns setores específicos, muito embora seja evidente sua natureza reguladora, a norma se preocupou em introduzir ou preservar a competição dentro do próprio setor, o que não exclui as atribuições específicas do órgão de defesa da concorrência.

Tratando-se este um evento internacional, gostaria de fazer breves considerações sobre trabalho levado a cabo pela Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico, OCDE, que é um estudo bastante alentado, no qual todos os países membros ofereceram relatórios sobre a sua situação, elaborando-se ao fim um relatório, que trata das relações entre órgãos regulatórios e órgãos de defesa da concorrência. Além de setores em que há uma preocupação principal com a atividades e até mesmo uma tendência mundial, principalmente telecomunicações, gás e petróleo, faz-se, também, referência a outros setores que em alguns países são regulados, faz-se menção, por exemplo, ao setor bancário e de seguros privados no Brasil. Destacam que é extremamente importante uma efetiva defesa da concorrência nesses setores regulados, apontando 4 (quatro) pontos de relevância: 1. a necessidade do que chamam de regulação de acesso, ou seja, normatizar as condições para que empresas tenham acesso à prestação desse serviços; 2. a chamada regulação econômica, medidas gerais para o setor relativa ao preço e outras características de regulação técnica, ; 3. aqui não vai dar tempo de explicar todas as perspectivas sob as quais eles analisam a questão, mas há ainda a perspectiva estática; 4. e a perspectiva dinâmica. Por fim, concluem que sempre, em qualquer setor, o ideal é que haja a defesa da concorrência, a aplicação das normas específicas de defesa da concorrência pelo órgão geral de defesa da concorrência e em alguns casos até, pelo órgão de regulação.

Contudo, sabe-se que esse não é o modelo adotado pelo Brasil onde, em todos os setores há necessidade de uma regulação permanente e o ideal é que se dê ao órgão de defesa da concorrência essa atribuição. Entretanto, existe uma série de razões, várias delas já faladas entre elas, a especialização técnica, necessidade de cooperação e coordenação nas atividades entre esses diferentes órgãos, então isso é absolutamente essencial para o sucesso de qualquer norma de defesa da concorrência nesses setores, até porque não se defende, é óbvio, que haja alguns condicionantes também à atuação do órgão de defesa da concorrência, é óbvio que ele não vai poder ficar revendo aquelas

normas eminentemente regulatórias e que vão ter algum impacto, porém, ele vai ter grande autonomia no sancionamento, nas infrações de ordem econômica, assim como ainda permanece a sua atribuição de rever atos de concentração.

Feito esse esquema teórico, eu passaria rapidamente a analisar a questão da nossa lei de defesa da concorrência que fixa nenhuma exceção à atribuição do CADE para rever atos de concentração e sancionar infrações à ordem econômica. Primeiro o artigo 15 da lei 8884, quando disse que *ela se aplica a todas as pessoas jurídicas e físicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações ou entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal*, é bastante ampla e obviamente não estabelece exceção de setor econômico que não seja abrangido pela atuação do órgão de defesa da concorrência. O artigo 2º que fala da aplicação territorial da lei 8884, também não estabelece essa distinção. A leitura do artigo 54, artigos 20 e 21 e correlatos aos processos administrativos, também não estabelecem qualquer tipo de exceção e mais importante que isso, a lei 8884 deixa muito claro que o único órgão que pode estabelecer aquelas sanções, as mais diversas sanções como, multa, determinação de cessação da prática sob pena também de incorrer em multa diária, além de vários remédios estruturais e comportamentais que lei permite usar na revisão de atos de concentração, é o CADE, visto que a atribuição a outro órgão, poderia gerar problema de falta de instrumentos legais para a aplicação desses instrumentos.

Para me ater ao tempo, se até o Dr. Franceschini respeitou eu faço questão de também tentar fazê-lo. Eu passo para a análise, sob a ótica da lei brasileira, de alguns setores como o financeiro, o bancário, de seguros privados, telecomunicações, energia elétrica e petróleo. Não se assustem que eu vou tentar ser bastante sucinto na análise de cada um desses setores.

Eu começaria pelo mais polêmico de todos, justamente o problema da divisão de atribuições entre o CADE e o Banco Central. Ressalto, novamente, que entendo que é atividade de ampla cooperação, embora as normas imponham alguma dificuldade de interpretação, especificamente a lei do Banco Central que estabelece em seu artigo 10 que hoje regula o sistema financeiro nacional, que compete, privativamente, ao Banco Central da República do Brasil, aqui no que nos interessa, o inciso IX, letra c, *conceder autorizações a instituições financeiras a fim de que possa ser transformados, fundidas, incorporadas ou encampadas*, ainda nos termos do parágrafo 2º desse mesmo artigo, diz competir ao Banco Central do Brasil no exercício da fiscalização que lhe é atribuída, *regular as condições de concorrência entre as institui-*

ções financeiras coibindo-lhe os abusos com a aplicação da pena nos termos dessa lei.

Muitos interpretam o vocábulo *privativamente*, dizendo que no primeiro aspecto que trata da autorização a atos de fusão ou atos de concentração, usando uma linguagem que nos é familiar, haveria exclusão, por completo, da atribuição do CADE de rever qualquer atos de concentração que reforçado pelo aspecto do parágrafo 2º, que afirma incumbir apenas ao Banco Central regular as condições de concorrência e aplicar penalidades previstas na lei que rege o Sistema Financeiro Nacional. Aqui, eu ousou discordar por dois motivos:

Primeiro, porque eu vejo no vocábulo *privativamente*, apenas uma questão de regulação, nitidamente de regulação e, sob a ótica de regulação prudencial, é óbvio que seria apenas do Banco Central a atribuição, tanto de rever sob a ótica do regulador esses atos de corporação, como também regular as condições de concorrência. Inclusive, nesse segundo aspecto, veremos que tanto na lei da Agência Nacional de Petróleo, como na lei da Agência Nacional de Energia Elétrica, como na lei da Anatel, a mais bem elaborada de todas, há essa atribuição aos respectivos órgãos reguladores. A Anatel discorre em vários momentos da necessidade deles imporem normas que facilitem regular as condições de concorrência, mas sempre da perspectiva do órgão regulador. É óbvio que em todas essas leis não há divergência sobre sua competência e, via de consequência, atribuem ao CADE a função de rever atos de concentração assim como sancionar infrações de ordem econômica. Aqui afastou o primeiro argumento porque eu vejo como compatibilizar as duas funções.

Segundo, eu também discordo daqueles que interpretam que a lei do sistema financeiro nacional, que foi recepcionada como lei complementar, rege o sistema financeiro. Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou que a própria Lei 4564, não foi recebida inteiramente como lei complementar. De acordo com a doutrina, ao manifestar-se a relação entre lei complementar e lei originária, afirma que não propriamente uma situação de superioridade hierárquica, mas um problema de divisão de matérias. Há determinadas matérias que somente podem ser reguladas por lei complementar, todas as demais matérias serão reguladas também por lei ordinária. Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei do Sistema Financeiro Nacional disse que alguns assuntos, por exemplo o que trata do regime de pessoal, passa a ser regulado, necessariamente, por lei ordinária e não por lei complementar. Ele entendeu que essa parte da lei 4564 foi recebida como lei ordinária, inclusive, julgando inconstitucional alguns dos temas que feriam a nova Constituição. Da mesma forma, não entendendo inconstitucional o aspecto da lei 4564, ainda que se entenda que, no que toca à concor-

rência, ela excluiria se fosse lei complementar a competência do CADE. Eu entendo que ele foi recepcionado como lei ordinária, porque é matéria reservada à lei ordinária, conforme previsto no 192, parágrafo 4º que não fala em lei complementar, então ele seria lei ordinária e caso entendamos que há uma perspectiva de exclusão das duas atribuições, prevaleceria a atribuição do CADE porque sua previsão figura em lei posterior, 1994 à lei do Sistema Financeiro Nacional que é de 1964

Por isso, volto a ressaltar a complementariedade que há entre essas duas atribuições. Óbvio quando o Banco Central tem uma perspectiva do risco sistêmico, sempre o CADE não poderá rever a situação, o mesmo quando tratar-se de reestruturações compulsórias e coisas afins que não seriam, também, da alçada do CADE. No entanto, matérias eminentemente de cunho regulatório, tanto na possibilidade da revisão de atos de concentração, como no sancionamento de infrações à ordem econômica, prevalece a atividade do CADE, com um detalhe a mais, suprime-se a possibilidade do CADE sancionar infrações à ordem econômica e confere-se esta atribuição ao Banco Central. Mesmo porque, por falta de previsão legal da lei 8884, o Conselho não teria os instrumentos para implementar a fiscalização nessa área.

Passando rapidamente à questão dos seguros, embora a matéria se equivalha, sua interpretação é um pouco mais fácil. O Decreto Lei n.º 73 que estabelece a competência da Susepe, conferindo a qualidade de *executora da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operação das sociedades seguradoras..* bem como *...processar os pedidos de autorização para a constituição, organização funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário, reforma dos estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao Conselho Nacional de Seguros Privados.* Aqui é mais fácil de interpretar, pois não há o vocábulo “privativamente” e não há tantas normas disciplinadoras da concorrência o que facilita a complementariedade, então a regulação a Susepe quanto aos aspectos técnicos e econômicos e a aplicação da norma de defesa da concorrência implementada pelo CADE. Desde que não se entenda, que há um conflito entre o Decreto-lei 73 também recebido como lei complementar, os mesmos raciocínios já desenvolvidos em relação ao Banco Central são perfeitamente aplicados à Susepe.

No que tange à Anatel, aí a lei é mais clara. (*) (...) as infrações da ordem econômica deveriam ser comunicadas ao CADE e agora ela sofreu um apuro técnico para dizer que elas tem que ser comunicadas à Secretaria de Direito Econômico, antes a própria doutrina interpretava que o CADE deveria

(*) Problemas de gravação

receber a comunicação da ANP e remeter à Secretaria de Direito Econômico, órgão que instaura a apuração a essas infrações. Também é interessante só na ANP deu um *plus*, afirmando na própria lei que o CADE, também, notifica a ANP quando ele sanciona alguns dos entes regulados por infração à ordem econômica, estabelecendo como uma das hipóteses da revogação de autorização para operar nos ramos regulados pela ANP, a prática no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustível, demonstrando preocupação específica com os postos de gasolina, e eventual infração à ordem econômica reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou por ordem judicial. Diz ainda que essa revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente.

Com isso, eu encerro a minha apresentação ressaltando, mais uma vez, e eu gostaria de ser bastante enfático nisso, a ampla e irrestrita necessidade de uma atividade coordenada e de uma estrita cooperação entre esses dois órgãos, inclusive, como já defendido por Bolívar Moura Rocha no começo da instituição dessas Agências, a absoluta pertinência de estabelecimento de convênios de cooperação e eu sei que a SEAE tem cuidado com muita propriedade de estabelecer diversos convênios para que haja uma atividade de estrita cooperação e coordenação. Muito obrigado pela atenção e pelo tempo concedido.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Agradeço a participação do Dr. Roberto Pfeiffer, que deu uma visão geral, mas muito oportuna, sobre a questão e passo a palavra ao Dr. Mário Possas, para a sua apresentação.

MÁRIO POSSAS

Bom dia a todos, é uma satisfação estar mais uma vez no Seminário do IBRAC. Desta vez como expositor, vou tratar de tema, naturalmente com um foco mais econômico e, na medida do possível, tocando em algumas questões conceituais também, seguindo uma certa tendência que tenho de tratar questões teóricas em primeiro lugar. Como são apenas 20 minutos, vou passar um pouco rápido pelos slides e como a apresentação é um pouco extensa vou tentar compactá-la.

São três temas, dos quais o terceiro é o mais importante porque diz respeito ao tema geral que quero tratar: práticas anticompetitivas na transição para a concorrência. Os dois primeiros assuntos são introdutórios ao tema. O primeiro deles trata da regulação, é uma discussão geral sobre a regulação e a política de concorrência.

Regulação e concorrência, longe de serem temas contraditórios, como talvez tenham sido na origem da noção econômica de regulação que dizia respeito a monopólios naturais nos quais a regulação vinha para substituir a concorrência em vista uma deficiência econômica. Atualmente, não é disso que se trata, mas de regular setores que vêm de uma posição, uma situação estrutural inicial de monopólio que frequentemente é monopólio público, embora não necessariamente o seja em direção à uma situação mais concorrencial, o que não significa concorrência no estrito senso, mas pelo menos, oligopólio. É claro que no contexto atual de globalização, com mudança tecnológica de forte razão, as políticas de concorrência devem ser enfatizadas de um modo geral. A defesa da concorrência é parte de uma política mais geral de concorrência que, a meu ver, deve contemplar também as políticas regulatórias. Portanto, como disse o Dr. Magalhães, concorrência e regulação devem ser tratadas conjuntamente.

Uma política voltada à concorrência, deve estar preocupada com duas dimensões: uma dimensão relacionada às empresas, ao aumento da competitividade das empresas que devem se capacitar para competir, para maior eficiência produtiva e maior capacidade inovativa; e outra, indispensável como já se constatou universalmente e mais recentemente no Brasil também, buscando complementar, fortalecer um ambiente competitivo, porque empresas só se tornam competitivas quando o ambiente as obriga, sob pressão. Neste sentido, podemos pensar que a política de defesa da concorrência como parte de políticas regulatórias em sentido amplo, trata de intervenção pública sobre mercados de forma a aumentar a sua eficiência econômica. A criação de ambientes competitivos passa, assim, tanto pelas ações de defesa da concorrência que são mais reações do que ações, quanto pela “regulação ativa”, casos de regulação de infra-estrutura e outros que são objeto do nosso tema específico aqui. Em suma, teremos a defesa da concorrência e a regulação ativa como duas formas distintas, não excludentes, não em princípio mas sim conceitualmente, voltadas ambas para o desenvolvimento de maior eficiência no funcionamento da economia e dos mercados.

Portanto, o contexto institucional no Brasil, é o contexto de uma mudança das atividades do Estado, que tende a se deslocar em direção de uma atividade menos interventiva e mais reguladora. Essa mudança nas formas de intervenção do Estado que não passa despercebida aos analistas, naturalmente, é uma das características mais marcantes das transformações que vêm ocor-

rendo no capitalismo nos últimos 20 anos, o que está obviamente associada à globalização, como mencionei antes. Na maioria dos casos, a transição institucional é acompanhada por um movimento de privatização e de introdução da concorrência em setores onde isso seja possível. Os monopólios naturais, cada vez em menor número, são apenas um segmentos específicos de algumas atividades de infra-estrutura. No caso desses setores de infra-estrutura, a conclusão geral de reflexão é de que a passagem de um monopólio público para o controle privado, como ocorre no Brasil, implica que estratégias privadas tendam a prevalecer sobre estratégias públicas. O que não tira o caráter público dessas funções que são, aliás, objetos de concessão, ou formas jurídicas semelhantes à concessão que significam o surgimento de empresas voltadas a interesses privados que atuam de forma concorrencial.

O papel da regulação, portanto, não poderia ser eliminar esse efeito, o que seria contraditório e até um retrocesso, mas de estimular a concorrência buscando minimizar efeitos competitivos e aumentar a eficiência econômica. Ainda, é importante notar que há outros tipos de políticas públicas associadas à regulação. A regulação não se opõe à concorrência, ao contrário, visa em grande parte, estimular a própria concorrência e reprimir ações anti-competitivas. Ela também pode e deve visar outros objetivos de política pública como, por exemplo, a universalização da prestação de serviços.

Passeamos ao segundo ponto com alguns comentários breves sobre as características dessa regulação de transição. Uma das principais características é exatamente o que está no título, *Valoração da Regulação Assimétrica*, ou seja tratar desigualmente os desiguais. Assume o fato de que se está realizando uma transição entre uma situação inicial de monopólio, seja ela natural ou não, para uma situação final não pré determinada que em grande parte será condicionada pelas medidas e estratégias que venham a ser adotadas por empresas e agente regulador.

Portanto, o agente regulador tem a responsabilidade não só formular e conceber, mas também de implementar e conduzir o processo de transição de uma estrutura concentrada de monopólio, que é freqüentemente estatal, para uma estrutura mais competitiva. Em grande medida, o caminho de construção dessa estrutura é resultante do próprio processo de transição. Naturalmente, os efeitos da transição sobre a estrutura de mercado resultante da própria dependam de vários fatores, os principais estão aqui listados: a presença de custos irrecuperáveis, que tem a ver com os mercados não contestáveis; a presença de retornos crescentes, basicamente; economias de escala; a presença de aprendizado tecnológico, que tende a gerar efeitos cumulativos, da mesma forma que retornos crescentes; e finalmente, a presença das chamadas externalidades de rede.

Essas externalidades podem ser em princípio, positivas e negativas, mas é muito freqüente que externalidades de rede sejam positiva, isto é, propiciem economias associadas à rede. Na medida que a rede se expande, torna-se mais barato não só aderir à rede pelo lado da demanda, mas introduzir elementos adicionais pelo lado da oferta. Logo, se tem um conjunto de circunstâncias muito freqüentes em diferentes graus nos setores de infra-estrutura. A questão do aprendizado tecnológico, por exemplo, é mais freqüente na área de telecomunicações onde, de um modo geral, há a presença de redes e de custos recuperáveis associados a investimentos de infra-estrutura, as chamadas *essential facilities*, as instalações essenciais que estão presentes em praticamente todos os setores de infra-estrutura. Para isso, a regulação da transição deve adotar procedimentos de intervenção nos mercados muito mais ativa do que a que é feita, no caso da defesa da concorrência. Esses procedimentos dizem respeito às restrições de entrada, quando for o caso, às vezes, à regulação da forma de entrada nos mercados e também ao nível de controle de preços, evitando tanto preços altos demais quanto preços baixos demais, o que poderia implicar um comportamento predatório.

A regulação aqui chega num ponto focal que é a questão da simetria da regulação. Empresas estabelecidas e empresas entrantes devem ser tratadas diferenciadamente. As estabelecidas são chamadas incumbentes em função da posição dominante que desfrutam que as leva ao exercício de forma abusiva. Em segundo lugar, no que diz respeito a entrantes, evitar a entrada das chamadas oportunistas, que são entradas ineficientes em segmentos nos quais se abriu a concorrência, mas que muitas vezes apresentam rentabilidade elevada devido à presença de subsídios cruzados por parte da empresa previamente estabelecida. Por exemplo, sua atividade principal é a atividade de insumo, mas também exerce serviços de infra-estrutura, logo há uma margem mais baixa e outra mais alta de retorno nas atividades de serviços que utilizam a sua infra-estrutura. Em geral, uma infra-estrutura de rede, essa segunda possibilidade seria a chamada *cream scheming* ou por outros nomes semelhantes e metáforas do tipo *cherry picking*, ou seja, aproveitamento oportunista de benefícios associados à presença prévia de subsídios cruzados.

Na verdade, tudo isso existe e é importante, no entanto é muito teórico. Na prática o que, principalmente, ocorre é o de abuso de posição dominante. Via de regra a regulação da transição é uma regulação assimétrica por estar voltada ao estímulo das entradas e às restrições colocadas sobre a empresa dominante a encomende, portanto é mais o item 1 do que o 2 que é objeto de atenção. Foi assim no Brasil, pelo menos no caso das telecomunicações, como aliás é discutido no livro da Alejandra Herrera o qual recomendo a leitura.

Existem riscos muito sérios de comportamento discriminatório por parte da empresa estabelecida que só pode ser resolvido sob o ponto de vista estrutural através da separação entre mercados, por exemplo. Caso não seja possível a solução através de uma reforma estrutural deve-se, pelo menos, tentar reprimir a prática de formas anticompetitivas. É claro que em princípio, existem estratégias não só anticompetitivas, como pró competitivas. O que é bastante evidente quando relacionado ao aprendizado tecnológico, à coordenação, à redução de custos de transação e aproveitamento de sinergias. Assim, nem todas as associações entre empresas ou coisas assim, visam prejudicar a concorrência, ou o concorrente.

O que nos importa aqui, evidentemente, são as estratégias anticompetitivas, entre as quais destacam-se as condutas de tipo vertical, que ocorrem nos setores de infra-estrutura, embora possa haver condutas horizontais talvez tendam a crescer à medida em que as estruturas de mercado desses setores tendam a se estabilizar ao longo do tempo, embora, num primeiro momento prevaleça as condutas de tipo vertical. E quais são as práticas verticais típicas nesses setores de infra-estrutura? São comportamentos discriminatórios de infra-estruturas essenciais exercidos pelas empresas estabelecidas, anteriormente monopolistas, contra concorrentes em mercados *downstream*. O que quer dizer isso? Quer dizer que a empresa detém algumas subsidiárias ou ela própria atua no mercado a jusante que utiliza insumos, anteriormente produzidos de forma monopolista, na forma de uma infra-estrutura essencial. É claro que a incidência maior de restrições verticais depende da sua estrutura e são vários os tipos de estruturas, cogitadas teórica e empiricamente. Um dos mais frequentes é o caso da integração vertical que ocorre no Brasil no setor de telecomunicações, por exemplo. Integração vertical com liberalização, ou seja, não trata-se de monopólio com abertura para a concorrência, tanto no setor de infra-estrutura essencial, ou *upstream*, quanto nos setores *downstream* que utilizam essa infra-estrutura e precisam ter acesso aos meios providos por essa infra-estrutura. É interessante observar que isso pode ocorrer, apesar da regulação de preços, porque muitas vezes a presença da regulação de preços é utilizada como um instrumento por parte de empresas estabelecidas para bloquear a entrada ou aumentar os custos do concorrente, como veremos imediatamente.

Os tipos de restrições verticais mais característicos são preços predatórios, entretanto o mais comum sejam as práticas discriminatórias que elevam custos reais ou potenciais, sendo caso típico a discriminação de preços de acesso que aumentam as barreiras de entrada. Há, também, vendas casadas, recusa de vendas e acordos de exclusividade. Assim, as práticas podem dizer respeito tanto a preços quanto a outras condições. Não é só preço, é preço e

outras condições ligadas à qualidade, ao retardamento no atendimento à demandas de acesso e assim por diante. Tipicamente temos discriminação de preços voltados ao aumento de custos rivais. Em segundo lugar, tratado conjuntamente porque tem pontos em comum, a recusa de vendas, venda casada e acordos de exclusividade. Esses são os dois casos mais típicos de restrições verticais em setores de infra-estrutura.

Na maioria desses casos, se aplica a chamada Doutrina das Instalações Essenciais, como já mencionei as *Essential Facilities* que recomenda que o regulador cuide de estabelecer regras de acesso ou, se for o caso, compartilhamento no uso de infra-estruturas essenciais. Por que o que é que significa que elas sejam essenciais? Primeiro, obviamente como o nome sugere para a atividade *downstream*, é necessária a oferta de algum tipo de serviço que utilize esse insumo. Segundo, porque elas são duplicáveis apenas se o forem tecnicamente, a oferta a custos muito elevados, que pode implicar um investimento muito grande por parte de algum entrante e também do interesse público, além de uma duplicação desnecessária, ou seja, existe um custo social associado ao investimento privado também.

A conclusão que chego é que a atividade regulatória, embora não exclusivamente, é claramente focada sobre concorrência. Logo, enfatizo este ponto mais uma vez, regulação trata da regulação da concorrência. Insisto que há outros aspectos de políticas públicas envolvidas, mas é essencial perceber que a regulação não é o contrário da concorrência, mas sim uma regulação voltada para a concorrência. Portanto, é essencial que as agências reguladoras e seus técnicos, seu corpo técnico, esteja permanentemente preocupado com as questões concorrenciais, já mencionado anteriormente pelo Dr. Pfeiffer, a absoluta essencialidade de uma coordenação entre as agências e instituições envolvidas. A meu ver, importa menos sobre a pertinência de uma agência ser reguladora específica de um setor determinadas funções que instrutórias, como ocorre com a Anatel, mesmo que ainda importante, é uma questão relativamente secundária frente à questão levantada de que a atividade cotidiana da agência reguladora deve estar norteadada pela preocupação com os aspectos concorrenciais. É o que tinha a dizer, muito obrigado.

Slide 1

Mario Possas

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA
EM MERCADOS REGULADOS
IBRAC - VII SEMINÁRIO
2001**

**Práticas anticompetitivas na
transição para a concorrência**

Prof. Mario Possas

1

Slide 2

Mario Possas

**Práticas anticompetitivas na transição
para a concorrência**

- 1. Regulação e política de concorrência**
- 2. A regulação assimétrica**
- 3. As práticas anticompetitivas típicas na
transição**

2

Slide 3

Mario Possas

1. Regulação e política de concorrência

Políticas de regulação e de concorrência: o enquadramento atual

- *Globalização econômica + mudança tecnológica = política de concorrência (construção de um ambiente competitivo nos mercados domésticos)*

3

Slide 4

Mario Possas

- Para uma política de concorrência, é essencial a fortalecimento de ações voltadas à *competitividade das empresas*.
- Mas é essencial também a ação *complementar*: políticas voltadas ao *fortalecimento de um ambiente competitivo*, de forma a manter as empresas submetidas a *pressões competitivas*.
- Políticas *regulatórias*, seja de *defesa da concorrência* (antitruste) ou de “regulação ativa”, nos setores de serviços de infra-estrutura, são parte essencial desse esforço pró-competitivo.

4

Slide 5

Mario Posses

- O novo contexto institucional em que se estabelecem as *agências reguladoras* de serviços de infra-estrutura no Brasil é o de transição do papel *interventivo* do Estado na esfera econômica para o exercício de funções *reguladoras*.
- Essa transição institucional é acompanhada por dois outros movimentos simultâneos: a *privatização* do controle da maioria das empresas públicas que ofereciam tais serviços básicos e a introdução de *concorrência* nos segmentos em que isso é factível.

5

Slide 6

Mario Posses

- No caso dos *serviços de infra-estrutura*, essas transformações implicaram a passagem para o controle privado, o fim do monopólio legal e a entrada de novos concorrentes. Como resultado, agora as *estratégias privadas prevalecem sobre as estratégias públicas* nesses setores.
- O papel da regulação *não é eliminar* esse efeito - o que seria um retrocesso institucional -, mas tentar assegurar que essas estratégias sejam *direcionadas* de forma a estimular a *concorrência*; minimizar os *efeitos anticompetitivos*; aumentar a *eficiência* e a *universalidade* na prestação dos serviços.

6

Slide 7

Mario Possas

2. A regulação assimétrica

- A “transição” para a concorrência a partir de uma situação de monopólio natural não tem um resultado pré-determinado, mas ela própria *condiciona o resultado*.
- Portanto, as estratégias adotadas *pelas empresas e pelo regulador* são fundamentais para a estrutura de mercado que irá emergir.

7

Slide 8

Mario Possas

- Esse *efeito da transição* sobre a estrutura de mercado resultante é reforçada pelos seguintes fatores (setores de infra-estrutura):
 - (i) *sunk costs* (custos irrecuperáveis), implicando *mercados não-“contestáveis”*;
 - (ii) retornos crescentes;
 - (iii) aprendizado tecnológico;
 - (iv) externalidades de rede.

8

Slide 9

Mario Possas

A *regulação de transição* adota tipicamente dois procedimentos:

- (i) atenuação das restrições à *entrada*; e
- (ii) manutenção de controle de *preços*, evitando tanto a *colusão* (preço muito alto) quanto o preço *predatório* (muito baixo).

9

Slide 10

Mario Possas

- Além disso a *regulação de transição* é, em geral, *assimétrica*: trata *diferenciadamente* as empresas estabelecidas (“incumbentes”) e as entrantes:
 - (i) para evitar *abusos de posição dominante* contra os entrantes por parte da empresa estabelecida; e
 - (ii) para evitar entradas ineficientes em segmentos desregulados, estimuladas pela prática de subsídios cruzados pela firma estabelecida.

10

Slide 11

Mario Possas

- Em função dos riscos de comportamento *discriminatório* por parte da empresa estabelecida, a regulação de transição pode ainda envolver *restrições à entrada* em certos segmentos – uma *separação* entre mercados, p. ex. vedando a sua entrada em segmentos não regulados.

11

Slide 12

Mario Possas

3. As práticas anticompetitivas típicas na transição

Em princípio, é claro que as estratégias empresariais podem assumir tanto formas *pró-competitivas* quanto *anticompetitivas*.

12

Slide 13

Mario Posses

Entre as estratégias *pró-competitivas*, associadas à dinâmica concorrencial e inovativa, contam-se principalmente:

- (i) o aproveitamento de oportunidades criadas pelo *aprendizado tecnológico*;
- (ii) a minimização de problemas de *coordenação* e de *custos de transação*;
- (iii) o aproveitamento de *sinergias* derivadas da interação e cooperação produtiva e tecnológica.

13

Slide 14

Mario Posses

- Entre as estratégias *anticompetitivas* encontram-se várias *condutas* ou *práticas restritivas*, que em princípio podem ser *horizontais* ou *verticais*.
- No caso de setores de *infra-estrutura regulados*, as estratégias anticompetitivas mais comuns são as *restrições verticais*.

14

Slide 15

Mario Possas

As práticas restritivas verticais típicas nos setores regulados

O principal risco de *práticas restritivas verticais* nos setores regulados (tipicamente, serviços de infraestrutura) é o de *comportamentos discriminatórios* adotados pela(s) empresa(s) estabelecida(s) contra concorrentes *nos mercados “downstream”* - em geral, de serviços finais.

15

Slide 16

Mario Possas

- A incidência de restrições verticais em setores regulados está condicionada pela sua *estrutura vertical*, que pode ser de *monopólio integrado*, de *separação estrutural*, de *integração vertical* e de propriedade comum (*joint ownership*).
- Em qualquer caso, o poder de mercado no fornecimento de insumos-chave aos mercados competitivos requer monitoração permanente pelo regulador das condutas da empresa dominante.

16

Slide 17

Mario Possas

- Mas é a situação de *integração vertical* - presente no Brasil nos serviços de *telecomunicações* - que apresenta o *maior risco* concorrencial, pois a empresa dominante, que fornece insumos essenciais para suas rivais *downstream*, pode tentar bloquear a entrada e/ou elevar custos dos concorrentes nesses mercados, *mesmo que* estes estejam sujeitos a *regulação de preços*.

17

Slide 18

Mario Possas

- As empresas verticalmente integradas com posição dominante (ou monopólio) no insumo básico poderão adotar, entre outras restrições verticais sobre os mercados *downstream*:
 - (i) *preços predatórios*; e as mais comuns,
 - (ii) *práticas discriminatórias* que *elevem os custos* dos concorrentes reais ou potenciais (*discriminação do preço de acesso* ou de outras condições), e/ou *aumentem as barreiras à entrada* (*vendas casadas e acordos de exclusividade*).

18

Slide 19

Mario Possas

Práticas discriminatórias

- Em geral são condutas, em *preços ou outras condições*, exercidas por empresas que detêm posição dominante, que implicam desvantagem não só a concorrentes, mas também à *concorrência*, caracterizando por isso violação da legislação antitruste. Elas podem se dar das seguintes formas:

19

Slide 20

Mario Possas

(i) Discriminação de preços voltados à *elevação dos custos dos rivais* em mercado relacionado verticalmente (normalmente *downstream*);

(ii) Recusa de venda, venda casada e acordos de exclusividade, relacionados à restrição de acesso de concorrentes ao insumo essencial.

Na maioria desses casos se aplica a chamada “*doutrina das instalações essenciais*” (*essential facilities*), que recomenda a fixação pelo regulador de regras de *acesso* ou *compartilhamento* de infra-estruturas essenciais não duplicáveis, exceto a custos proibitivos.

20

Slide 21

Mário Possas

Conclusão

É importante enfatizar a necessidade da integração - conceitual, institucional, operacional - de aspectos de *defesa da concorrência* com aspectos de *regulação* nas atividades sujeitas a esta, especialmente quando ocorre *transição* de monopólios regulados (ou estatais) para a concorrência oligopolista.

Afinal, a *regulação*, tal como a defesa da concorrência, é uma forma de intervenção nos mercados destinada a incrementar o nível da *eficiência social* resultante da operação dos mercados.

21

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Muito obrigado, Professor Mário Possas, como sempre extremamente organizado, trazendo ao mesmo tempo uma síntese, sem deixar de atacar alguns problemas, ou pelo menos, suscitar aqueles problemas que mereçam uma reflexão de maior profundidade na análise. Seguindo, então, o painel desta manhã, passo a palavra ao Dr. Cleveland Prates Teixeira, Coordenador Geral dos Órgãos de Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico, que nos dará a visão do Ministério da Fazenda sobre o tema. Ao final, passaremos aos debates com o público presente. Com a palavra, Dr. Cleveland.

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Bom dia a todos. Eu queria, em primeiro lugar, agradecer a oportunidade de estar mais uma vez aqui. Imagino que seja um sinal de que a minha participação no ano passado não deve ter sido tão ruim assim. Agradeço ao Prof. Poças pela aula muito clara de como, basicamente, tratar questões regu-

latórias de concorrência. Vou apresentar um parecer que a SEAE deu há um ano e refere-se, especificamente, a um caso de verticalização no setor de telefonia.

Neste caso tratava-se de empresa de telefonia que estava adquirindo empresa de provimento de acesso à Internet. O que há de interessante neste caso? Primeiro, envolve mercado regulado, no caso mercado regulado de telecomunicações. Apesar da empresa alvo da aquisição ser um mercado não regulado, o efeito podia ser gerado a partir do mercado regulado. Segundo, envolve um mercado que, à época, estava em desenvolvimento, o mercado de Internet, aqui gostaria de deixar bem claro o quão importante é nós nos aperfeiçoarmos no entendimento desses mercados, falo tanto de Governo quanto do setor privado. Precisamos ter um cuidado especial com estes mercados que são mercados muito recentes que não temos certeza exatamente para onde caminham. O terceiro ponto de especificidade é o grau de dificuldade que tivemos para obter dados. Não em função da má vontade da empresa, mas pelo fato de se tratar de um mercado novo, um mercado recente, o que gerou certa dificuldade na obtenção de dados, e teve implicações sobre a nossa análise. Quarto, vocês irão observar que a decisão que nós sugerimos é uma decisão que levou em consideração todas as possibilidades futuras desse mercado. Tentou-se, o máximo possível, evitar discriminações, como foi citado pelo Professor Poças, ao mesmo tempo, procurando deixar uma brecha para que o mercado funcionasse da forma mais adequada possível no sentido concorrencial. Há um quadrinho no qual, rapidamente, tento esboçar o que acontecia.

Há quatro níveis aqui. O primeiro nível seria de fornecimento de infra-estrutura de acesso à Internet que se refere, basicamente, a telefônicas e empresas de telefonia. No segundo nível, estão as empresas que adquirem a infra-estrutura de fornecimento de acesso à Internet e repassam para o nível três que responde pelo provimento de acesso à internet. O provimento de acesso, que estou falando, são empresas como Terra, Uol e outras. Por último vem o consumidor final. A estrutura desse mercado estava assim delineada quando começamos a análise.

Eu gostaria de ressaltar que este é um parecer dado a um ano atrás e o resultado que nós propusemos, não necessariamente, vai ser o mesmo a ser proposto pela SDE e pelo CADE. Inclusive em face das mudanças que puderam ter acontecido nesse período. A empresa adquirida foi a Nutec que passou a se chamar Terra.

As áreas e segmentos de atuação da empresa eram provimento de acesso a internet via discada e via dedicada, quero dizer, provimento via corporações a empresas e hospedagem de páginas, bem como criação de páginas virtuais. Também, comercialização do espaço virtual e comércio eletrônico.

A telefônica a empresa que fornecia infra-estrutura de telefonia de acesso à internet era a adquirente. Sobre a definição de mercado, dada a verticalização da estrutura que falei inicialmente, procuramos identificar qual era o mercado que fornecia o insumo, o mercado *upstream* e o mercado que adquiriria esse insumo, o mercado *downstream*. Basicamente, a análise focou-se nestes dois mercados: o fornecimento de infra-estrutura e a aquisição dessa infra-estrutura. Analisamos a relação vertical e no momento de definir o mercado de produtos procuramos entender um pouco melhor como tudo funcionava. Foi um longo aprendizado e eu confesso que tivemos várias dúvidas como, o tipo de mercado de que estávamos tratando; se havia diferença entre consumidores do mercado de provimento discado e dedicado; também diferenças de preços e de ofertas. Várias dúvidas surgiram nesse processo e diante de todas as condições observadas concluímos que a melhor forma seria segmentar os mercados para análise.

Analisamos o mercado geográfico e observamos que os preços acabavam sendo preços nacionais, apenas com um pequeno detalhe, o consumidor poderia pagar o preço da assinatura nacional em qualquer lugar, entretanto haveria um fator a mais na conta do consumidor, ele pagaria o pulso. Explicando melhor, se um consumidor estivesse em São Paulo e optasse por um provedor fora de São Paulo, pagaria o interurbano encarecendo muito o custo de sua aquisição. Assim, a busca do consumidor acabava se dando na própria cidade, o que teria aplicação direta sobre a análise porque o consumidor ao usar o serviço no próprio mercado conferia contornos de um mercado local a esse serviço. Logo, chegou-se à conclusão de que haveria uma verticalização que exigiria um verdadeiro exercício teórico na implementação de sua análise. Buscamos na literatura econômica e qual não foi a minha surpresa ao perceber que embora se aproveite da lógica econômica, a dificuldade de obtenção de dados é tão grande que se tende a fazer uma análise muito mais qualitativa que econômica.

A experiência antitruste mostra que a verticalização apenas causa problemas quando em pelo menos em um dos mercados existe uma forte concentração. No nosso caso, tratava-se de empresa que estava adquirindo uma outra empresa fornecedora de infra-estrutura, basicamente, em São Paulo. O interessante é que a empresa adquirida atuava, além de em outras regiões, também em São Paulo. Logo a verticalização observada se concentrava no estado de São Paulo que foi fixado como foco da nossa análise.

Sobre possíveis efeitos anticompetitivos, a literatura destaca as *for closures* que é o fechamento de mercado. Tentamos fazer um novo exercício teórico aplicando a prática ao caso, de maneira que fizemos a análise da possibilidade de fechamento de mercado e da extensão de poder de mercado (no

fundo praticamente a mesma coisa porque se há condições de se fazer uma, também há condições de se fazer a outra). Ao estudar a literatura e observar a experiência internacional, percebemos que existem três condições básicas para que o fechamento de mercado gere problemas concorrenciais. O primeiro, que o grau de integração entre os dois mercados sob análise seja tão alto e tão forte que uma nova firma que queira entrar no mercado primário em questão tenha, ao mesmo, tempo que entrar no mercado secundário, o mercado onde se origina o problema. O segundo ponto, que a necessidade de entrada no mercado secundário torne a entrada no mercado primário mais difícil e menos provável de ocorrer no prazo inferior a dois anos. Idéia que retirei do Guia de Integrações não horizontais americana. Terceira, que as características vigentes do mercado primário indiquem condutas anticompetitivas. No mercado em análise verificavam-se as duas primeiras condições, logo, havia o risco da prática de condutas anti-competitivas nesse mercado.

No caso de São Paulo, haviam indícios de uma ampla oferta de infra-estrutura porque a Telesp poderia oferecer serviços a qualquer momento e não haveria maiores problemas, logo, se um provedor quisesse entrar em alguma cidade de São Paulo ele teria facilmente o acesso. Ainda, o fato de haver infra-estrutura suficiente para a disponibilidade da Telefônica, não necessariamente, geraria problemas anticoncorrenciais, entretanto, poderia criar situações que dificultassem a concorrência de outras empresas de provimento nesse mercado. Uma evidência que observamos foi que a América on Line, havia entrado naquele ano no mercado de provimento de acesso em São Paulo e em tese, não haveria maiores problemas. Mesmo assim, tivemos um pouco mais de cautela e procuramos verificar até que ponto isso era verdade e se haveria a possibilidade de que isso não se verificasse na prática.

Fizemos algumas qualificações dessas alegações. Primeira, ausência de confirmação desses dados. Segunda, não haveria a garantia de que a infraestrutura fosse afetada de forma equânime para todos os provedores. Por fim e mais relevante, a empresa concorrente teórica que poderia fornecer isso seria a Vésper, mas ao olharmos a estrutura da Vésper, no que toca sua capacidade e qualidade de serviço, vimos que não seria um competidor efetivo; quem mora em São Paulo conhece o grau de dificuldade ao se acessar a internet com a Vésper em comparação à linha telefônica. Por isso, a tecnologia não permitia, até aquele momento, que a Vésper pudesse fornecer serviços como uma alternativa telefônica.

Verificada a dúvida inicial, passamos a analisar a segunda condição: a probabilidade de entrada nos dois mercados em condições razoáveis. Muita dúvida surgiu pelas mais diversas razões. Primeiro pelo elevado capital requerido, uma empresa que vá se estabelecer no setor de provimento, em princípio, dificilmente se estabeleça no setor de telefonia, mesmo porque, não

se abre uma empresa de provimento e outra de telefonia. Segundo, a própria diferença de escalas mínimas de eficiências existentes entre o provedor e a telefonia, apontam indício de que é pouco provável o interesse de entrar nos dois mercados ao mesmo tempo. Terceiro, não se conseguiu observar nenhum exemplo, nem aqui e nem fora do país, que pudesse justificar a entrada simultânea e, o mais importante, falava-se da entrada no mercado de telefonia como acesso ao mercado de provimento.

Há, ainda, o aspecto regulatório. A lei geral de telecomunicações proibia até 2001 a entrada de novas empresas no setor de infra-estrutura, provando a dificuldade com que isso se realizava o que nos possibilitou entender melhor como se dava a competitividade no mercado de provimento de acesso à internet.

Dada a dificuldade de obtenção de dados, não por culpa da empresa, mas pelo fato de tratar-se de um mercado novo, em geral, no qual não existem dados disponíveis. Eu devo lembrar, ainda, que estávamos analisando 44 cidades no interior de São Paulo, além da capital. Então, pode-se imaginar a dificuldade que tivemos, não tínhamos uma idéia clara do que estava acontecendo e, em razão de tudo isso, optamos em prosseguir a análise e tentar entender um pouquinho mais como funcionava esse mercado.

Nós também levantamos a possibilidade de, eventualmente, haver um fechamento no mercado *upstream*. Vamos supor que uma operação desse tipo, em termos hipotético, pudesse criar uma dificuldade e, num dado momento, uma empresa quisesse se estabelecer no mercado de telefonia e não o conseguisse porque não teria para quem vender. Essa idéia pareceu meio absurda, mas valeu a pena trabalhar em cima da idéia como exercício teórico. Primeiro, a própria lei já determinava que não haveria possibilidade de entrada até 2001. Segundo, as empresas de provimento de acesso não eram, e ainda não são, a maior fonte de receita das empresas de telefonia que possuem vários outros recursos. Significando que qualquer empresa de telefonia, ante a possibilidade de entrar nesse mercado, não necessariamente, teria que buscar provedores para sustentar dito mercado visto que existiam outras possibilidades. Por isso, não se viu, nesse caso, nenhuma possibilidade de fechamento.

De novo, passamos a analisar a possibilidade da extensão do poder de monopólio de mercado que tem muito a ver com a possibilidade de discriminação de provedores, conforme levantado pelo professor Possas. A Telefônica poderia, eventualmente, estabelecer posições com relação às outras empresas que não a sua subsidiária que estava sendo adquirida, que possibilitaria oferecer condições desiguais, com preços e qualidades diferenciadas, além de uma série de outros fatores. Fomos à literatura econômica e concluímos que

dadas as especificidades que encontramos naquele mercado não havia certeza de que essa possibilidade existiria ou não.

A condição básica, até pela própria teoria econômica, diz que para que a empresa tivesse lucratividade ela teria que, estrategicamente, fornecer insumos em proporções variáveis. Durante todo tempo buscamos informações e dados que corroborassem com algumas hipóteses que considerávamos e, dado o grau de dificuldade, tentamos, ponto a ponto, passo a passo, obter uma alternativa razoável para o caso.

Ao fim, observamos que era possível que um provedor de acesso discado da internet pudesse utilizar em proporções variáveis o insumo, mas não havia garantia de qualidade de serviços prestados, não havendo, então, uma resposta que afirmasse a existência de um problema concorrencial. Também, sabia-se que a infra-estrutura telefônica era o principal insumo para o provedor de acesso à internet e a Telesp era a única fornecedora o que implicava na dificuldade de identificar a discriminação, não obstante, alguns fatos pudessem indicar outro caminho. Por exemplo, pessoas que, à época, destacaram a possibilidade de ausência de incentivos econômicos porque para a Telefônica havia interesse no maior número de provedores possíveis a ela associados, na medida que isso gerava mais receita e maior fonte de recursos para suas empresas. Também, a própria lei determinava um esquema de compensação que permitia às telefônicas terem um maior número de provedores a ela associados, recebendo compensações dos outros que não estivessem. O que sinalizava o interesse na existência de mais provedores associados, não discriminando provedores já associados.

Adicionalmente, constava na lei que haveria proibição de discriminação com relação ao fornecimento de infra-estrutura referente não só ao preço, mas também ao repasse de receitas. Ou seja, a Telefônica receberia mais recursos do provedor e em contra partida poderia repassar parte dessas receitas, uma forma paralela de dar um ganho para empresa subsidiária em detrimento a outra. O correspondente, a grosso modo, a uma estratégia de aumento de custo de rivais que nos levava à conclusão de que a própria lei dá margem à dupla interpretação. Quando ela foi feita, não havia essa interpretação, não havia a perspectiva de que isso pudesse acontecer e o nosso medo foi deixar aberta essa possibilidade. O mesmo efeito poderia gerar algumas questões positivas, poderia propiciar alguma vantagem nesse processo. O mercado, conforme se delineava, tornava-se suscetível à verticalização da concorrência.

Supondo que houvessem várias empresas de telefônicas e vários provedores, seja associação formal ou de contratos, poderia haver uma competição em cadeia dentro dessa própria estrutura o que deveria ser considerado na análise. Considerando-se, também, as mudanças regulatórias na Lei Geral de Telecomunicações que permitem que empresas passem a atuar em mercados

que não atuavam anteriormente. Através de pesquisas observamos que em mercado como a Austrália esta preocupação era menor porque o grau de competição existente no setor de telefonia era muito mais maduro.

No fundo, procurou-se entender quais os efeitos negativos e os efeitos positivos que poderiam surgir e, em face da dificuldade de obtenção de dados e falta de certeza que nós tivemos, restaram três alternativas. Primeiro, simplesmente desaprovar a operação o que não faria o mínimo sentido, havíamos observado o contraditório ao longo de toda a análise do processo e não tínhamos certeza de para onde caminhar. Segundo, propor a aprovação sem considerar a possibilidade de discriminação. Terceiro, esta foi a nossa decisão, sugerir a aprovação do ato com o compromisso de tratamento isonômico aos clientes do grupo telefônica, inclusive quanto ao compartilhamento de receita.

Entre todas as alternativas, essa foi a que nos pareceu mais aceitável visto que havia uma brecha na Lei Geral de Telecomunicações. Como não sabíamos como o mercado se comportaria não quisemos intervir, mas ao mesmo tempo não queríamos favorecer um cenário propício à discriminação. Logo optamos pela sugestão de um prazo determinado, que seria de três anos, a fim de contemplar possíveis mudanças regulatórias e de mercado, tanto de telecomunicações como de provimento de acesso. Também sugerimos a publicação desta decisão em âmbito nacional o que se justifica face de cláusula de compromisso que tem um custo de monitoramento e quem pode monitorar melhor que a própria autoridade são os próprios interessados, com um custo menor para a autoridade. Essa foi a nossa opção para aquele momento.

Para finalizar, observamos ao longo desse processo que as mudanças regulatórias, não propriamente regulatórias, mas a permissão da lei para que novas empresas entrem no mercado tem grandes implicações. Sabemos que a Anatel está estudando a possibilidade de que no futuro seja feito o acesso do consumidor a outras regiões sem que paguem ao contrário do que existe hoje. Isto, de certa forma ampliaria o mercado relevante que a havíamos definido, gerando alterações na análise. Também, não se pode ignorar a tendência à convergência tecnológica que não sabemos com exatidão qual o resultado. Por último, observamos um aumento no grau de concentração, algo que não é necessariamente ruim e que acarretaria um aumento de ganhos de escalas em vários setores.

Tudo isso considerado, optamos por um tratamento mais conservador, evitando a intervenção desnecessária e ao mesmo tempo abrindo espaço para que as condições de mercado arranjem uma solução. Muito obrigado e desculpe pelo tempo.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

A exposição do Dr. Cleveland Teixeira nos traz duas conclusões. Primeiro, o grupo de trabalho que estudou a formatação deste seminário, estava corretíssimo quando inovou trazendo o estudo de casos para ilustrar e trazer o tema à realidade. É algo que tínhamos receio de mostrar no auditório, considerando o desafio de uma grande exposição, mas isso veio confirmar o acerto da inovação. De outro lado veio também demonstrar a importância da participação da SEAE, do ponto de vista antitruste, nas questões levadas ao CADE. Há uma tendência à supressão da instrução dos órgãos SEAE e SDE, até com previsão legal em alguns setores. Acho que isso não deve realmente acontecer. Só pela exposição desse caso nós chegamos à essa conclusão do qual fundamental é a análise do ponto de vista antitruste. Já que nos órgãos regulatórios a instrução que se fará, jamais será tão perfeita e tão profunda dentro para uma perfeita decisão final do CADE.

então, eu pediria apenas que as questões fossem bastante diretas sem muitas argumentações já colocadas, de modo que pudéssemos atender a maior parte das pessoas. hoje eu vou inverter a ordem, em geral sempre se chama os da frente. Eu, ao contrário, vou para o fundo. Há alguém que tenha questões a levantar.

EUGÊNIO DA COSTA E SILVA

Eu gostaria de fazer uma ponderação ou duas, bastante objetivas, com relação à apresentação especificamente do Cleveland, no que concerne alguns aspectos materiais que são de bastante relevância na avaliação do caso nesse momento. Antes da consideração, quero registrar com ênfase ao trabalho bastante detalhado, profissional, bem feito e muito cuidadoso e coordenado pelo coordenador Cleveland no caso presente.

Tem algumas informações que acho válidas para a audiência e para que os demais interessados tenham um preciso conhecimento do caso. Em primeiro lugar, vale recordar que esse é um típico caso de novo entrante, ou seja, o grupo Telefônica atuava no país através de prestação de serviços de telecomunicações, serviço móvel celular e serviço telefônico fixo comutado mas, não atuava na área de serviço de provimento à internet, não atuava na área de provimento de conteúdo, de *web hosting*, *web design*, etc. Ou seja, trata-se de um caso clássico de novo entrante, apesar de identificado de maneira muito prudente a integração vertical resultante dessa transação no estado de São Paulo. O que é curioso neste caso, tratava-se de um caso de novo entrante num mercado que estava em plena fase de consolidação naquele mo-

mento de 1999. O braço interativo do grupo Telefônica, decidiu a consolidar posições no mercado através da aquisição de seus franqueados a á aquisição de algumas bases de clientes.

A equipe do Cleveland trabalhou bastante nessa área, mas ocorreu algo curioso a que nós atuantes no sistema devemos ficar bastante atentos. Posteriormente, a Terra adquiriu uma série de clientes, em torno de 40 franqueados, tendo realizado num período de dois anos cerca de 68 operações no mercado de internet. Aquisições de ativos operacionais, de base de dados, etc. atos que foram todos aprovados sem restrições, atos que posteriores ao ato de novo entrante.

Eu não sei pelo ponto de vista econômico, mas acho que sob o ponto de vista estrutural e da competência pertinente ao sistema nesse momento, existe no mínimo uma dificuldade de avaliação concreta desse caso, tendo em vista que atos posteriores da consolidação de mercado ocorreram e vieram a ser aprovados sem qualquer restrições pelo sistema. O ato do novo entrante continua sem ter a sua análise por parte do CADE. No mínimo me parece que perdeu objeto esse caso. Até porque os efeitos econômicos não podem mais ser verificados, já que houve uma modificação estrutural bastante relevante no mercado de bens e serviços de provimento de acesso á internet. Apenas uma conclusão bastante objetiva, Magalhães, em relação a uma posição do Cleveland. Ele afirma que a infra-estrutura de telecomunicações seria ofertada de forma equânime para todos os provedores de acesso. Essa é uma afirmação que pode ser válida sob o ponto de vista da análise estrutural da situação, mas deve ser muito cuidadosa porque trata de um mercado altamente regulado.

A Anatel tem regras e obrigações extremamente rígidas perante à Telefônica e perante ao seu contrato de concessão, aplicando punições certamente muito graves e ela tem a obrigação de oferecer tratamento isonômico á todos os seus clientes. Eram essas as minhas observações. Obrigado.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Pelo visto o Dr. Eugênio é o advogado do caso e fez aqui uma sustentação oral do ato de concentração. Infelizmente tem sido norma do IBRAC, desde a sua fundação, não trazer casos antes do julgamento final. Realmente, foi uma exceção, o caso já foi esgotado, mas ainda não foi julgado. Então teríamos que permitir essa sustentação para beneficiar o outro lado. Feito esse registro, que foi uma exceção, até hoje nós nunca fizemos isso, vamos para as perguntas do público.

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Eu queria fazer um comentário, não mais que um minuto. Em primeiro lugar, na SEAE é feita uma diferenciação entre entrantes. Considera-se a palavra entrante, um entrante no país e a Telefônica estava no país como fornecedora de infra-estrutura. Por isso, nós optamos por fazer uma análise de verticalização mesmo. Esse é o primeiro parênteses. Segundo, você tem razão no seguinte sentido Eugênio: vários casos que ao nosso ver não eram nem atos de concentração.

Para se ter uma idéia, recebemos especificamente do caso da Lutec, por volta de uns 58 casos, eu não agüentava mais olhar para aqueles processos entrando na minha frente. Antes eram casos relativamente simples e de baixa participação que a gente conseguia identificar desde logo. Agora, especificamente no caso da verticalização é um pouco mais complicado o que demanda maior tempo de análise. Para finalizar, acrescento que a empresa de provimento adquiriu outras empresas de provimento. O que independentemente do fato da verticalização, mesmo porque uma operação não dependia da outra para que fosse aprovada.

Então, supondo que a Lutec continuasse comprando outras empresas de provimento, isso não tem a ver diretamente com o fato da Telefônica comprar a Lutec. *E por fim, com relação à garantia, não ficou mais claro a questão de compartilhamento de receita.* O texto diz exatamente que: determina que os meios de rede pública de telecomunicações deverão ser providos sem discriminação a todos os provedores e serviços de conexão à Internet. A nossa dúvida, e era uma dúvida por não sermos advogados, é de que isso pudesse ser lido de outra forma, inclusive dando margem à possibilidade de compartilhamento de receita. Eu não tenho segurança, afirmo isto publicamente, que o compartilhamento de receita é uma coisa necessariamente ruim. Isso vai depender das condições do mercado e do grau de competição que possa existir no mercado de telefonia, no que toca os efeitos pró-competitivos, em face do compartilhamento de receita. Desculpe pelo tempo.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Eu sei que o Dr. Eugênio deve estar tentando uma replica da tréplica, mas como bom advogado que é, vamos terminar a questão por aqui.

ARI SOLON

As análises dos casos práticos não deixam de suscitar problemas teóricos. Nesse caso foi mencionado, temos como repercussão no âmbito teórico, temas que eu dirigiria ao Dr. Pfeiffer. Questionamos em que medida existem coisas julgadas administrativa que poderiam induzir a uma medida de outro órgão? Em que medida haveria uma hierarquia normativa, uma hierarquia administrativa dentro os órgãos do sistema de defesa da concorrência? O Dr. Pfeiffer mencionou o caso Banco Central. Será que esses temas também não se colocariam como coisas julgadas administrativa e a questão da hierarquia administrativa dos órgãos dentro da estrutura do poder executivo?

ROBERTO PFEIFFER

Se eu bem entendi a pergunta, a questão da coisa julgada se daria em função de regulações efetivadas?

ARI SOLON

Por exemplo o parecer dado pela Advocacia Geral da União.

ROBERTO PFEIFFER

Na realidade, com relação ao parecer da Advocacia Geral da União, vejo a necessidade de uma interpretação conforme à Constituição, artigo 40, parágrafo 3º, que se eu não me engano, trata da Advocacia Geral da União. Essa aplicação do ato interpretativo se daria através de norma das prescrições condicionais.

Sabemos que há um tratamento diferenciado dado pela Constituição Federal em relação às autarquia e em face dos entes da Administração Direta da União. Ou seja, a autarquia necessariamente tem que ser criada e extinta por lei, mais que isso, é estabelecida com finalidades prescritas em lei. Há um concurso de vontades entre o poder executivo que remete ao congresso a criação dessa autarquia e o poder legislativo, ela tem uma independência maior que os outros entes da administração direta, dada a sua criação por força do poder legislativo. Esta é uma primeira questão.

Obviamente, eu não defendo uma independência completa em desacordo com a doutrina de criação de autarquias, porém essa mesma doutrina diz que, administrativamente nas suas atividades meios, caso de licitações e

normas relativas ao pessoal, por exemplo, ela está vinculada à chefia imediata do Poder Executivo e ao Chefe do Poder Executivo respectivo, detendo, portanto, na sua atividade uma relativa autonomia. Para o CADE este conceito é bastante claro.

O artigo 50 da lei 8.884, é claro ao estabelecer que as decisões do CADE não podem ser revistas no âmbito do poder executivo. Eu defendo ainda, que posteriormente à tomada da decisão, ela não só não pode ser revista, como também não pode ser condicionada. Logo, se o CADE na sua atividade fim, ou seja aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ou decisão sobre competência, que são decisões sobre aplicação de normas de defesa da concorrência, não cabe revisão da decisão. Se ela não pode ser revista, ela não pode ser condicionada. É uma matéria polêmica e eu tenho essa visão específica, por isso tenho tentado fugir desse tema.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Eu digo mais, a questão vai ficar mais preocupante ainda se o CADE, ou melhor, se o sistema todo for transformado numa Agência na mesma hierarquia das agências reguladoras, ainda que seja aperfeiçoada essa enorme área cinzenta que existe entre as atribuições e competências. A transformação em uma Agência, vai ser um problema muito sério para a aplicação da legislação antitruste no Brasil, no que diz respeito aos setores regulamentados. É uma questão problemática e realmente precisa ser muito bem elaborada na nova legislação para que realmente haja uma harmonização para tanto.

Bom, não havendo mais perguntas do público vamos para o intervalo de dez minutos, para que voltemos a tempo do segundo painel de hoje. Obrigado.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Vamos iniciar nosso segundo painel desta manhã. Aviso aos senhores que estamos premidos pelo tempo e como sempre começamos um pouco atrasados e não podemos sacrificar os painéis da tarde que são de muita importância. Ainda temos um evento social turístico para oferecer aos nossos convidados: uma visita às Cataratas de Iguaçu, programada para às quatro horas. Então. Por isso temos realmente que fazer com que esse painel se desenrole mais rapidamente possível. Chamo para a mesa a Dra. Elizabeth Farina, senão a primeira, a segunda economista que apareceu no nosso instituto, trazendo a visão completa, perfeita e didática, que como professora titular da

USP nos tem oferecido. Dra. Elizabeth Farina autora de inúmeros trabalhos tem também uma visão militante por força de inúmeros pareceres oferecidos nos casos mais importante e polêmicos que o CADE já julgou. Também o Dr. Marcelo Calliari, conhecido de todos. Advogado e economista, ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mestrado em Harvard, sócio do Tozzini e Freire na área de concorrência, participou quando membro do CADE, além dos julgamentos mais importante que lá tiveram, de inúmeras comissões representando o CADE na Organização Mundial do Comércio, Mercosul, Alca, realmente contribuindo para o CADE nessas participações em que trouxe os subsídios de fora para cá. Também o Dr. Túlio Coelho, advogado militante em Brasília, tendo presidiu recentemente a Comissão da OAB, onde grandemente contribuiu para o projeto que aqui está. O resultado foi a acolhida de todos esses pontos e a contribuição para o enorme progresso do anteprojeto de criação da Agência. Creio que o papel da OAB, nesse ponto capitaneado pelo Dr. Túlio Egito Coelho, já diz tudo sobre o nosso palestrante que irá apresentar um caso concreto. Devo dizer também, que é representante do escritório Trench, Rossi & Watanabe/Backer & Macenzie um dos maiores escritórios com grande especialização. Atuamos juntos em alguns casos, em outros estivemos opostos, mas é um colega de grande respeito e com grande experiência na matéria.

Composta a mesa, faço algumas considerações iniciais. Existe uma tendência geral e hegemônica, até da comunidade antitruste, de dar mais valor às análises de relações horizontais que as verticais. Entretanto, nos últimos tempos, toma cada vez mais relevo a análise das práticas verticais que afetam mais diretamente os consumidores. É difícil falar, mas pelo menos em relação aos preços os reflexos são imediatos. Nos processos de conduta que visam proibir as práticas verticais, vemos que grande parte deles tem suscitado inúmeras análises, questões e decisões que realmente tomam grande relevo. No dia a dia das empresas, realmente as relações verticais são muito mais importantes, porque ali ocorrem todas as práticas do departamento comercial da empresa, do departamento de compras de insumos e tudo o mais.

Por exemplo, os acordos de exclusividade de distribuição ou exclusividade em compras, a fixação de preços de revenda, as divisões territoriais para revendedores, as divisões por clientela, as vendas casadas, a recusa de vendas, a discriminação de preços, são temas da maior importância no dia a dia. Eu tive a idéia deste painel de hoje, porque realmente precisamos trazer a discussão antitruste para o dia a dia das empresas e não cuidar, apenas, daqueles atos de concentração horizontais e das linhas verticais. Porque o problema das restrições verticais se operam em dezenas de atos do dia a dia dos agentes

econômicos, nem sempre tomado em consideração o aspecto antitruste. Passarei a palavra para a palestrante, Dr. Elizabeth Farina.

ELIZABETH FARINA

Bom dia, agradeço da mesma maneira que outros palestrantes que me antecederam o fizeram, a presença de todos e o controle do ímpeto de conhecer Itaipu, as Cataratas, aproveitar o sol que está lá fora. Bom, foi me dada a missão de discutir restrições verticais e, é claro que, vou fazer algumas considerações de ordem econômica.

Vamos para o 2º módulo de restrições verticais, já que o 1º se concentrou 80% em restrições verticais e vocês verão que grande parte do que a gente vai dizer, provavelmente ficou comprometido e não preciso mais dizer. Eu comentei com algumas pessoas que eu viria aqui fazer uma palestra sobre restrições verticais, notem bem que não estou falando de interação vertical, estou falando de restrições verticais, que me falaram: mas tem algum problema de restrição vertical em nível de concorrência?

Na linha do que o Magalhães estava nos colocando antes, pergunto: Qual a relevância desse tema para um seminário de defesa da concorrência, não está tudo resolvido? Será que realmente a visão de que essa é uma busca de eficiência nos contratos verticais, qual é o problema de concorrência que existe nisso? O que me motivou a gastar um tempo para se pensar sobre isso. Eu gostaria de começar esta exposição com um tema bastante relevante. Eu poderia mudar um pouco, fora desses setores, numa situação que não envolva setores regulados. Segundo, alguns motivos para restrições verticais, alguns instrumentos para restrições verticais. E Afinal, quais são os problemas de concorrência, quais seriam os possíveis critérios que nós poderíamos eleger para analisar então essas restrições verticais?

Sobre a relevância, nós estamos vivendo um momento muito importante de mudanças nos padrões de concorrência dos vários setores não de todos, mas de vários que tem levado à necessidade da coordenação vertical dos sistemas produtivos. Estou dizendo que mesmo os setores que tradicionalmente negociam *comodities*, como *comodities* agrícolas, soja e café, por exemplo. Hoje se tem uma tendência de discutir atributos específicos físicos dos produtos que estão sendo comercializados. Então, soja não é mais soja, é soja com um conteúdo específico de óleo, proteína e etc. Mais do que isso, eu tenho que garantir alguns atributos de qualidade desse produto, de sanidade e segurança do alimento em mercados internacionais e crescentemente no nacional, até por conta do desenvolvimento das legislações de defesa do consumidor, o que significa que quem está lá na ponta comercializando o produto tem que garan-

tir a rastreabilidade do produto por toda a cadeia produtiva, seja porque ele quer oferecer produtos de qualidade diferenciadas, seja porque ele quer se eximir de um problema de responsabilidade se alguma contaminação vier a ocorrer. Como foi o problema da dioxina na Coca Cola na Bélgica, como foi o problema da vaca louca e como outros tantos problemas em redes de *fast food* em que o consumidor pode ter alguma contaminação. Então, a questão de se coordenar a cadeia produtiva, passa a ser da maior importância, como o Magalhães disse no dia a dia das empresas. Isso faz com que, de um visão muito focada em preço, eu passe a competir por outros atributos. O preço sempre vai ser um atributo importante, mas cada vez mais outros atributos são importante e isso tem uma consequência em relação à minha necessidade de coordenação vertical.

Além disso, existe as restrições verticais que estão no nosso dia a dia. Desde a alface que o McDonald's coloca no seu hambúrguer, até setores como os que estão atuando em tecnologia da comunicação. Vamos desde as franquias de fast food, eu costumo definir o hambúrguer do Mc Donald's como uma rede de contratos, o que é muito bom para quem faz regimes porque perde totalmente a graça você morder uma rede de contratos. Nós estamos falando de uma rede de contratos para frente entre franqueadores e franqueados e um conjunto de redes de contrato para trás que tem a ver com a especificação do que o produto te que ter, de quem eu posso comprar, quem é o fornecedor de pão. Todo mundo tem nome, sobre nome, endereço e CGC. Então, nós estamos falando de um mundo de que desde o nosso alimento, nossos sanduichezinhos simples, até a Microsoft com toda a sua sofisticação exposta, tem a ver com relações verticais.

Nós estamos num mundo de restrições verticais, de coordenação vertical que não, necessariamente, usa o mercado com o seu sistema de preços muito barato, democrático, difundido para relações muito mais pessoais. Eu acho que é nesse momento que se cria uma dificuldade para você entender os casos em que eu envolvo problemas de concorrência e problemas contratuais entre compradores e vendedores que não necessariamente envolve problemas de concorrência, quem poder gerar enormes problemas contratuais por conta dessa disseminação das práticas de coordenação vertical.

Além disso, tem havido um aumento na complexidade dessas relações. Quando comecei dar aula de microeconomia na USP, já faz muito tempo, era relativamente simples definir o que era uma firma, isso na visão de um economista e não na visão de um jurista. Eu dava exemplo de uma linha de montagem, hoje a linha de montagem é um condomínio industrial. Qual é o conceito de firma? Quem é a Volkswagem de Resende? Quem tem firmas dentro da sua cadeia produtiva, dentro da mesma planta, dentro do mesmo

local geográfico. Então, essa complexidade de relações verticais cresce, substitui de alguma maneira o que a gente tradicionalmente enxergava como transações de mercado nessa cadeia produtiva e isso tem que ser incluído nas análises de concorrência. Porque cada vez menos a gente tem aquele mercado clássico, onde eu vou ao mercado e faço uma compra de um produto padronizado ao preço do dia. Mesmo em mercado, e isso eu posso dizer porque eu trabalho muito com mercados de produtos agro- industriais, mesmo em mercados *comodities* com cotações de bolsa, de áreas ou horárias, cresce o uso dessa cotação apenas como uma referência e vários prêmios que tem a ver com atributos específicos do que eu quero desenvolver. Cresce a participação da exigência de um terceiro certificador.

Isso significa que o mercado que era o mercado de *comodities*, virou um monte de mercados muito mais restritos. É o mercado de soja sem componentes geneticamente modificados, é o mercado de soja orgânico, é o mercado de soja produzido em condições que não agridam o meio ambiente. Nós estamos falando de uma segmentação dos mercados que no qual vamos pensar muito sobre os problemas de concorrência que advirão daí e são antecidos pelos problemas de oportunismo contratual, de ruptura contratual, unilateral e não necessariamente tem problemas de concorrência.

O que dificultam tremendamente a vida da gente, quando a gente tem que explicar para uma empresa que fala que quer ir ao CADE e eu respondo que isso não é um problema de concorrência que a empresa está exercendo o poder econômico sobre a sua empresa e explico que é uma relação entre você, seu comprador e seu fornecedor. Claro que não é óbvio mesmo, existe uma área cinzenta que vai dar muito trabalho para criar critérios de análise.

Ainda relevante, houve uma mudança no tempo de visão das questões de relações verticais. De uma visão muito persecutória sobre vendas casadas, sobre áreas de exclusividade em contratos para uma visão de que isso tem a ver com busca de eficiência. Eu acho esta frase do Ronald Coase, prêmio Nobel em economia em 1991, muito instrutiva. Num artigo em que ele publica sobre a proposta de pesquisa para organização industrial e em 1972 e discute relações verticais, dentro outras, ele diz que tudo que um economista não entende e a maior parte que acontece no mundo dos negócios o economista não entende, ele fala que é a busca do poder de monopólio. O que o Ronald Coase, estava nos convidando a pensar, sobre a natureza das relações verticais e horizontais que não são suficientemente bem desenvolvidas por meio do sistema clássico de preços e que haveria necessidade de uma coordenação mais fina. É isso que ele está nos convidando a pensar nas relações de eficiência.

Eu trouxe também, Sheila Antonie, que vai dizer que as relações verticais podem apresentar ameaças, tanto ou maiores de que os casos de relações horizontais, como estava dizendo o Magalhães antes, são extremamente interessantes do ponto de vista intelectual e do ponto de vista de concorrência. Ela é conselheira do Federal Trade Commission e essa é uma exposição que ela fez no ano de 2000. Ou seja, nós temos um campo muito fértil para essa discussão. Será que nós entendemos os contratos e essas restrições verticais quando eles colocam problemas de concorrência ou não. Um quadro oferecido por Oliver Willian em 1975, colabora para o entendimento desta discussão. No que ele denomina mapa cognitivo dos contratos verticais, ele traz a idéia que: *existe uma vertente de entendimento desses contratos verticais que trata da busca da exploração do poder de monopólio por meio do controle vertical. Outra delas vai em direção ao consumidor e tem a ver com a alavancagem do poder de monopólio de um segmento para outro segmento à frente.*

Então eu posso ser monopolista na fabricação de um produto, mas eu tenho que ter o controle sobre a distribuição deste produto para que efetivamente o poder de monopólio venha se concretizar. Eu alavanco o poder de monopólio que eu tenho, fazendo uma restrição vertical para frente ou então, eu fabricante, permito a discriminação de preços, preciso ter o controle sobre a prática de preço e divisão de mercados que tem a ver com a busca de poder de monopólio. De outro lado, eu posso estar olhando os rivais, algo já colocado pelo Possas, mas na criação de barreiras de entrada para novos rivais, à medida que se pode controlar o sistema, por exemplo, de distribuição ou de fornecimento de insumos, pela exigência de exclusividade de fornecimento. Ou usando outras estratégias do tipo elevar os custos dos rivais, criar barreiras de outras naturezas. Eu acho que basicamente aumento de custos e barreiras são estratégias que visam reduzir a concorrência e a pressão competitiva.

Então, o Willian diz, olha *este é o mundo da economia tradicional, da microeconomia e da organização industrial*. Seguindo a tradição do Cose, se não se tem um contrato busca-se, sempre, uma explicação de poder de monopólio. No entanto, existe um lado de eficiência desses contratos, que não podem ser esquecidos e que tem a ver com a necessidade de se dar incentivos ou controlar custos de transação na relação vertical. Isto é, de eu governar as transações ou dar incentivos corretos aos meus distribuidores, ou há um fabricante que irá usar o meu produto. São estratégias verticais que tem a ver com a possibilidade de um comportamento oportunista, de alguém controla um insumo importante, projetando efeito sobre o produto que está mais à frente. Tem a ver com a minha impossibilidade de monitorar tudo que faz um distribuidor, ou um segundo fabricante e pode agir de maneira oportunista em relação a esse fabricante.

Caso se vá para áreas simples de Mc Donald's, que não tem nada de simples. Como é que se vai controlar mundialmente as centenas de milhares de lojas, para manter a reputação e o valor que tem o Mc Donald's, que tem o "M". Toda reputação que tem o "M" do Ms Donald's tem a ver com uma padronização de produtos, que depende desde o serviço de limpeza do banheiro, até a variedade de alface iceberg que se está usando lá trás. Como é que se vai controlar o uso da água na alface para não provocar uma contaminação da qual o sujeito pode ser responsabilizado lá na ponta. Não é só o problema da responsabilização, também tem o problema da reputação que tem um valor maior do que qualquer indenização que se possa pagar para um consumidor individual.

Não se pode observar todos os produtores que estão fabricando os produto que levam a marca e também não se pode controlar cada loja e como é que está sendo administrada. Tudo isto amarra a relação vertical com contratos de exclusividade, de exigências, de uso, de tecnologias, de manejo, de uniformidade. É a única maneira de se cercar de cuidados para evitar um problema de oportunismo que pode prejudicar não só o comerciante, McDonald's, como todos outros franqueados também. Porque se um dos franqueados resolve não tomar os cuidados adequados com a sua loja, consumidor não sabe que aquela loja é de um franqueado diferente da outra. A idéia é de que exista a necessidade de controle como meio de buscar a eficiência na redução de custos de transação.

Então poderiam me dizer: mas tudo o que você está exemplificando, não tem nada a ver com concorrência. Nós estamos falando de divisões territoriais, de controles de preços, de termos contratuais o que tem a ver com exclusividade de fornecimento que de fato, pode criar barreiras à entrada de fornecedores e novos entrantes. Quem tiver a curiosidade e não conhecer verá que este confronto entre eficiência e poder de monopólio está presente no caso Microsoft. Como garantir certos serviços, exposto que estou a custos de monitoramento de controle da rede. Por isso, minimizar custo de transação pode ser um motivo para a restrição vertical, especialmente num ambiente de elevada incerteza. Também se está sempre exposto ao oportunismo e os investimentos que a empresa está fazendo, sejam investimentos cujo valor dependa da realização da transação vertical, Porque assim, se expõe a um comportamento oportunista seja de distribuidor, meu comprador, ou fornecedor. Além disso a coordenação da qualidade e quantidade dos serviços podem também ser um motivo correlato com as eficiência na restrições verticais.

Essa discussão que na literatura gerou muitos trabalhos como, por exemplo, sobre a fixação de preços mínimos de revenda que tem a ver com a coordenação de serviços de qualidade quando existam externalidades, tanto verticais, quanto horizontais. Sobre o que eu estou falando? Sobre o investi-

mento em serviço para a venda de um produto quando o produto depende de vendedor que saiba prestar o serviço de acordo, quando ao comprar o produto, você pensar nesta rede de prestadora de serviço e comparar redes de prestação de serviços entre produtos.

Isso quer dizer que o fabricante depende muito do comportamento, do investimento que o seu distribuidor faz no serviço, no produto que ele comercializa. Se um fornecedor faz um tremendo investimento, em treinamento da mão de obra que vá explicar para o consumidor como aquele produto funciona, do tipo eletrônico, tem um bom show room. Se ele faz investimentos e outro não faz, ele terá que cobrar um preço maior pelo custo, em relação a quem não presta nenhum desses serviços. Só que eu, como consumidor, vou lá, aprendo tudo e depois vou na loja que não presta o serviço, mas tem um preço menor. Um preço que é o da manufatura mais o da distribuição. Isso significa, que eu gero uma externalidade horizontal entre os distribuidores que desestimula o investimento no serviço e na prestação desses serviços, que pode prejudicar a própria empresa que está vendendo esse produto.

Uma externalidade vertical também pode ser criada pela má prestação de serviço pelo distribuidor que impacta a reputação do fabricante. Nesses casos, será que não seria conveniente, como fabricante, colocar um preço mínimo de revenda de maneira que eu eliminasse a possibilidade de externalidade? Isso pode ser um instrumento. A pergunta é: não haveriam outros instrumentos, até mais eficientes do que simplesmente eu fixar um preço mínimo de revenda, do tipo de contratos que existem por aí, onde estabelecem uma cláusula dizendo que você tem que dar treinamento, tem que prestar esse serviço, caso contrário, você não será mais meu distribuidor. A questão trata de discutir sobre as alternativas contratuais às restrições a preços mínimos ou máximos de revenda para resolver problemas de externalidades nos serviços ajuzante, tanto verticais como horizontais.

No que pertine ao poder de monopólio, já se falou e entendeu o poder de monopólio como um bom motivo. Impedir a entrada de um concorrente é outro motivo que pode aparecer, seja porque se domina a redistribuição, seja porque se passa a controlar um insumo que seria de vital importância para quem quer entrar. Portanto, quando se coloca a restrição vertical de exclusividade de fornecimento, se dificulta a entrada de um novo *player*. Claro que é preciso ser grande para ter um impacto sobre a concorrência ou então, aumentar os custos de mudança custos de busca, considerando que a informação não é barata e nem disponível para todo mundo. Portanto, contratos de exclusividade de fornecimento ou de distribuição, muitas vezes aumentam o custo de busca para quem quer entrar ou para concorrentes que antes se abasteciam em um mercado livre e deixam de assim proceder porque houve um contrato de

exclusividade de fornecimento ou uma recusa de venda. Logo, aumentar os custos de mudança relacionados com a prestação de serviços, conexões e compatibilidades entre produtos pode aumentar o poder de monopólio, eliminar a possibilidade de entrada, por fim melhorando a posição de barganha porque, na medida em que se faz contratos de exclusividade, se possibilita o acesso a informações de fornecedores que permitirão uma melhor negociação o que pode melhorar a eficiência e aumentar o poder de monopólio. Aí está outro problema das restrições verticais.

A clareza analítica que aqui coloquei quando passada para os casos concretos, constata a existência de restrições verticais que, ainda que motivem a busca de eficiência, geram poder de monopólio. Então, é muito difícil discriminar *a priori* o motivo monopólio do motivo eficiência, nos casos concretos quando se entra nos mecanismos fixação de preço de revenda, exclusividade de compra e venda ou exclusividade territorial, vendas casadas, exigências de investimentos de custos irreversíveis ou irrecuperáveis (os chamados *sunk costs*, que podem aumentar os riscos de entrada, porque uma vez dentro do mercado, tem que se cobrir esses custos), a recusa de fornecimento e, no limite, a integração vertical. Vamos dizer que num contínuo de restrições verticais faz-se, no limite, a aquisição do fornecedor ou do distribuidor.

Esses mecanismos conhecidos podem ser objetivos tanto de eficiência quanto de poder de monopólio, justamente essa a dificuldade que na análise dos problemas de concorrência quando o assunto é restrições verticais. Esse quadro foi montado por Kei e é apresentado num texto republicado em 1997. Nesse quadro ele coloca vários instrumentos de restrição vertical, cláusulas específicas gerais, fixação de preço de revenda, exclusividade de negociação, de compra, de revenda ou de restrição territorial, venda casada e recusa de fornecimento. Os motivos que se seguem são: controlar a quantidade comercializada, controlar a qualidade do produto, quando efetivamente influenciada pela ação do distribuidor ou do fornecedor, controlar o oportunismo, segmentar o mercado, criar barreiras na entrada, exercer e estender o poder de monopólio. Aqui não é necessária uma discussão maior porque os casos são suficientes para mostrar os dois lados da mesma moeda.

As vendas casadas, por exemplo, da mesma maneira que criam barreiras à entrada e poder de monopólio, geram eficiência quando o uso de um produto depende de condições técnicas específicas da sua combinação com outros produtos. A questão de compatibilidades, de ganhar eficiência no uso daquele produto, é bom para o consumidor ou é bom para o cliente que vem à frente, ao mesmo tempo em que é um tremendo um incentivo ou um instrumento de poder de monopólio de um produto para um segundo. Como que se separa o motivo eficiência do motivo do monopólio ou o problema contratual, do problema de concorrência? Esses são grandes temas da restrição vertical.

Já foi falado, eu já estou finalizando, que uma pré condição para que tais problemas contratuais sejam um problema de concorrência, é a necessidade de algum nível de poder de monopólio em pelo menos um segmento da cadeia produtiva. Daí, porque os setores recentemente privatizados e regulados têm problemas de monopólio natural, ainda que de certa forma, seja um problema localizado dentro do sistema. É esse poder de monopólio, que permite a existência de problemas concorrenciais na restrição ou na integração vertical para trás ou para frente. Se não houver poder de monopólio em nenhum segmento, dificilmente haverá um problema de concorrência, embora possa haver um problema contratual e de assimetria de posições na barganha entre o comprador e o vendedor.

Portanto, é importantes seguir alguns critérios, além dos básico. Primeiro, a questão do padrão de concorrência, ou seja, identificar além do preço, quais são os que são levados ao mercado na disputa pelo consumidor ou pelo cliente.

Existe um texto bem recente do Richard (Chimalense), em que ele propõe no caso Microsoft, que o padrão de concorrência na área de tecnologia da informação é um padrão de concorrência dinâmico. Isto é, ontem começou a se travar uma discussão sobre eficiência alocativa, produtiva, dinâmica, etc. A idéia não é só uma questão de eficiência, mas uma questão da regra de disputa de mercado. Certamente a regra de disputa de mercado do McDonald's é diferente da Microsoft, é necessário entender isso para poder avaliar a importância e eventual problema que se possa gerar numa venda casada ou restrição seja de preço, seja de território ou seja de negociação, exclusividade de compra e venda. O Richard propõe no limite, a despreocupação com as restrições verticais em mercados de competição dinâmica onde a principal variável da concorrência é a inovação que nunca se sabe de onde vem, nem em que momento chega. Mesmo porque, elas são uma necessidade para que o avanço na inovação propiciando a vantagem competitiva.

Apenas fazendo um parênteses, ontem o Dr. Paulo de Tarso comentou sobre a incompatibilidade entre o homem cordial brasileiro e aquela força competitiva. Eu diria que não tem nada a ver com o homem cordial brasileiro. Eu diria que qualquer empresa que puder reduzir a concorrência vai tentar fazê-lo porque é a maneira de preservar os lucros. A definição de vantagem competitiva do Porter, todo empresário leu e quem faz MBA, certamente começa lendo Porter, é a busca do lucro econômico de uma vantagem competitiva, nada mais é do que uma maneira de se isolar da concorrência. Literalmente, quando se busca uma inovação, pretende produzir algo que ninguém é capacitado a oferecer, nem que seja por algum tempo. Por isso, na teoria eco-

nômica, é plenamente reconhecido como um dos instrumentos mais importantes para se preservar a vantagem competitiva e o lucro econômico.

Não está na tecnologia de prateleira, não está na tecnologia dominada que se possa a qualquer momento comprar, mas está no conhecimento tácito do uso das coisas que é o que não se pode copiar. Trata da busca pela redução da pressão competitiva, por exemplo, quando para ganhar o lucro econômico e a vantagem competitiva se barra a entrada de um rival, fazendo um investimento em tecnologia. O problema é saber quando isso é uma prática aceitável e quando não é.

De novo, nos casos concretos essas diferenças são muito sutis. Quando se atua de um lado como consultor e de outro lado como parecerista, em um caso de concorrência por exemplo, percebe-se a diferença. Faz-se a leitura de uma perspectiva diferente, levando em conta essa natureza da busca da diferença. Portanto, analisar padrões de concorrência é da maior importância para se entender a necessidade ou não das restrições verticais, assim como analisar em profundidade as características das transações que estão ocorrendo para identificar se existem problemas contratuais ou de concorrência. Falamos dos critérios, que eu já mencionei anteriormente, de ativos que são específicos à transações comerciais pré- estabelecidas, da presença de externalidades que é verdade num setor onde se depende fortemente do serviço, mas em outros setores não se depende nada do serviço e por isso, não tem porque de discutir externalidades nesse caso e da complexidade dessas transações. As estratégias empresariais dependem de um convencimento que eu chamo de coordenação, para que os fornecedores mandem uma matéria prima de acordo com aquilo que se quer produzir e oferecer para o consumidor, e para que distribuidores dancem a música conforme é tocada, mesmo porque ele pode destruir a reputação do comerciante. Existem condições para o exercício do poder de monopólio e esse é um elemento crucial, para se separar o problema comercial do problema de concorrência.

Por último se existem alternativas de relações contratuais para resolver o mesmo problemas de especificidade ativa, de externalidade, ou seja, o problema de um tomar carona no problema de outro, também de complexidade, monitoramento e controle de fornecedores e distribuidores. Estou falando aqui, do caso de fixação do preço de revenda, em que não posso substituir por outras exigências contratuais que não limitem a concorrência entre distribuidores, bem como a possibilidade de transferência para frente dos ganhos de eficiência nos segmentos ajuzante ou *downstream*, como se coloca. Então, eu vejo uma Seara linda, para falar a verdade é até um cartel sem graça perto das relações verticais, que são mais complexa e podem trazer problemas de concorrência mais graves que não devem ser ignorados nesse ambiente. Obrigada.

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

Dra. Elizabeth Farina, como sempre, nos apresentou uma aula magna sobre um tema da maior importância, nos mostrando as variáveis da riqueza da questão das restrições verticais. Eu acho, especialmente para aqueles que são advogados internos e assessores de executivos, que a riqueza de problemas que aparece no tema é muito importante. Tanto que nessa questão de restrições verticais, as empresas hoje estão organizadas, fazendo verdadeiros manuais de observância, como há muitos se anos prática nos Estados Unidos, para prever tais questões, problemas e avaliações que devam ser cumpridas. Vamos para a palestra seguinte, Do Dr. Marcelo Calliari.

MARCELO CALLIARI

Bom dia a todos, em primeiro lugar gostaria de agradecer ao IBRAC pelo convite. É o 5º seminário do qual participo e confesso que tenho uma relação pessoal com esse evento, na medida em que foi no 1º deles que assisti, que me encantei com a matéria e realmente comecei a me dedicar ao tema da concorrência. Como boa parte do meu trabalho já foi feito pelos que me precederam, acho que vou ser um pouco mais breve e tentar dar um enfoque diferente, concentrando a apresentação nos aspectos jurídicos e na evolução desse tema e terminando com alguns exemplo como ele tem sido visto no Brasil mais recentemente.

Apenas, para dar uma idéia, a estrutura do que pretendo apresentar, farei uma introdução muito breve, vou me valer das explicações dadas anteriormente, tanto pela professora Elizabeth Farina, quanto pelo professor Possas, falarei um pouco do histórico e evolução desse tema, como se chegou até o entendimento atual do tratamento jurídico no Brasil das restrições verticais, dando alguns exemplos de casos. Tentando, ao final, trazer um pouco das conclusões práticas do dia a dia das empresas, preocupação que o Dr. Magalhães colocou.

Começando a pesquisar o assunto, uma coisa que me chamou a atenção, foi a unanimidade das referências, a incerteza, a mudança no que se refere ao entendimento das relações verticais. A 1º fase, curiosamente, da mesma conselheira que a Dr. Elizabeth Farina citou, a Sheila Antonie, *diz que o tratamento antitruste das restrições e das fusões verticais vacilou muito ao longo dos anos, uma área flúida, controvertida direita* (uma referência a um texto da OMC, tratando de concorrência de restrições verticais, especifica-

mente). *E os princípios antitruste que regulam arranjos verticais, sofreram ajustes extraordinários nos últimos 30 anos.*

A gente vê, então eu volto a me valer do comentário da Dr. Elizabeth Farina, a diferença, por exemplo, em relação ao tema de cartéis em que nenhum autor diria uma coisa dessa. Há uma consistência ao longo do tempo no tratamento de cartéis, há um entendimento consolidado já de muito, o que não ocorre no caso de relações verticais. Na verdade houve uma inflexão dramática há algum tempo atrás, e nós vamos tratar desse assunto, ainda há muita coisa em elaboração no que se refere à esse entendimento. Curiosamente, em contraponto a essa fluidez, há incerteza no que se refere a opção e quais as conseqüências das restrições verticais, nós temos uma prática que afeta o comportamento cotidiano das empresas. Quer dizer, elas praticam relações verticais todos os dias, como o Dr. Magalhães havia colocado, faz parte do cotidiano do funcionamento de uma empresa ter relações com os fornecedores, com clientes. E tais decisões, de como conduzir essas práticas, são tomadas em função do que a legislação prevê e do que as autoridades entendem da legislação.

Então, é fundamental que esse entendimento seja elaborado e divulgado, visto que isso tem que orientar o comportamento das empresas, elas tem que saber se podem ou não fazer um contrato de exclusividade. Evidente que, como toda a matéria antitruste ela sempre vai ser aberta, mas com um direcionamento, com alguma orientação as empresas buscam sempre da autoridade. Então nós vamos tentar ver um pouco do que o CADE tem feito, isso mais para o final.

Primeiro, como eu disse, eu queria tratar um pouco do assunto de uma perspectiva ainda introdutória e depois histórica. Bom, toda a questão do que são relações verticais, já foi mais do que explorada aqui, nós estamos sempre falando da cadeia em vermelho e nessa matrizinha de atividades da atuação antitruste, por exemplo, nós estamos falando do quadradinho, à cima e à direita. Condutas verticais, quer dizer, nós não vamos tratar de concentrações nem horizontais e nem verticais, nós estamos falando daquele segmento específico, apenas para situar o nosso tema.

Então, entrando na questão histórica, como eu disse, o tratamento aquelas frases todas indicavam, sofreu uma mudança muito grande. O entendimento inicial dessa questão, isso já desde o começo dos primórdios do antitruste no Estados Unidos, na verdade o primeiro diploma convencional no mundo foi no Canadá um ano antes do americano, mas ninguém se recorda disso. Num primeiro momento, a discussão toda da própria adoção do *Sherman Act*, revela isso havia uma multiplicidade de objetivos que se buscava atingir com a legislação antitruste. Não era o que a gente pensa hoje da busca da eficiência e da proteção da concorrência. Havia uma preocupação muito

grande com proteção a pequenos competidores, e isso as minutas da discussão do congresso e muitas das decisões judiciais nas primeiras décadas revelam, de uma maneira muito clara, uma preocupação muito grande com pulverização do poder econômico, a preocupação com os trustes que motivou a criação da lei tinham um fundamento não só de poder econômico, na verdade de poder político. Preocupação de que o modo americano, de pequenos empreendedores, estava ameaçado com a criação desses grandes trustes, o que poderia até ameaçar a estrutura política da democracia americana.

A realização antitruste tem muito dessa questão na sua concepção inicial e na sua aplicação nas primeiras décadas. Isso levou uma aplicação pelo judiciário que levava em conta essa multiplicidade de objetivos com a consequência de que muitas ações não eram totalmente consistentes. Essa preocupação com pequenos competidores surgiu em muitas decisões, que inicialmente, viam as restrições verticais como limitações à liberdade desses pequenos competidores. Muitas vezes tinha-se um grande fabricante que impunha restrições a um pequeno distribuidor e a liberdade dele estava sendo vista como bem a ser tutelado. Por exemplo, aquele distribuidor não poderia mais definir o seu preço, ou a área em que ele compraria seu produto ou de quem ele compraria o seu produto. Isso era visto como uma restrição à concorrência e proibida. Na verdade, em muitos casos a Suprema Corte dos Estados Unidos, nas primeiras décadas do século XX, adotou o sistema de proibição *per se* para muitas dessas práticas.

Eu trago dois casos interessantes do *Doctor Mills*, é um caso americano de 1911 de preço de revenda de medicamento em que, curiosamente continua controlando esse caso até hoje. Fixação de preços de revenda continua sendo ilegal nos Estados Unidos, baseada nessa decisão de 1911, é uma exceção no caso de restrições verticais como nós vamos ver. E o caso (...) "Shwin", que é um caso de restrições territoriais da venda de bicicletas, que também decidiu que restrições territoriais eram ilegais *per se*. Quer dizer, não havia nenhuma justificativa possível para esse tipo de prática. Elas eram tidas como danosa, à medida que restringiam a liberdade do agente de atuar no mercado, de decidir como ele queria definir seus preços e com quem ele queria contratar.

Evidentemente todas as decisões tinham um impacto muito grande sobre como as empresas atuavam, que tipo de contatos elas poderiam estabelecer e como funcionava a economia em termos de relações contratuais. Na verdade a evolução poderia ser colocado como revolução, o que aconteceu a partir da década de 60, principalmente 70, é a disseminação do uso na análise econômica em diversos ramos do direito nos Estados Unidos, mas especificamente no nosso caso, na área antitruste, era a busca de compreender melhor as

práticas e tentar buscar quais são os efeitos que ela efetivamente produz para a economia. Não mais aquela proibição *per se*, isso restringe a concorrência, à medida que restringe a liberdade daquele agente de competir com outros distribuidores daquele produto, e sim qual é o efeito geral efetivo daquela prática, como eu demonstro isso. Quer dizer houve uma busca por mecanismos, instrumentos econômicos para tentar a quilatar o efeito real dessas práticas, e isso trouxe um efeito muito grande.

No caso Silvânia há um caso de produtora de TVs que adotou restrições territoriais. O mesmo caso do "Shwin", que eu havia mencionado, que uma década antes havia sido declarado ilegal *per se*.

Aconteceu que a Suprema Corte, e isso é muito interessante porque revela a interação entre o conhecimento econômico e a atuação jurídica no caso de concorrência. A literatura já era vasta nessa época, demonstrando as eficiências possíveis derivadas desse tipo de atuação e, na verdade contestando muito quais eram os efeitos perversos dessas práticas. Na prática, efetivamente, qual é o dano causado num contrato de exclusividade? Começou-se a contestar a racionalidade das decisões judiciais anteriores. A Suprema Corte, num caso marcante, expressamente, revogou a decisão anterior, dizendo que não mais tratariam as restrições verticais, não relacionadas a preço, e isso é uma peculiaridade americana, quer dizer, não estou falando de preço de revenda, mas de outras práticas, não seriam mais tratadas de forma *per se*, mas sim de acordo com a regra da razão. Reconhecendo, expressamente, a possibilidade de efeitos positivos dessas práticas, eles já foram descritos bastante pela professora Elizabeth Farina, não vou entrar nesses detalhes.

Uma coisa interessante, e isso vai se aplicar à algumas decisões do CADE, reconheceu, também, que o dano causado à uma empresa específica não é o que determina se aquela conduta constitui uma infração à ordem econômica. Você pode ter uma empresa prejudicada, um distribuidor sair prejudicado porque não vai ter acesso àquele produto numa certa área, já que há uma restrição territorial, não é esta a preocupação da legislação antitruste e sim qual é o efeito para o consumidor. Quer dizer, você está admitindo, era algo que é uma mudança com relação à posição anterior, que danos sejam causados a algumas empresas específicas que possa não constituir uma infração.

Outro ponto interessante, que a gente vai voltar a ver mais para frente, é o tratamento da concorrência intra marca, em comparação com a concorrência entre marcas. Muitas vezes um contrato de exclusividade, por exemplo, impede que haja concorrência entre distribuidores da mesma marca, mas ele pode acirrar a concorrência dos distribuidores dessa marca, com os distribuidores de outra marca. E nesse sentido, pode ser também positivo em determinados casos, passando a ser um conceito importante no caso de restrições verticais que se vai voltar a abordar.

Bom, casos de eficiências também já foram bastante elaboradas pela professora Elizabeth Farina, não vou mais entrar nisso. Mas a literatura foi avançando nesse sentido e chegou-se a um ponto que Richard Posner chegou a sugerir que deviam tratar as restrições verticais como legais *per se*. Ele estava colocando uma discussão evidentemente provocando um pouco, mas esse foi o radicalismo da mudança que se operou nos Estados Unidos com relação a essa matéria; em que era ilegal *per se*, e não se buscava apreciar a eficiência, à medida em que se imaginava que elas jamais seriam suficientes para superar o prejuízo. Numa visão oposta em que alguns autores defendem que deviam ser todas legais *per se* e que nunca gerariam danos suficientes para justificar a perseguição estatal a essas práticas. Evidentemente não é o caso do que se verificou nos Estados Unidos, elas não são legais *per se*, são analisadas conforme a regra da razão, na imensa maioria dos casos. A exceção continua sendo a fixação de preços de revenda.

Evidentemente, eu vou falar do tratamento legal no Brasil, não vou me ater ao que todos já conhecem, apenas gostaria de fazer referência ao artigo 21, sem passar pelo 20, dada a peculiaridade da relação entre os dois no Brasil. O que me interessa, é apenas chamar a atenção que, diversos incisos do artigo 21 fazem menção a condutas verticais, a restrições verticais. E nesse sentido evidentemente há uma interpretação razoável da legislação já recusa a possibilidade de uma adoção, de uma posição como a proposta pelo Posner de legalidade *per se*. Se o legislador colocou entre os exemplos possíveis de condutas infrativas no artigo 21 diversos casos de restrições, ele está supondo que elas podem gerar alguns efeitos do 20, podem, portanto, constituir infração. Não faria sentido supor que o legislador colocou uma série de exemplos inúteis e que não poderiam jamais constituir exemplos do 21.

Então, no Brasil, a legislação reconhece a possibilidade de infrações à concorrência a partir de restrições verticais. Reconhece a possibilidade, porque como nós vamos ver a análise é sempre feita com base na regra da razão. Nós temos um diploma no Brasil que é pouco mencionado, eu acho eu em grande parte, dado o pequeno número de casos de conduta que são analisados, ou casos mais controversos de conduta. Mas a resolução 20 do CADE constitui, na verdade, quase um *guide line* de tratamento de atos de conduta.

Foi uma resolução que foi muito discutida pelo plenário, teve uma contribuição muito valiosa do professor Mário Possas. Na época, discutimos muito com ele disse, dentro do plenário. Tratando de condutas nos seus anexos, ela delimita alguns tipos de condutas verticais, apenas de maneira explicativa. Como elas já foram tratadas, não vou entrar em detalhes, mas há uma descrição específica sobre cada uma.

A resolução vai além, e discrimina quando essas condutas podem ou não ser consideradas anticompetitivas, no anexo I B, de uma maneira muito resumida, as práticas verticais que podem ser anticompetitivas quando criam mecanismos de exclusão de rivais, incluído aí aumentar o custo de funcionamento deles, dificultar o funcionamento, não é apenas a exclusão completa, mas graduações nesta direção, também podem constituir infrações ou facilitam o exercício de coordenação. Você tem, por exemplo, um fabricante que impõe um preço de revenda para facilitar uma cartelização nos seus distribuidores.

Essas práticas verticais, como já foi afirmado antes, pressupõe em geral poder no mercado de origem pela legislação e devem afetar parcelas substancial do mercado. Isso é uma questão interessante na medida em que disciplina como o CADE interpretava o *caput* do artigo 20, no que se refere a essas práticas. O *caput* do artigo 20 fala, mesmo que os efeitos não sejam gerados, o que o CADE falou nessa resolução é, especificando no caso dessas práticas verticais, elas apenas vão ser consideradas anticompetitivas na medida em que gerem efeito negativo. Como são práticas que podem gerar efeitos negativos, podem gerar efeitos positivos, muitas vezes geram ambos ao mesmo tempo, que tem que ser sopesados. Nesses casos a indicação que a resolução dá, é que se não há efeito gerado dificilmente o CADE irá considerar uma prática vertical como infrativa, restringindo um pouco o alcance do *caput* nesses casos.

A resolução vai adiante e lista algumas eficiências possíveis que já foram citadas antes como possíveis conseqüências das práticas verticais. A resolução 20 vai além, ela dá um passo a passo da análise dessas condutas, para identificar se elas são ou não uma infração. A primeira questão, é evidentemente, a caracterização da conduta que pode parecer trivial e muitas vezes é e outras não é. A alegação de que uma empresa está praticando uma determinada conduta, muitas vezes depende de uma investigação muito apurada, e muitas vezes é pouco clara se aquela conduta constitui ou não, por exemplo, a fixação do preço de revenda. Você pode ter uma definição de uma série de condições nas quais a empresa vai ter um certo desconto do que ela vai comprar do fabricante que podem na prática constituir a fixação do preço de revenda, porque elas levam a empresa, basicamente, racionalmente não ter outra escolha, a não ser adotar aquela prática, em nenhum momento está escrito no contrato que está fixando o preço. Então, é uma questão muitas vezes, não trivial. A partir daí, como já foi dito também, é um pressuposto da possibilidade de infração, a análise da posição dominante, que passa pela posição clássica de mercado relevante, definição de barreiras de entrada, para identificar e outras questões tradicionais de definição de mercado, para aferir a existência ou não de posição dominante.

E finalmente, a análise da conduta específica. A empresa tem a posição “x” num mercado “y”. A análise da conduta dela, gera danos à concorrên-

cia? Gera benefícios? Vamos sopesar os benefícios e as despesas para saber se essa conduta vai ser considerada infrativa ou não. Esta análise muitas vezes é qualitativa, as dificuldades de quantificar ganhos e perdas evidente, e em todo mundo se recorre à muitos casos, à essa análise qualitativa, sempre que não é possível uma análise mais detalhada. Eu vou dar exemplos de alguns casos apenas, em que o CADE julgou questões da relação vertical.

São casos em que envolvia distribuidores da *Hechst* e da *Dupont*, no setor de gases para refrigeração, e havia um processo contra ambas as empresas, por contratos de exclusividade. Na verdade, exclusividade eu vou tratar de recusa de venda mais à frente, são lados da mesma moeda. Na verdade, exclusividade para um fornecedor ou para um vendedor implica em recusa de venda para outro e por isso os casos se confundem um pouco. Apenas dá uma idéia de uma posição clássica do CADE, em diversos casos, decisões como essa foram adotadas. A decisão é uma estratégia de exclusividade na distribuição de otimização de esforços. Além do que nesses casos o CADE, identificou que a rescisão do contrato era simples e não exigia prazos mínimos como fator adicional, a lógica do contrato de exclusividade era de otimização de esforços.

Um trecho do voto do conselheiro Rui Santa Cruz, os recentes julgados do CADE, como também a jurisprudência, já identificaram que a maior parte das restrições impostas por empresas fornecedoras a suas distribuidoras, não constituem infração à ordem econômica e esta tem sido a regra nos julgamentos do CADE. Eu estou com pouco tempo, não vou cuidar de todos os exemplos. Vou passar depois eu volto para esse.

Outros casos de conduta, na verdade casos de distribuidores de cerveja e de alguns outros distribuidores, muitos deles surgiram envolvendo diversas condutas simultaneamente. Era a recusa de venda, a fixação de preços de revenda, a definição de restrição territorial, às vezes conjugados. Muitos desses casos, na verdade a maioria, foram arquivados pela constatação de que não afetavam o mercado, o CADE alegou se tratar de questão de uma conduta contratual privada. Eu queria chamar atenção apenas para convergência nas opiniões da SEAE, da SDE e a posição que eu já havia afirmado do CADE, nesse sentido.

O que a SEAE afirmou nesse caso, um parecer que foi citado no próprio voto, é que na distribuição de refrigerantes e cervejas, exclusividade, fixação de quantidade, de preço de revenda, divisão de território e restrições a clientes, evitam condutas oportunistas, reduzem competição intra marca, mas podem aumentá-las entre marcas. Exclusividade pode ser um problema quando há monopólio, o que não foi identificado aqui.

A SDE, na mesma linha ressalta que a relação fabricante, distribuidor, revendedor, que é a relação mais próxima, mais intensa, tem o objetivo de reduzir custos de transação e assegurar investimentos, qualidade e confiança. Nesse sentido não foram considerados infrativos e sim pró-competitivos.

O CADE, na mesma linha do caso anterior, concordou com essas visões, afirmando mais uma vez, que uma empresa ou outras sejam prejudicadas pela conduta, se não há danos nas relações de concorrência no mercado, não constitui uma infração. A lógica que o CADE tem citado muito é que, a racionalidade dessas condutas, no caso de distribuição, muitas vezes, é ditada pela busca do fabricante de ter a distribuição mais eficiente possível. Ele quer brigar pelo consumidor na ponta e a distribuição agrega custo que não beneficia o fabricante. Então, em muitos casos a preocupação dele, e muitos casos tratavam de distribuidores reclamando contra fabricantes que passou a distribuir para grandes clientes. Mais uma vez foi considerado que a lógica era do fabricante de buscar a produção mais eficientemente possível. Não havendo risco de danos à concorrência, não cabia ao CADE intervir.

Eu vou voltar um pouco, para alguns casos que foram exceções, que foram diferentes a essa regra em que houve a identificação de condutas infrativas. São múltiplos casos que lidam com as Unimed. Eu citei só cinco cidades, mas foram mais que essas.

O caso é interessante, a Unimed, que é um plano de saúde de cooperativa que exige exclusividade dos seus cooperados. O médico que é cooperado pela Unimed não pode prestar serviços para outros planos de saúde. (só voltando um pouco para o manual, havia um contrato de filiação do cooperado que exigia exclusividade do cooperado, estava no contrato)

Na análise da posição dominante, em caso de serviços médicos, o CADE definiu o mercado de forma muito simples, como local, as pessoas não se locomovem para outros, cidades e estados para buscar o serviço médico. Barreiras à entrada. Você tinha que ter o pessoal qualificado, médicos que não eram mais disponível na medida que naqueles mercados disponíveis a Unimed tinha cerca de 80 a 100% dos médicos da cidade como seus cooperados. Isso em várias especialidades ou no geral da categoria, concluído, então, que ela tinha posição dominante sim.

Análise da conduta específica. Na avaliação de danos à concorrência havia o fechamento do mercado na prática, visto que nenhum plano de saúde conseguia entrar nessas cidades e atrair um médico para se afiliar. Porque nenhum médico queria arriscar sair da Unimed, quando todos os pacientes e clientes daquela cidade tinham Unimed. Ele teria que se descredenciar da Unimed para atender a outro plano de saúde, sem ter nenhum paciente. Então o dano foi considerado muito grande, pelo que impedia a entrada de novos

concorrentes, fechava na prática o mercado. Não havia nenhum benefício ou ganho de eficiência que pudesse ser identificado, portanto a conduta foi considerada infrativa e em todos os casos a Unimed foi condenada a retirar a cláusula de exclusividade dos seus contratos.

O caso da Souza Cruz, eu vou passar muito rapidamente, porque é o caso que o Dr. Túlio vai estar apresentando depois, mas é um caso curioso. A Souza Cruz tinha contratos de exclusividade com alguns pontos de venda e os que suscitaram maior discussão que serão tratados mais à frente, foram aeroportos, shoppings centers e a rede Makro de atacadistas, em que havia a discussão se esses lugares constituem um mercado geográfico à parte. Um consumidor de cigarro que esteja no shopping center, será que ele vai sair para comprar em outro lugar se o shopping center inteiro estiver fechado com aquela marca. Essa foi uma discussão que ele vai entrar mais à frente.

A posição da SEAE e da SDE foram bastante interessante, nesse sentido. O caso não chegou a ser julgado pelo CADE, ele foi objeto de um compromisso de cessação de prática em que a Souza Cruz concordou em parar de exigir essa exclusividade. Eu chamo atenção apenas, que, esse compromisso e essa cessação de prática não seriam possíveis se o projeto da forma como está tivesse sido aprovado. Como nós vimos ontem na discussão, ele limita a possibilidade da proposta de compromisso de cessação a 15 dias após a defesa. Esse compromisso foi celebrado quando o caso já estava no CADE, após mais de um ano de julgamento. Então, eu considero na verdade que a limitação é indesejável, na medida que ela diminui a possibilidade desse compromisso. Que, poupou o CADE de prosseguir na investigação e mais, poupou uma disputa judicial que poderia acontecer e durar anos, situação em que a própria empresa concordou em abortar a prática. Então a sociedade já está protegida dessa conduta, imediatamente, sem esperar que uma decisão aconteça e que hajam recursos e que hajam uma disputa judicial. Eu não vejo nenhum sentido em impedir que um compromisso de cessação seja feito a qualquer momento do processo.

O caso da Microsoft é um caso que está em apreciação na SDE sendo que, acabou de sair um parecer da SEAE para o qual chamo a atenção. É um caso em que a SEAE propõe que a exclusividade, nesse caso, uma infração à concorrência. A justificativa é que no mercado de Brasília boa parte do mercado é constituído de licitações de órgãos públicos, que tem uma restrição muito grande, uma rigidez na busca dos seus fornecedores, tem que fazer oferta e precisa ter alguém instalado na região. A determinação da SEAE é que a exclusividade que a Microsoft impunha a seus distribuidores que houvesse apenas um distribuidor habilitado a participar na região de Brasília, eliminando a concorrência intra marca, como qualquer exclusividade faz. Mas no caso,

ela elimina também qualquer concorrência, porque não há concorrência entre marcas. Todos os softwares comprados nessa estação são da Microsoft.

É um caso peculiar, porque ao contrário do que se pensa há eliminação da concorrência intra marcas e não há o acirramento da concorrência entre diferentes marcas, não há mais brigas entre distribuidores da Microsoft porque não há outros. Logo, a concorrência intra marcas seria a única possível, mas ela foi eliminada pela cláusula de exclusividade. Esse caso como eu disse está em andamento, está na SDE que proferirá um parecer e depois seguirá para o CADE.

O caso Ambev eu não sei se o Dr. Túlio vai tratar, mas há uma questão incidental que surgiu na decisão do caso da Ambev, não é um processo administrativo. Entre as diversas restrições desse caso, o CADE impôs à Ambev a proibição de exigir exclusividade nos postos de venda. Houve uma discussão no plenário e na época havia a posição de proibir completamente a exclusividade. Parte do plenário não concordou com a alternativa de, em certos casos, o próprio varejista ter a opção de preferir a exclusividade em troca de algum benefício. Ele poderia receber uma geladeira ou algum investimento da marca no seu ponto de venda o que poderia ser uma decisão voluntária e não uma imposição da empresa. Nesse sentido a proibição foi apenas com a imposição da exclusividade e não da exclusividade em si. É um caso que ainda está pendente de estudo que afira melhor quais são as conseqüências.

Muito rapidamente, alguns outros casos, voltados à regra geral de que a maioria das restrições verticais não constituem infração à ordem econômica. Diversos casos de recusa de venda. Um caso Goodyear x Pirelli, novamente ligados à exclusividade de um distribuidor exclusivo, aos quais essas empresas recusaram a venda de produtos. A Blindex, Santa Marina e Nestlé. Em todos o CADE disse que não havia efeito sobre a concorrência, o dano individual daquela empresa não configurava infração e a recusa de venda era admissível. A empresa pode fazer tudo aquilo que não violar a lei.

O caso da Direct Tv x Globo eu não vou entrar. É um caso bastante complexo e interessante. O CADE adotou uma linha de análise que eu considero duvidosa, tratando o caso como a discussão de uma instalação essencial. Seria razoável equiparar o sinal da Globo, no caso de tv por assinatura, a uma essencial facility, sem o qual as empresas não poderiam concorrer. Concluíram que a Direct Tv estava no mercado sem ter o sinal da Globo e poderia continuar concorrendo como vinha fazendo. Logo, não era tão essencial o direito da Globo de não ceder o seu sinal para quem ela não quisesse. Na verdade, poderia haver uma discussão com relação em quanto está prejudicando ou dificultando o funcionamento da concorrente ou aumentando os custos, na medida que ele tem que reduzir os preços da sua assinatura. Mas essa foi a linha que o CADE adotou como critério básico nesse caso.

Apenas para concluir, duas condutas adicionais. Sugestão de preços, dois casos envolvendo alimentos. Kibon x Ferrero Rocher, ambos tratavam de sugestão de preço ao consumidor onde a empresa impunha a seus varejistas. No caso da Kibon aquela tabelinha que aparece na geladeira e na Ferrero uma etiquetinha dando o preço sugerido. Em ambos os casos, o CADE constatou que não havia a imposição, era uma mera sugestão, a empresa não tinha controle sobre o que estava acontecendo. Constatou que não havia o efeito de harmonização de preços, utilizando, até, um estudo da Sunab no caso da Kibon para certificar de que não havia essa convergência de preços e sim, uma variedade grande entre os diferentes varejistas. Ambos foram considerados não infrativos. Havia ainda um benefício de informação ao consumidor que também foi considerado pelo CADE.

Finalmente, casos de discriminação de preços. Um exemplo claro de uso da regra da razão, da razoabilidade econômica da prática. Foram mais de uma dezena de casos de cimento apresentados pela apreciação. As produtoras de cimento cobravam preços diferentes de consumidores diferentes, muitas vezes se recusando a vender a alguns. A investigação revelou que os preços diferentes eram vinculados à quantidade comprada e a recusa acontecia, muitas vezes, em relação a quantidades muito pequenas que a empresa não tinha condições de vender no varejo. Considerou-se que havia uma lógica econômica para essa discriminação de preços e não haveria infração nesse sentido.

Com os distribuidores de filme, a mesma coisa. Columbia x Fox cobram percentuais pela arrecadação dos cinemas diferentes, porque elas tem um preço fixo pela cópia. Se o cinema é mais visitado ele pode ter um percentual menor da sua arrecadação que vai ser transferido, nesse caso, também foi considerado como uma conduta não infrativa.

O Brasil está muito alinhado com a doutrina internacional predominante, no sentido de que essas práticas são, na imensa maioria dos casos, não infrativas. Na linha do que o Magalhães havia dito, eu imagino que as consultas e processos quanto a essas práticas tendem a aumentar no Brasil com o conhecimento do direito da concorrência e o conhecimento pelas empresas de seus direitos. Nós já temos consultas de empresas preocupadas com o seu sistema de distribuição, é legal, pode ter problemas, ou não? Na prática, na maioria dos casos, se não há efeitos sobre o consumidor final, as decisões do CADE indicam que dificilmente vão ser considerados anticompetitivos, mas se deve ter alguns cuidados. Se uma das partes é dominante do mercado, essa prática precisa ser olhada com mais atenção. Se ela impede a entrada ou se aumenta o custo de concorrentes, se ela afeta uma parcela substancial do mercado, se não há uma racionalidade que justifique aquela prática que não seja a de busca de monopólio e, se ela pode facilitar a colusão seja amontante, seja

ajuzante. Esse é um dos cuidados que acho que devemos ter. Ao apreciar esse tipo de caso, tanto do lado da autoridade, quanto na prática privada, buscando informar aos agentes econômicos o que eles podem ou não fazer. Mas continua sendo uma área ainda aberta para debate e para muita evolução. Muito obrigado.

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

A excelente exposição do Dr. Marcelo Calliari, nos leva a propor desde já para a diretoria do IBRAC que nós façamos um seminário curto, em um dia só, no início do ano que vem, especialmente para examinar e discutir toda essa questão das restrições verticais. O tema é um dos mais ricos e essa exposição veio demonstrar que nós precisamos realmente fazê-lo.

Eu chamo a atenção para um outro fato que foi abordado na sua parte inicial que, nos Estados Unidos essas questões foram tratadas como infrações de *per se*, dentro daquela ótica americana da liberdade do direito constitucional. Embora hoje, talvez não esteja tão suprema essa visão em outros países, especialmente na Europa mais pragmática, mais *well fare* é tudo mais.

Eu acho mais importante para o Brasil, porque ao examinarmos a legislação antitruste brasileira verificaríamos que a lei está fundada antes da proteção da livre concorrência, na liberdade de iniciativa e a liberdade de iniciativa tem muito que ver com as recepções verticais. Quer dizer, não é apenas poder de mercado e tudo isso que tem que ser analisado. Inclusive eu tenho as minhas dúvidas a respeito da resolução vinda do CADE, justamente por causa disso. Tem princípios maiores que informaram a lei que não apenas os da livre concorrência.

Passaremos para o Dr. Túlio Egito Coelho que infelizmente sacrificará uma parte da sua exposição, mas vai continuar naquele seminário em que estamos propondo. Aviso a todos também que será publicado todas as publicações não só na íntegra, mas também através dos quadros que aqui estão, serão na revista do IBRAC proximamente. Algo que também outras poderemos oferecer a todos. Dr. Túlio, por favor.

TÚLIO DO EGITO COELHO

Boa tarde a todos, é um prazer estar aqui no IBRAC falando com vocês, a respeito desse tema extremamente importante das restrições verticais, tão pouco debatido ainda, com tão pouca jurisprudência, balizando as empresas sobre o limite da legalidade dessas práticas. Aliás, como se disse a prática

da rescisão vertical era uma coisa tão corriqueira que eu acabei inclusive de sofrer uma rescisão vertical agora pelo Presidente da mesa, na sua qualidade de presidente da mesa que determinou que eu limitasse a minha apresentação à 20 minutos. Mas, como é uma limitação que resulta em eficiência, a organização dos trabalhos do seminário, eu não vou me opor e procurarei atendê-la. Eu escolhi um caso, na verdade eu preparei dois, mas como não haverá tempo, vou falar apenas de um caso.

É um caso que passou pelo sistema de defesa da concorrência recentemente. Um caso sobre restrição vertical envolvendo diretamente o contrato de exclusividade. É o caso Souza Cruz e Philipp Morris que todos já ouviram falar, mas não tem os detalhes. A Souza Cruz, gentilmente autorizou que conversasse sobre esse caso, na medida que ele pode ajudar a aprimorar a defesa da concorrência no Brasil. Todos os dados de que eu tratarei, são dados públicos.

Esse processo se iniciou com uma representação feita pela Philipp Morris contra a Souza Cruz, a respeito de prática de exclusividade de venda entre o fabricante, Souza Cruz e o varejo, determinando pontos de vendas espalhados pelo território nacional, bem como em relação a um único atacadista que é a rede Makro. Basicamente, a Philipp Morris afirmava que tal prática vinha criando uma dificuldade para o seu desenvolvimento no mercado, na medida em que limitava o acesso a pontos de venda, aumentando os seus custos de atuação no mercado, resultando em lucros arbitrários para a Souza Cruz, reforçando o poder de mercado da Souza Cruz e limitando a escolha dos consumidores com relação a suas marcas preferidas, que deveriam estar todas a sua disposição no ponto de venda.

A Philip Morris se fundou em uma das cláusulas de exclusividade, porque haviam duas, uma relativa à exclusividade de venda e outra relativa à exclusividade de merchadising, que dizia que somente um dos pontos de vendas poderiam ter material de merchadising da Souza Cruz, embora essa parte de exclusividade de merchadising não tenha sido objeto do processo administrativo. Segundo a Philipp Morris, portanto, haveria uma dificuldade em relação a esses contratos de exclusividade, especialmente o que ela definiu como o quadrilátero de Marlboro, termo desenvolvido pela Philip Morris. O quadrilátero de Marlboro nada mais seria do que uma determinada região, dentro da cidade de São Paulo, com uma grande concentração de pontos de vendas considerados estratégicos. Nesse quadrilátero haveria uma certa densidade de contratos de exclusividade pela Souza Cruz que limitariam o acesso da Philipp Morris. Também, a Philipp Morris entendeu que a exclusividade firmada em determinados equipamentos públicos como, shoppings centers e aeropor-

tos, tendo em vista a limitação do número de varejos nesses equipamentos públicos, criaria ainda sua dificuldade de acesso como concorrente.

A Secretaria de Direito Econômico recebendo essa representação abriu, primeiramente, uma averiguação preliminar para examinar, ainda que na mesma representação houvesse uma solicitação de imediata abertura do processo administrativo com imposição de medida preventiva. Entretanto a SDE, com bastante cautela, primeiro procedeu uma averiguação preliminar, onde foram apresentados vários esclarecimentos; aliás foi um dos casos mais bem instruídos, pelo volume de informações que ele tem.

Após instaurado o processo administrativo, umas das primeiras preocupações foi de demonstrar que a participação de mercado da Souza Cruz nada tem a ver com a prática da exclusividade em si. Essa é uma prática bem mais recente, a Souza Cruz tem mais de 80 anos de história, e a participação de mercado é explicada basicamente pela sua eficiência e não pela prática de exclusividade.

Outro dado importante são dados Nilsen de que há no Brasil, pelo menos havia naquela época, 340 mil varejos comercializando cigarros. Enquanto que desses 340 mil, 198 são atingidos diretamente pela Souza Cruz. Do total de 340 mil varejos comercializando cigarros, apenas 2700 é que tinham o contrato de exclusividade de venda. Portanto, um percentual de 0,8, o que muito pequeno se nós considerarmos a massa de estabelecimento vendendo cigarros. Isso, sem levar em consideração outros estabelecimento que poderiam perfeitamente passar a vender cigarros, mas que não o faziam. Ainda, que a venda de cigarros não exige um investimento muito grande do ponto de venda para a comercialização desse tipo de produto.

Outro aspecto interessante é que essa exclusividade de vendas não é imposta pelo fabricante, ao contrário, ela é solicitada pelo ponto de venda porque o ponto de venda precisa ter alguma forma de financiamento. A idéia é ter a exclusividade em pontos de vendas que tenham algumas características especiais, buscando fazer com que o *merchandising* da empresa surta um melhor mais efetivo. Para isso, é preciso investir no ponto de venda, é preciso que ele seja agradável que ele realmente atraia o consumidor pela sua decoração, pelos seus equipamentos internos e nós sabemos que o custo do dinheiro no Brasil é extremamente elevado e o financiamento que os empresários fazem nesse tipo de *merchandising* são muito bem vindos pelos consumidores o que explica a motivação dos pontos de venda em procurar os fabricantes para ter esse tipo de financiamento no que se refere ao *merchandising*. Logo, não é uma imposição do fabricante, ao contrário, é uma solicitação do próprio ponto de vendas.

Outro aspecto interessante é o grau de fidelidade à marca. Eu não conheço outro mercado que tenha o grau de fidelidade tão elevado como o mercado de cigarros. Segundo pesquisas, 76,20% indicam que o consumidor não trocaria a sua marca para uma outra, e se nós considerássemos, ainda, que esses consumidores que manifestaram a sua não concordância em não trocar de marca, portanto, os consumidores fiéis à marca, desse universo 82% disseram que se não encontrassem a sua marca no varejo, evidentemente andariam para procurar sua marca habitual num outro varejo. Esse são dados importantes para entender o aspecto da limitação da exclusividade, se existir alguma, nesse caso em particular.

Os contratos de *merchandising*, como eu disse, são celebrados com varejos específicos e com alguma característica própria. Por exemplo o Dado Beer, Metropolitan e algumas Casas de Show que sem esse tipo de financiamento não poderiam se quer existir porque a montagem desses estabelecimentos, basicamente, é feita com o financiamento dos fabricantes, em troca de exclusividade no *merchandising* das suas marcas mais importantes.

É muito interessante, e a professora Farina explicava isso, que o próprio investigador entenda o contrato porque senão ele vai entender que aquilo é uma prática monopolista. Mas entendendo realmente a prática da exclusividade, que é tão difundida por outros setores, verifica-se que nesse caso, em particular, a exclusividade nada tem a ver com a política de distribuição da empresa, servindo apenas para proteger o investimento feito no *merchandising*. Na medida que o fabricante investe no *merchandising* num determinado ponto de venda, é razoável que ele queira proteger o seu investimento para que um dos concorrentes não se utilize do investimento que ele fez para tornar o estabelecimento de varejo mais atrativo.

Portanto, pela limitação no número de contratos e pela necessidade de evitar o *free riding* dos concorrentes nos investimentos feitos para tornar o varejo mais interessante pode-se, perfeitamente, entender que não se trata de uma política de distribuição da Souza Cruz, mas de uma política de marketing da companhia que aumenta a concorrência entre marcas, visto que haverá uma disputa entre os fabricantes pelos varejos que são mais interessantes. O benefício disso é repercutido pelos varejos, na medida que eles têm um outro tipo de financiamento. Outros varejos, inclusive, são abertos graças a esse tipo de financiamento, também beneficiando os próprios consumidores ao usufruir de varejos muito mais bem equipados, inclusive, sob o ponto de vista da informática, falo aqui das lojas de conveniência. Para se demonstrar a importância da exclusividade, esse número equivalem de 0,9% e 1,2% do faturamento da Souza Cruz na grande São Paulo e Rio de Janeiro, mostra que realmente não

era uma prática que se pretendia importante sob o ponto de vista do faturamento da empresa, portanto, bastante limitada.

Também não existe cláusula,nexo de causalidade entre a prática da exclusividade da Souza Cruz e o desempenho de mercado da Philipp Morris, demonstrado nos autos. Ao contrário, o que foi demonstrado é que enquanto havia essa prática de exclusividade a participação de mercado da Souza Cruz caiu e a participação de mercado da Philipp Morris aumentou. Portanto, não há nexode causalidade entre práticas de exclusividade e redução de *market share* dos concorrentes.

No que se refere ao tema do atacado, também foi demonstrado que todas as vendas das lojas da rede atacadista Makro representavam apenas 1,2% do total de cigarros vendidos no Brasil, logo não havia um efeito restritivo a esse tipo de prática. Quando se trata de exclusividade de vendas com varejo, sobretudo um varejo comum que vende cigarros, é importante lembrar o aspecto da capilaridade, porque com a quantidade de bares e estabelecimentos que vendem cigarros, seria impossível fechar todos os varejos ou uma quantidade substancial de varejos que vendam cigarros para impedir o acesso de outros fabricantes a esses mesmos varejos. Também segundo pesquisa de mercado feito por um instituto de grande reputação a Marplan, que demonstrou que a venda de cigarros era, preponderantemente, feita em padarias e bares comuns, justamente os estabelecimentos que ficam próximos das residências, do local de trabalho, do consumidor e por onde, habitualmente, ele passa e se abastece do produto de sua preferência. Portanto essas compras não acontecem em estabelecimentos especiais, como por exemplo interior de shoppings centers, aeroportos ou casas noturnas. Não é esse o local onde se dá o grande volume de vendas desse tipo de produto. Dos fumantes entrevistados 90% disseram que não tem dificuldades em encontrar suas marcas preferidas, 95% dos consumidores de Marlboro e 97% dos consumidores de Free têm acesso a suas marcas habituais dentro de shoppings centers. Em aeroportos esse índice sobe para 99% dos fumantes de Marlboro e 100% para os de Free, que disseram que encontram suas marcas nesses estabelecimentos. Em síntese, são basicamente esses os pontos apresentados pela Souza Cruz. O parecer da Secretaria do Direito Econômico analisou o mercado relevante, eu nunca tinha visto uma definição tão pequena, definindo o como sendo uma área de 500 metros, estabelecendo definição com base na relação entre o fabricante de cigarros e o ponto de venda. Examinou quantos dos consumidores estariam dispostos a se deslocar, uma vez não encontrando o produto de sua preferência num determinado bar, até encontrar em outro bar esse mesmo produto.

Apesar de não haver nenhuma pesquisa de mercado que demonstrasse quanto o consumidor, por hábito, estaria disposto a se deslocar, a Secretaria de Direito Econômico entendeu por bem definir essa área como sendo 500

metros, no que se refere aos varejos em céu aberto, que são os varejos que nós encontramos nas ruas. De outro lado, entendeu que cada shopping center, cada aeroporto seria um mercado relevante distinto, na medida em que o consumidor não estaria disposto a sair de um shopping center, caso não encontrasse a sua marca preferida, para comprar o produto em outro lugar, havendo uma definição bastante limitada, sob o ponto de vista geográfico. Assim, se considerarmos o quadrilátero de Marlboro onde segundo a Philip Morris, há a maior densidade de contratos de exclusividade, o mercado relevante seria exatamente o quadrilátero de Marlboro, e ainda assim, pela capilaridade do volume de varejos, haveria uma razoável alternativa de escolha pelos consumidores no que se refere aos bares ou padarias ou pontos de vendas, que estariam localizados nesse espaço de 500m². Então, se esse mercado de 500m² for usado como uma praxe para todo o território nacional, testando-se no ponto considerado mais problemático pelo próprio representante. Talvez constatando-se que naquele espaço do quadrilátero de Marlboro, não havia problema concorrencial, dificilmente haveria em qualquer outra parte do território nacional. Portanto, a SDE entendeu como legítima a prática da exclusividade de acordo com essa definição de mercado relevante.

Entretanto, no que se refere aos outros mercados relevantes como cada um dos shoppings centers ou cada um dos aeroportos, dada a idéia de que o consumidor não estaria disposto a sair do shopping ou do aeroporto e o número de varejos nesses shoppings ou aeroportos seria um número razoavelmente pequeno. Por isso, a SDE entendeu que neste caso, poderia haver uma restrição à concorrência e, para esse tipo de exclusividade firmada com estabelecimentos no interior de shoppings centers, veja que a exclusividade não é com o shopping center, mas com cada um dos varejos localizados dentro do shopping ou dentro de um aeroporto. A exclusividade seria uma limitação à concorrência, havendo a necessidade de recomendação da SDE para a desconstituição destes contratos.

Quanto ao Makro, a SDE entendeu que prevista a pequena relevância do Makro como distribuidor de cigarro e abastecedor de varejo, comercializadores de cigarro, tendo em vista, inclusive, a informação da Philip Morris de que apenas 4% de suas vendas seriam feitas por intermédio desse tipo de atacadistas, entendeu que não havia uma limitação significativa da concorrência. Logo, a Philip Morris e outros concorrentes teriam acesso a várias outros meios para fazer com que seu produto chegasse aos pontos de vendas. Por isso, foi considerado que a exclusividade em relação ao Makro não se tratava de um contrato limitador da concorrência pela possibilidade de outras alternativa à disposição dos concorrentes, sendo entendido como legítimo esse contrato. Aliás é interessante dizer que o próprio Makro, quando ouvido pela

Secretaria de Direito Econômico, manifestou que sua atividade era voluntária e que não estava sofrendo nenhuma imposição da Souza Cruz. Ele entendia ser interessante o contrato de exclusividade, na medida que, por razões de distribuição de logística, ele poderia abastecer eventuais varejos em locais remotos como Norte e Nordeste, onde a Philipp Morris tinha pouca presença.

Uma outra limitação sugerida pela SDE ao CADE, dizia respeito à duração dos contratos de exclusividade, no sentido de que esses contratos não poderiam ultrapassar um prazo de 5 anos, sendo vedada também, a cláusula de renovação automática e de preferência dessa renovação. Essa limitação foi retirada do direito comunitário europeu que realmente contém esse tipo de limitação em seus regulamentos que tratam da concorrência. Aliás, tendo em vista a presença de um representante da União Européia, também é importante lembrar, a grande revolução que vem acontecendo no direito europeu a respeito da exclusividade. Existindo, inclusive, o livro branco sobre restrições verticais que é um documento bastante significativo, de quase 150 páginas, que explora em profundidade todas as inovações que estão acontecendo no direito europeu.

Já o parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, definiu de maneira diferente o mercado relevante, entendendo sob o ponto de vista do produto, havia dois mercados relevantes distintos. O mercado portanto, seria entendido na dimensão cigarro-varejo e cigarro-atacado, na medida em que a falta de produto no varejo ou no atacado não afetaria a concorrência em outro segmento. Então, a definição de mercado relevante foi entendida de maneira diferente daquela da Secretaria de Direito Econômico que não tratou desse tipo de distinção. A SEAE também entendeu, seguindo a linha da SDE, que o mercado relevante deveria ser entendido como cada shopping center e cada aeroporto, sob o ponto de vista da dimensão geográfica em varejos à céu aberto, havendo nova diferença de interpretação entre a SEAE e a SDE.

Também, no que se refere ao Makro, entendeu que dificilmente haveria, por parte dos varejos, uma busca de alternativas de abastecimento caso não viesse a encontrar o produto em pequenos varejos. Uma vez que, indo ao Makro para se abastecer de produtos e não encontrando o produto de sua preferência, segundo a SEAE, dificilmente eles se deslocariam para se abastecer em outros lugares. Portanto, a SEAE entendeu que o contrato de exclusividade com o Makro, também seria limitador da concorrência, concluindo, que todos os contratos de exclusividade firmados pela Souza Cruz seriam limitadores da concorrência, face a ausência de eficiências econômicas que pudessem justificar a cláusula. Recomendou ao CADE que todos os contratos fossem desconstituídos e rescindidos.

Apresentados os pareceres, primeiro o da SDE e depois o da SEAE e encerrada a instrução, o processo seguir para o CADE. Mais adiante, tendo em vista o princípio da empresa de *compliance* com as normas antitruste, a empresa negociou um compromisso de cessação de prática com o CADE e este é exatamente o ponto da ponderação que eu havia feito ontem ao Dr. Paulo de Tarso. Se o projeto de lei atualmente proposto estivesse em vigor, seria impossível a negociação deste compromisso de cessação de prática. Pelo que vocês verificam é absolutamente impossível o compromisso, depois de apenas 15 dias da apresentação da defesa, sem que haja definição de mercado relevante ou um exame mais claro de como se dá a prática e se promove um feito anticoncorrencial. Porque a Souza cruz, com base em todos os elementos mostrados, está claramente convencida de que não há elemento concorrencial nesse tipo de prática. Ao contrário, se há algum efeito, esse é no sentido de aumentar a concorrência. Entretanto, como se poderia, passados apenas 15 dias da apresentação da defesa do processo administrativo, negociar um compromisso de cessação. Certamente isso não aconteceria, ensejando, certamente, a contestação judicial de uma eventual decisão do CADE.

Não se sabe qual seria a decisão que o CADE, mas se imaginarmos que o CADE entendesse que o contato de exclusividade firmado num determinado shopping center, realmente, causou prejuízo em nível concorrencial, por si só, apesar de entender que todos os outros contratos eram legítimos, implicaria em uma multa mínima de 1% sobre o faturamento da empresa, o que seria desarrazoado. Por isso, tal possibilidade aliada à insegurança leva a empresa a negociar um compromisso de cessação de prática, devendo, a autoridade, estar sempre à disposição para eventual negociação.

Eu termino aqui, ressaltando minha preocupação referente às investigações que envolvam práticas verticais. Tais investigações devem ser muito bem feitas, mais que isso, os órgãos antitruste, a agência antitruste que eventualmente venha acontecer, deverá ter recursos, dinheiro e orçamento para implementar pesquisas de mercado. Sem pesquisa de mercado que defina claramente os comportamentos, os atos de comportamentos, os hábitos dos consumidores e eventuais efeitos que determinadas práticas produzem, é impossível chegar a uma definição precisa de mercado relevante e, via de consequência, à conclusão de que essas práticas realmente desestimulam as empresas a celebrar esses contratos que como vimos, muitas vezes, produzem eficiência e até mesmo geram maior concorrência.

Essa é a constatação que se chega ao fim do processo sobre a importância dos investimentos. Durante esse processo, muitas vezes, se alegou a ausência de recursos para proceder as pesquisas de mercado necessárias para chegar a alguma conclusão. Algumas cogitações foram feitas e com base nes-

sas cogitações conclusões acabaram, também, sendo feitas. Isso gera uma grande insegurança jurídica para as empresas e deve ser evitada. Presidente com o tempo esgotado, termino aqui minha exposição. Obrigado.

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

Muito obrigado Dr. Túlio. Apesar de ter falado em restrições verticais a partir da presidência, eu insisto que são restrições horizontais, colegas que somos. Ele compreendeu bem a questão do tempo, apresentando um caso realmente problemático e importantíssimo.

A ótica do consumidor foi extremamente focada, nesse caso, se verificarmos ele foi analisado sob a ótica do consumidor, o que eu acho muito correto, na medida em que vimos na questão anterior que a nossa lei não é baseada apenas na livre concorrência, mas instala, também, a defesa dos consumidores antes mesmo da repressão de abuso de poder econômico. Vejo que esse caso, ao tratar de restrições verticais, merece análise, também, sob o ponto de vista do consumidor e das relações horizontais.

Aproveito a oportunidade para dizer que o tema vai continuar, infelizmente, não poderemos realizar os debates, para não prejudicar o início da outra sessão. Além disso, teremos um *workshop* no início do ano em São Paulo e os senhores terão, também, todo o material das exposições publicado já na próxima revista.

Faço, entretanto, uma exceção muito merecida ao Dr. Paulo Corrêa e ao Dr. Cleveland, já que foi mencionado um problema sobre a legislação, no que toca a oportunidade de realizar acordos de compromisso de cessação. Não sei se é esse o tema. Aliás, muito bem fundamentado pelo Dr. Túlio e eu realmente concordo que o compromisso de cessação deva se estender, pelo menos, até a fase final do processo, não havendo porque restringi-lo. Com a palavra o Dr. Paulo Corrêa.

PAULO CORRÊA

Muito obrigado a todos, tomarei apenas 30 segundos. Não é sobre a lei porque eu acho que a gente teve a oportunidade de debater antes e o problema foi razoavelmente compreendido. É sobre o estudo de caso apresentado pelo Dr. Túlio.

Por conta do tempo não vou apresentar as minhas argumentações. Apenas, com todo o respeito a sua apresentação Túlio, há equívocos na leitura do parecer da SEAE, especialmente na interpretação da razão para o mercado

relevante Makro ter sido considerado à parte. Também, na definição do mercado do varejo que, no caso, não foi considerado um mercado relevante. Isto está, textualmente explicado no parecer da SEAE.

Por último queria esclarecer que a razão básica para o tratamento dado ao caso pela SEAE não foi explorada. O contrato de exclusividade, num contexto em que a empresa detinha poder de mercado, não apresentava nenhuma eficiência econômica. Esse fato foi bastante explorado pelo parecer e talvez em função do tempo o Dr. Túlio não tenha mencionado. O nosso parecer está na *home page* da SEAE à disposição daqueles que tiveram curiosidade. Apenas para concluir, parabênizo o IBRAC pela iniciativa de apresentar estudos de caso, e peço para que essa metodologia seja ampliada. Muito Obrigado.

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

Nada mais havendo, agradecendo a presença de todos. Registro a ausência do nosso conselheiro da argentina, que não pôde estar neste seminário hoje, por motivos de impedimentos da fronteira, o que de certa forma foi bom, porque pudemos ter as exposições, razoavelmente completas. Muito obrigado a todos.