

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

São Paulo
Volume 14 número 5 – 2007
ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETORA: Maria Fernanda Pécora

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

CONSELHO EDITORIAL: *Concorrência*: Barbara Rosenberg, Calixto Salomão, Carlos Francisco Magalhães, Leonor Cordovil, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos; *Relações de Consumo*: Fábio Ulhoa Coelho, Fernando de Oliveira Marques, Maria Eugênia Finkelstein, Newton de Lucca, Sergio Pinheiro Marçal, Sonia Maria Giannini Marques Döbler; *Comércio Exterior*: Ana Caetano, Antonio Fernando Guimarães Bessa, Marcello Procópio Calliari, Marcos Jank, Rabih Nasser, Rubens Ricupero, Vera Thorstensen, Pablo Bentes; *Economia*: Arthur Barrionuevo, Edgard Pereira, Elizabeth Farina, Gesner de Oliveira, Jorge Fagundes; *Regulação*: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira; *Secretariado Editorial*: Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva, Vicente Bagnoli.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 6 números em 2005

Catalogação

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

**12.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA**

24 e 25 de novembro de 2006

Campos do Jordão – São Paulo

Damos a público a transcrição das apresentações e debates havidos no 12.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Os textos foram editados ao ponto de conferir-lhes melhor legibilidade, mas conservam ainda o registro oral que caracterizou o encontro.

12.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

24 e 25 de novembro de 2006

Grande Hotel Campos do Jordão – Campos do Jordão – São Paulo Brasil

PROGRAMA / PROGRAM

DIA 24 DE NOVEMBRO (manhã)

8h30 – Credenciamento

Abertura

Sérgio Varella Bruna – Presidente do IBRAC

Elizabeth Farina – Presidente do Conselho

Administrativo de Defesa Econômica – CADE

9h00 – Paineis I: CARTÉIS: INTERFACE

ADMINISTRATIVA E CRIMINAL / CARTELS:

ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL APPROACHES

Coordenador / *Chairperson*: Marcos Vinícius de

Campos – Prof. da Faculdade de Direito da FAAP

Marcelo Moscoqliato – Ministério Público Federal

Friedmann Anderson Wendpap – Juiz Federal

Shawn Neylan – Stikeman Elliott Canada

José Mario Barbuto – Ministério Público Estadual

DIA 24 DE NOVEMBRO (tarde)

14h00 – Apresentação especial:

Michael Reynolds – International Bar Association
– “*International Competition Network’s developments*”

14h20 – Paineis II: CONCORRÊNCIA E
REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO /
*COMPETITION AND REGULATION IN THE
FINANCIAL SECTOR*

Coordenadora / *Chairperson*: Cristianne Saccab
Zarzur – IBRAC

Amaro Luiz de Oliveira Gomes – Chefe do Depto.

de Normas do Sistema Financeiro (Denor)

Daniel Goldberg – Secretário de Direito

Econômico – SDE/MJ

Gesner Oliveira – IBRAC

João Manoel Pinho de Mello – Professor

Assistente da Faculdade Economia da PUC-RJ

Marcelo Barbosa Saintive – Secretário de

Acompanhamento Econômico – SEAE/MF

Marcos Cavalcante de Oliveira – Sturzenegger

e Cavalcante Advogados Associados e membro da

Comissão Jurídica da FEBRABAN

DIA 25 DE NOVEMBRO

09h00 – Paineis III: O CADE, A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA E AS TENDÊNCIAS /
*CADE – CASE-LAW: RECENT
DEVELOPMENTS AND NEW TRENDS*

Coordenadores / *Chairpersons*: Sérgio Varella
Bruna e Dra. Elizabeth Farina

Mesas de Debate

Tema 1. Condições para aprovação de atos de concentração: medidas estruturais ou comportamentais? A negociação com os administrados; sua adequação a cada caso concreto; a participação de terceiros interessados na proposição de tais condições; a implementação e seu monitoramento.

Debatedores

Arthur Badin – Procurador-Geral do CADE

Luis Fernando Rigato Vasconcellos –

Conselheiro do CADE

Luis Fernando Schuartz – Conselheiro do CADE

Mauro Grinberg – IBRAC

Marcelo Procopio Calliari – IBRAC

Ricardo Inglês de Souza – IBRAC

Tema 2. Conceito de controle em atos de concentração econômica. Quais os princípios que devem ser aplicados na caracterização do controle? Quais

os tipos de alteração nos poderes societários ou no capital social de determinada companhia que exigem notificação? Discussão do conceito de “grupo econômico” para fins de avaliação da necessidade de submissão (cálculo do faturamento).

Debatedores

Ricardo Cueva – Conselheiro do CADE

Lauro Celidônio Gomes dos Reis – IBRAC

Tito Amaral de Andrade – IBRAC

Tema 3. A demonstração de eficiências pelas partes em atos de concentração. Interpretação do art. 54, § 1.º, I, da Lei 8.884/94. Quando de faz necessária? De quem é a obrigação da prova? Como demonstrar eficiências projetadas para o futuro e que dependem de fatores extrínsecos às próprias partes (conjuntura econômica, tendências de mercado etc.)?

Debatedores

Paulo Furquim – Conselheiro do CADE

Luiz Carlos Delorme Prado – Conselheiro do CADE

Arthur Barrionuevo Filho – IBRAC

Marcio de Carvalho Silveira Bueno – IBRAC

SUMÁRIO

ABERTURA	
<i>Sérgio Varella Bruna</i>	7
<i>Elizabeth Farina</i>	7
Painel I – CARTÊIS: INTERFACE ADMINISTRATIVA E CRIMINAL	19
<i>Marcos Vinícius de Campos</i>	19
<i>Marcelo Moscogliato</i>	20
<i>Friedmann Anderson Wendpap</i>	44
<i>José Mário Barbuto</i>	53
<i>Shawn Neylan</i>	65
DEBATE	77
Painel II – CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO / <i>COMPETITION AND REGULATION IN THE FINANCIAL SECTOR</i>	87
<i>Cristianne Saccab Zarzur</i>	87
<i>Michael Reynolds</i>	87
<i>Marcelo Saintive</i>	100
<i>Gesner Oliveira</i>	110
<i>Amaro Luiz de Oliveira Gomes</i>	134
<i>João Manoel Pinho de Mello</i>	145
<i>Marcos Cavalcante de Oliveira</i>	158
<i>Daniel Goldberg</i>	172
<i>Amadeu Ribeiro</i>	188
<i>Doutor Sicsú</i>	189
<i>Elizabeth Farina</i>	191
<i>João Manoel Pinho de Mello</i>	192
<i>Conselheiro Prado</i>	194
<i>Mauro Grinberg</i>	196
<i>Doutor Laércio</i>	197
<i>Mauro Grinberg</i>	200
Painel III – O CADE, A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E AS TENDÊN- <i>CIAS / CADE – CASE-LAW: RECENT DEVELOPMENTS AND NEW TRENDS</i>	
Tema 1.....	201
Tema 2.....	227
Tema 3.....	241



ABERTURA

■ Sérgio Varella Bruna

Bom dia a todos. Queria dar as boas-vindas a todos os nossos participantes do Seminário. Bem vindos a Campos do Jordão. Estamos aqui reunidos mais uma vez. E hoje começam as atividades do Seminário. Temos um programa que, a meu juízo, é bastante interessante. Acho que estamos preparados para um bom evento e, como sempre, nessa hora, acho que é necessário agradecer àqueles que organizaram esse evento, àqueles que participaram da coordenação dos painéis (a seleção dos temas e a montagem dos painéis fora feitas em comissões, então nem todos aqueles que estarão aqui sentados às mesas é que ajudarão a fazer essa composição, essa formatação de painel). Tenho esperança, ou melhor, a certeza de que vai ser bastante interessante. Como sempre, gostaria de agradecer ao José Carlos e à Dora do IBRAC, que têm papel fundamental na organização desses eventos que a gente vem realizando graças a Deus com sucesso, sucesso que é devido sobretudo à atuação deles. Então, sem muita demora, gostaria para iniciar o nosso programa de convidar a doutora Elizabeth Farina para fazer a sua apresentação sobre o ano do CADE. Muito obrigado.

■ Elizabeth Farina

Bom dia! É um prazer estar aqui mais uma vez. Eu agradeço todo empenho que o IBRAC tem tido para manter esse nosso encontro anual, onde podemos rever os amigos todos juntos, e não só em audiências, e podemos trocar idéias de maneira mais informal. Este ano estamos com várias pessoas do CADE aqui, várias delas gestores pela primeira vez. O CADE traz um conjunto de pessoas que agora são do corpo permanente do órgão, então eu estou muito contente com esse fato.

Bem, vou falar rapidamente do que já se tornou uma tradição aqui: é o primeiro balanço do ano antes de o ano terminar, que eu gosto sempre de

compartilhar com a comunidade mais próxima da defesa da concorrência. É a primeira vez que eu falo para vocês já no meu segundo mandato, então estou na reta de saída. Eu acho que alguns objetivos que foram colocados lá no início da primeira gestão com o primeiro conjunto de Conselheiros com quem eu tive a felicidade de compartilhar o plenário do CADE, que foi somado, acompanhado e reforçado pelo novo conjunto de Conselheiros que depois também vieram para o CADE, continuam sendo os mesmos: melhorar a celeridade, a transparência, a eficiência e a eficácia; uma participação ativa na rede de comunidade de concorrência internacional, a advocacia da concorrência; e a melhoria da comunicação tanto interna ao nosso órgão e ao sistema como com a comunidade externa. E, dentro desses objetivos de celeridade, eu tenho sempre procurado trazer números para que possamos dimensionar o tamanho do problema e fazer um plano para enfrentá-lo, que não é pequeno, e a morosidade dos julgamentos, eliminar e reduzir estoques de processos, que sempre foi um objetivo e continua sendo, e reduzir o tempo de julgamento, que é algo que nós temos conseguido fazer sistematicamente.

Esse é um gráfico sobre o qual até o meu novo assessor de comunicação, que também veio na esteira dos gestores, comentou hoje comigo: Ah! Esse gráfico aí aparece em todas as suas apresentações, então vou dar uma melhorada nele para a próxima. Eu disse: Ótimo, porque é importante vermos a evolução das coisas e se estamos melhorando ou, pelo menos, não involuindo. E dentro daquele objetivo de celeridade eu acho que em termos de redução de estoque de processos, ou seja, de dar uma resposta para os administrados, acho que continuamos melhorando. Aqui nós temos 2006 até novembro, houve uma queda grande do tempo, desculpe, do estoque e continuamos buscando esse objetivo de reduzir os estoques, tanto que eu acho que agora nós entramos já num fluxo regular. Acho que não vai haver uma redução grande agora porque há gabinetes que dizem assim para mim: olha, não tenho nada lá, só falta aquilo que ainda virá da SEAE, que foi distribuído mas ainda virá da SEAE, da SDE, como instrução dos atos de concentração. Então acho que agora, sim, nós entramos num ritmo normal.

Olhando esses atos de concentração nessa linha vermelha, estou apontando na cabeça aqui da mesa o número de dias, que continuam em queda, e um esforço de julgar o conjunto de processos, de eliminar o estoque, que foi o esforço de 2004/2005. E agora eu acho que realmente estamos num

processo normal de entrada e saída de processos. E esse aí é o gráfico do ano passado (2005), que mostra a distribuição do tempo dos processos em atos de concentração quando já tínhamos a maior parte do... 92% até seis meses no CADE. Mas a grande concentração em até 60. Então, cresceu muito o número de processos que ficaram lá 30 dias. Na última sessão, em média os ACs que foram julgados tinham 35 dias: é a média de todos os ACs julgados na sessão de quarta-feira passada; e reduziu-se também o desvio padrão: era de 114 dias e passou a 90 dias, o que também é um sinal de melhora, pois a média às vezes mais esconde do que mostra. Quando não só a média começa a cair em termos de dias mas também o desvio padrão começa a diminuir, acho que vamos atingindo uma *performance* melhor para o administrado e para o administrador também.

Quanto aos processos administrativos, eles são muito mais longos, mas eu acho que ainda temos muito espaço para ganhar, também no mesmo sentido de redução, de limpar estoque, como eu já comentei o ano passado. Aqui o gráfico mostra o esforço dos órgãos de instrução de principalmente limpar o estoque, e eu acho de novo que nós começamos a entrar num processo de normalidade, em que há um fluxo de entrada e saída mais ou menos equilibrado. Aqui, nas averiguações preliminares, não há muito o que comentar. Então, em termos de celeridade eu acho que ainda, lógico, temos muito a ganhar, sempre temos a ganhar, mas acho que continuamos avançando; e em termos de transparência, os pontos já são conhecidos. Entretanto, eu queria chamar a atenção para dois pontos aqui: além da transmissão por Internet, que continua, a pauta eletrônica, que eu não sei se vocês têm usado para acompanhar as sessões do CADE de maneira remota. Ao entrar na pauta eletrônica, aparece o relatório da SEAE. Agora colocamos uma coluna para o Ministério Público. Então, já podemos começar a disponibilizar os relatórios – pelo menos os pareceres e relatórios estão na pauta eletrônica, então dá para acompanhar perfeitamente a sessão com o material na mão. A questão da agenda, que é pública, isso sempre disponível, e é uma resposta a pedidos dos interessados nos casos. Mas eu queria chamar a atenção para esses dois aqui: digitalização das decisões e digitalização do arquivo, consulta a jurisprudência que sempre é um objetivo perseguido e que tem tido dificuldades de ser concretizado. O que conseguimos fazer este ano, e que ainda não está disponibilizado de maneira fácil, mas que já temos todas as condições para pôr isso rapidamente no ar, é que digitalizamos todos os acórdãos e pautas. Os acórdãos, os relatórios e os votos

vão estar disponíveis também rapidamente e a consulta vai poder ser feita por ementa. Então, por exemplo, se você faz uma consulta, se você quer saber de casos sobre combustível, você vai haver um lugar em que você põe a palavra “combustível”, e vão aparecer as ementas que mencionam o mercado de combustíveis. Daí, pela ementa você entra nos processos e em toda etapa você vai identificar os votos etc. que trataram daquele tema, isso eu já testei lá no CADE, está começando a funcionar, e assim que estiver “redondo” ele irá para o público.

Quanto à digitalização do arquivo e consulta à jurisprudência, que é fundamental, nós estamos em passos muito lentos. Eu acho que poderíamos ter avançado muito, mas nossa limitação é estritamente orçamentária, mais do que qualquer outra coisa. Depois eu vou mostrar para vocês essa história um pouco mais detalhadamente; mas, enfim, isso não saiu dos nossos objetivos, e espero que consigamos rapidamente cumprir mais essa meta.

Os objetivos de eficiência claro que continuam dentro do nosso conjunto de metas, e eu queria então chamar a atenção para o regimento do CADE e dizer a vocês que, depois da consulta pública, de alguns meses e de muitas sugestões, tivemos reuniões do plenário passando artigo por artigo do regimento. Nesse momento, ele foi todo relido, revisto, repensado, e então nós vamos abrir por um período de consulta pública, para vocês verem como é que ficou, as sugestões que acolhemos. Nós dividimos o regimento em regimento e um livro que ficou apelidado dentro do CADE de “livro amarelo”, porque tudo o que queríamos tirar do regimento e pôr nesse livro, o Paulo Cesnik pintava de amarelo. Então, o nome carinhoso das normas internas de procedimento ficou sendo “livro amarelo”. Assim, teremos dois documentos, que foi uma sugestão que surgiu nas primeiras discussões de regimento interno, que tinha 270 artigos: agora, então, ele está magrinho, eu acho que está pronto para ser votado no plenário, mas ainda assim vamos abrir para a comunidade antes. Então, esses documentos de normas internas, que vai ser o livro amarelo, ainda não está pronto.

Hoje então estamos colocando no ar a consulta pública de uma resolução que altera a antiga forma de cálculo das multas por intempestividade. Ela ficará em consulta pública e depois pretendemos aprová-la. Enfim, esse foi um aprendizado de dificuldades que todos tínhamos, administrados e administradores, de lidar com as fórmulas de cálculo muito complexas. Mesmo os cinco Conselheiros economistas, tinham uma certa dificuldade em fazer as

contas, então resolvemos fazer uma resolução um pouco mais simplificada, que é a página do CADE que estamos acessando nesse momento. Portanto, no dia 24 de novembro, em homenagem ao IBRAC, nós estamos colocando em consulta pública essa resolução.

A segunda matéria que está indo também para a página do CADE, para a consulta de vocês em homenagem aqui ao encontro é uma matéria importante, que altera o formulário, o Anexo I de submissão dos atos de concentração, com o objetivo de consolidar um aprendizado dos órgãos de instrução e dos órgãos de julgamento, do conjunto de informações que permite maior celeridade na decisão. A idéia é que, já que sabemos que sempre vamos pedir uma porção de coisas a mais ou a menos, se disso se pode abrir mão, a gente não usa, e isso usa, o outro está faltando, esse é que foi o objetivo e a intenção de alterar esse formulário de apresentação, isso tudo está entrando em consulta pública. A idéia é que isso seja feito de maneira eletrônica, digital, e até o final de abril acreditamos de que estará tudo funcionando, ou seja, você poderá fazer a submissão toda por meio digital. Lógico que não vai ser imediata, vamos ter um período de transição, de adaptação. Mas o plano é que isso tudo fique pronto no final de abril, então, repito, está já no *site* do CADE para a consulta dos senhores.

Quanto ao objetivo de comunicação interna e externa, eu acho que a relação com a imprensa que o CADE tem tido tem sido muito boa. Acho que só não é maior talvez até por um pouco do perfil do presidente. Acho que o CADE não precisa estar mais na mídia do que já está, quer dizer, já temos um tema, que é o desejo da imprensa, e eu acho que o órgão julgador precisa desse espaço para dar, enfim, aquela informação resumida, sobre o que é o coração da decisão, especialmente nas decisões mais polêmicas etc. Eu acho que esse relacionamento tem sido muito bom, acho que a imprensa tem cuidado, tem tratado bem o CADE no sentido de ouvir antes de sair publicando coisas. Então, estou satisfeita com isso e agradeço inclusive à assessoria do CADE e à assessoria que está saindo agora do MJ – pois a Léa me ajudava muito também: sempre que eu precisava de um apoio, ela me socorria.

Bom, quanto à revista do CADE eu queria fazer um pleito aqui. Todos conhecem. Eu acho que a revista do CADE está fazendo um grande esforço – a Beatriz está aqui, que toca a revista do CADE para valer e o Prado, que é o editor-chefe, e eu acho que eu posso falar em nome dele também. A revista do CADE está fazendo uma grande reformulação. Estamos fazendo

um esforço enorme nesse sentido de ser uma revista que possa ser indexada na CAPES – aqueles que têm relações com a vida acadêmica sabem o que isso significa, isso faz toda a diferença. Então, hoje há um corpo de pareceristas *ad hoc* para dar contribuição para os artigos que são submetidos, mas precisamos de artigos. Precisamos quebrar o círculo vicioso que é: pelo fato de a revista ainda não ser indexada, então não mandam artigos. Mas nunca vamos conseguir indexá-la se não tivermos artigos de boa qualidade e um número crescente de boas publicações etc. Então eu falo aqui ao público que trabalha com isso, que tem a casuística na mão, que estaremos aguardando, a Bia de braços abertos, os artigos que os senhores tiverem para ser publicados. E, embora tenha o nome de revista de Direito, publica artigos de Economia também.

Um outro esforço que acho que está indo para o ar agora, mas na comunicação interna é a Intranet, que é um esforço grande que o Ricardo está fazendo pra colocar, articular melhor o próprio CADE. E o último, de novo um lançamento do ano, que é o CADE Informa. Eu vou mostrar para vocês o primeiro Newsletter do CADE, embora eu não goste desse nome Newsletter, mas acho que mostra bem o que é: tem essa carinha aí. É eletrônico porque eu acho que não necessita mais papel. Sempre vai ter essa cara: o primeiro vai sair com um artigo curto como é todo tipo Newsletter, que é da Sara Mathias, que fez a abertura do prêmio CIEE e que é um membro do *staff* do Federal Trade Commission e foi responsável por uma parte do relatório sobre concorrência na área de saúde nos Estados Unidos. Ela fez uma apresentação no CADE e aí tem um pequeno resumo que ela mesmo preparou e nós traduzimos para o CADE Informa. Sempre haverá uma entrevista. Claro, como eu sou o presidente, falei que a primeira seria minha. Mas vamos ter várias entrevistas, que serão sempre entrevistas curtas, depois as notícias, pois afinal de contas o nome é CADE Informa, e os destaques das sessões daquele mês. Vamos começar com uma periodicidade mensal, que eu acho que está de bom tamanho para começar, e daí a agenda. Então, este é o primeiro número que eu estou apresentando aqui para vocês do CADE Informa, que vai sempre estar disponível na nossa página e que nós vamos mandar para um *mailing* inicial, em que você pode dizer: não quero receber.

Bom, isso tudo com muitos poucos recursos. Eu acho que seria bom vermos um pouco como foi a despesa de custeio do CADE. Ela é basicamente financiada com a fonte das taxas de recolhimento de atos de

concentração, que é dividida igualmente em três, mas o único que tem que pagar do porteiro à secretária da presidência com esses recursos é o CADE. Assim, eu achei que seria bom vocês verem o que aconteceu entre 2005 e 2006 especialmente num momento em que as manchetes dos jornais são sempre de o governo aumenta os gastos de custeio – pelo menos o CADE não tem contribuído para esse aumento. Então, a despesa de custeio de janeiro a novembro, para ficar comparável, em 2005 foi de seis milhões. Aqui é a despesa. E foi de cinco milhões e oitocentos, em 2006. Houve, portanto, uma queda e não um aumento em termos nominais, e eu quis mostrar para vocês a importância do que eram os gastos com temporários que foram pagos com taxa de ato de concentração, fonte 175: receita variável pagando despesa que não é variável. Gastos com temporários em 2005, de janeiro a agosto, porque aqui, de novo, para comparar com 2006, porque os temporários eram temporários até agosto e, depois, foram embora, representavam 27,9% da nossa receita de custeio, 1/3 para pagar o *staff* do CADE, e isso foi verdade até agosto de 2006. Então, a importância dos gestores, além de ter um corpo que mantém a cultura e o conhecimento dentro do órgão, se reflete também no orçamento, porque daí ele passa para a fonte 100, ou seja, ele vai sair da nossa fonte 175.

Se olharmos janeiro a novembro de 2005, foi de 27,2%, e aí há uma queda para 17% em 2006, porque paramos de pagar os temporários, e os gestores são pagos pelo orçamento fonte 100. No tocante a passagens subsidiadas, que é outra sempre enorme discussão quando se fala a respeito de gasto público, houve uma queda de 23% nesse ano. E vou dizer para vocês que isso teve consequências negativas, porque muitos Conselheiros teriam podido se beneficiar muito de ter participado, por exemplo, do encontro da OCDE, do encontro da ACM, ou mesmo de viagens nacionais. E eu não pude trazer mais gente do CADE porque realmente tínhamos uma restrição gigante na área de passagens e de diárias, especialmente diárias. Então, há perdas por conta dessa redução aí, e a perda pior, acho que é o recurso de capacitação, porque você começa a pagar a conta de água, de luz, de telefone, secretária etc. e daí é na capacitação que se corta: capacitação, advocacia da concorrência, houve menos 25% entre 2006 e 2005, o que é uma perda de qualidade, no meu entender, mas era o que dava para fazer. Então, eu queria compartilhar as angústias também com vocês, não só as coisas boas, e agradeço esse espaço que sempre o IBRAC me dá. Obrigada.

CADE

2006

Elizabeth M.M.Q. Farina – Campos do Jordão, 24 de novembro de 2006

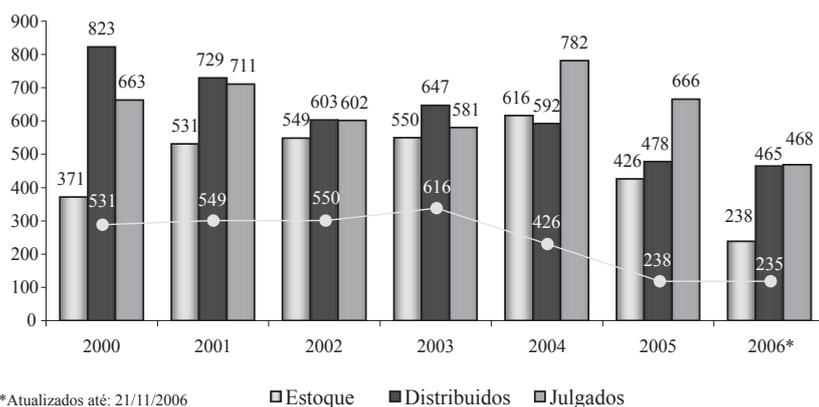
Objetivos

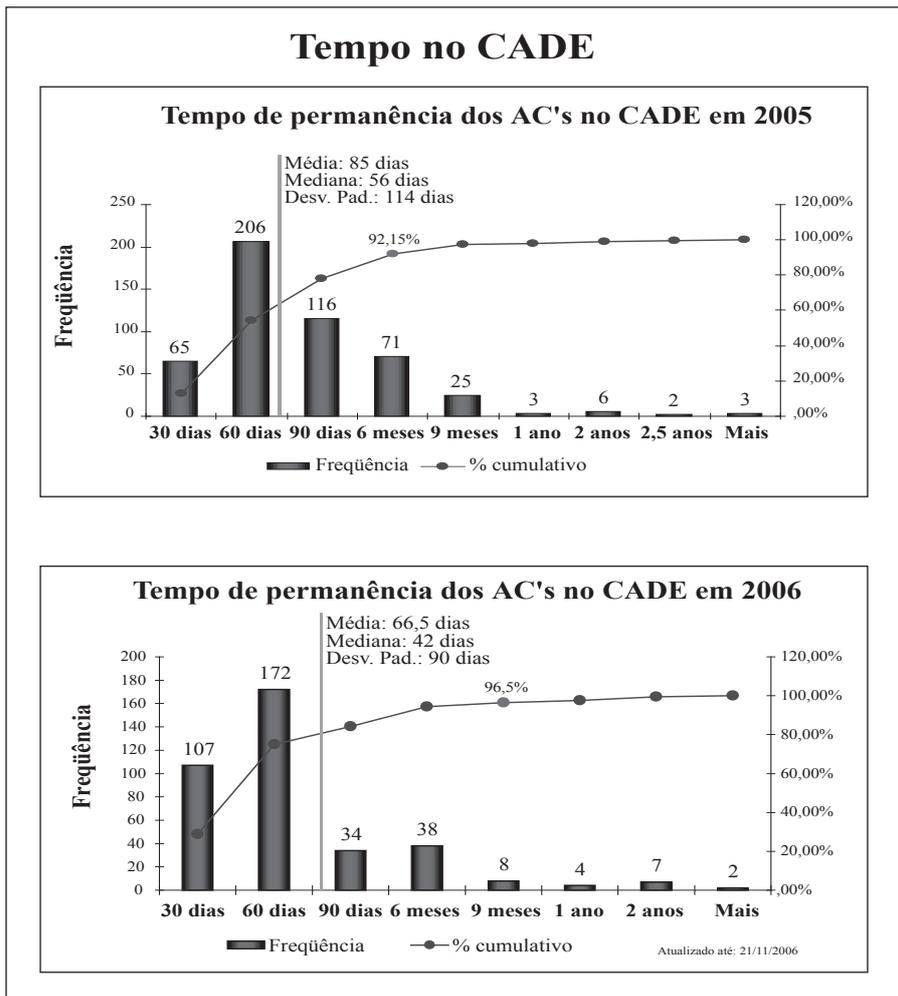
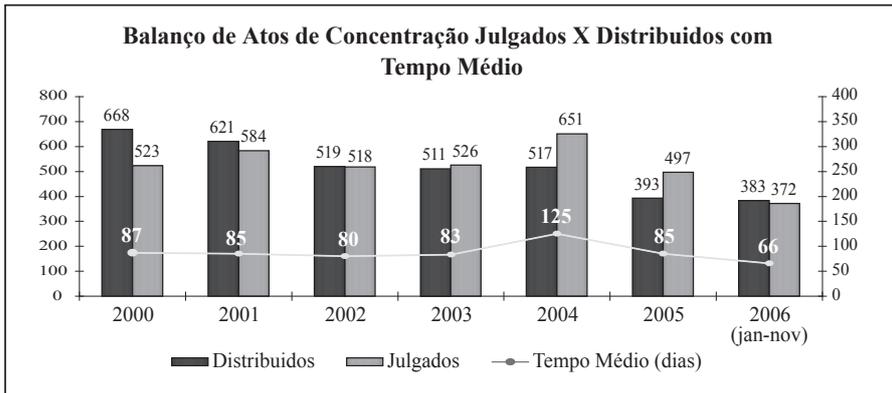
- Celeridade
- Transparência
- Eficiência
- Eficácia
- Participação ativa na rede da comunidade da concorrência
- Advocacia da concorrência
- Melhoria da comunicação interna e externa

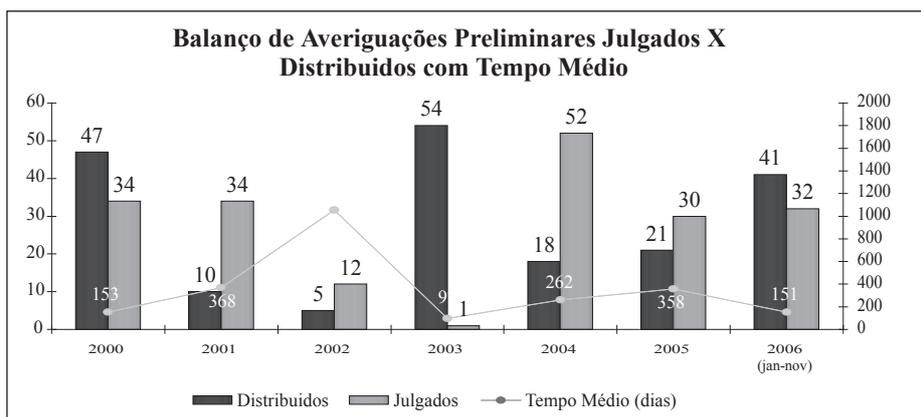
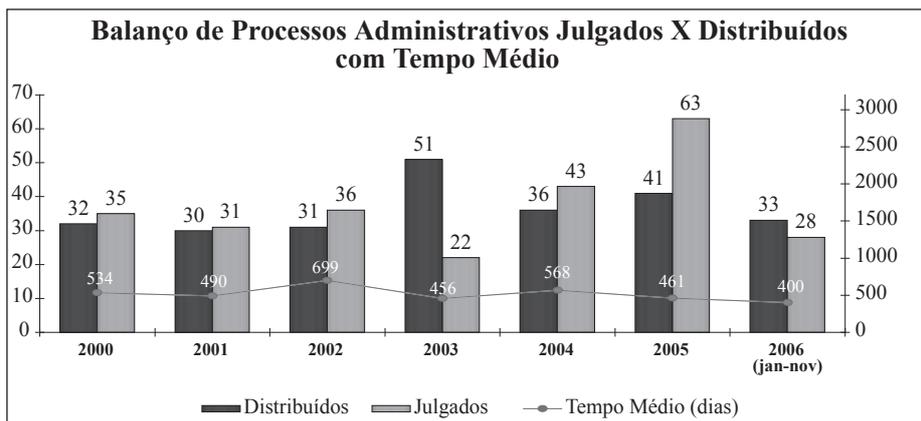
Objetivos: Celeridade

- Estatística – dimensionamento do problema
- Enfrentar a morosidade dos julgamentos pelo CADE
- Eliminar ou reduzir substancialmente os estoques
- Reduzir o tempo de julgamento
 - AC – 125 para 66
 - PA – 568 para 400

Evolução dos Processos Julgados X Distribuídos com Estoque no CADE







Objetivos: transparência

- Transmissão das sessões por internet
- Pauta eletrônica
- Manutenção da agenda pública
- Resposta aos pedidos dos interessados nos casos
- Digitalização das decisões
- Digitalização do arquivo – consulta à jurisprudência

Objetivos: Eficiência

- Súmula – alteração do critério de notificação
- Ritos sumários (75% dos casos)
- Informatização das sessões de julgamento
- Criação da Secretaria Processual
- Regimento do CADE
- Documentos de normas internas
- Resolução multas de tempestividade
- Alteração do Anexo 1 (AC)
 - Informações
 - Digitalização

Objetivo: Comunicação

- Relação com a Imprensa
- Revista
- Intranet
- Cade Informa

Tudo com Muito Pouco Recurso**Despesas de Custeio do CADE**

Tipo de Despesa	2005	Peso (%)	2006	Peso (%)	Varição 2005/2006 (%)
Despesa de Custeio (jan-nov)	R\$ 6.090.105,18	-	R\$ 5.830.887,06	-	-4,3
Gastos com temporários (jan-ago)	R\$ 1.210.605,49	27,9	R\$ 1.021.521,39	24,0	-
Gastos com temporários (jan-nov)	R\$ 1.654.893,12	27,2	R\$ 1.021.521,39	17,5	-
Passagens e diárias (jan-nov)	R\$ 304.037,15	5,0	R\$ 232.229,18	4,0	-23,6
Capacitação (jan-nov)	R\$ 63.482,15	-	R\$ 47.187,24	-	-25,7



Painel I – CARTÉIS: INTERFACE ADMINISTRATIVA E CRIMINAL / *CARTELS: ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL APPROACHES*

Coordenador / *Chairperson*: Marcos Vinícius de Campos –

Prof. da Faculdade de Direito da FAAP

Marcelo Moscogliato – Ministério Público Federal

Friedmann Anderson Wendpap – Juiz Federal

Shawn Neylan – Stikeman Elliott Canada

José Mario Barbuto – Ministério Público Estadual

■ **Marcos Vinícius de Campos**

Bom dia a todos. Eu, na qualidade de presidente do 1.º painel, quero agradecer a participação da doutora Elizabeth Farina, que sempre nos traz notícias muito boas, de que o governo vem investindo bastante nesta área. E, a propósito desse tema, gostaríamos de agradecer a presença aqui dos oradores deste painel, no caso em particular do doutor Marcelo Moscogliato, que é Procurador Regional da República junto ao Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e mestre pela Universidade de Davis, na Califórnia, a participação do juiz federal doutor Friedmann Wendpap, que é professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti, no Paraná, e da Escola da Magistratura Federal, com mestrado em Direito Público na Universidade Federal do Paraná, e presidente da Associação Paranaense dos Juízes Federais, e também do doutor Shawn Neylan, que é advogado militante no Stateman Eliot em Toronto, no Canadá, que é experiente na área de competição, na parte criminal, com amplos casos, que vai também nos ajudar a mostrar o modelo no Canadá, e por fim do doutor José Mário Barbuto que é membro do Ministério Público Estadual, atua no GAECO há um bom tempo, tendo ampla experiência também em processos criminais na área mais particularmente do nosso interesse, que é a apuração de cartéis. Digo isso porque este painel foi pensado e desenhado para tratar de questões que hoje afligem aos nossos membros do IBRAC, particularmente na interface entre o processo administrativo e o processo criminal para a apuração dos cartéis. Quando a diretoria do IBRAC propôs esse tema, realmente o propôs

à luz de fatos que ocorrem hoje em vários cantos do País e que estão nos levando algumas preocupação particulares, quais sejam, basicamente, nós temos a apuração criminal andando bem mais rapidamente do que a apuração administrativa, o que evidentemente traz uma enorme responsabilidade para a justiça, para os juízes, para o Ministério Público e para nós, advogados, preocupações, afinal estamos num país continental, temos questões relativas a competência, temos a interveniência da justiça estadual, da justiça federal, dos órgãos de defesa do interesse público, no caso o Ministério Público, em particular, nos dois níveis também. E os problemas que decorrem desses dois processos, o criminal e o administrativo, são problemas concretos, como a questão da obtenção das provas, o uso emprestado das provas, a participação do Ministério Público e do juiz criminal no programa de leniência, estes são todos temas que vão evidentemente ser explorados pelos painelistas e sobre os quais posteriormente teremos a oportunidade de discutir. Então, sem mais demora, quero agradecer de fato a presença dos painelistas, dos oradores e passar a palavra ao primeiro orador, o doutor Marcelo Moscoqliato.

■ Marcelo Moscoqliato

Obrigado. Bom dia. Salve a doutora Elizabeth Farina, presidente do CADE e o doutor Marcos Vinícius em nome do IBRAC. Agradeço o convite. Para mim é uma grande honra estar aqui com vocês, e mais feliz ainda eu fico por ver tanta gente interessada em concorrência e nas questões relacionadas a Direito e Economia, porque é isso que eu enxergo aqui. não só a questão concorrencial. E eu acredito que um grande avanço no nosso sistema vai acontecer no dia em que conseguirmos dar um passo adiante e entender como Direito e Economia funcionam e a relevância dessa relação. Eu confesso que, assim como o Gesner de Oliveira tem a sua veia jurídica – um dos advogados que eu mais leio hoje em dia é o Gesner de Oliveira, que não é advogado –, tenho uma veia de paixão pela Economia, não com competência, porque sou um desastre em matemática, mas se eu soubesse matemática talvez eu conseguisse raciocinar melhor sobre Economia. E, como o tempo é curto, já aviso a tradutora, que me pediu para dar um oi daqui, se por acaso eu falar rápido demais, no final estarei a disposição para esclarecimentos para quem fala português ou inglês.

Primeiro, por que nós temos direito? Alguém, quando veio para cá e saiu de São Paulo ou de Brasília, perguntou para o piloto ou para o motorista se ele tinha habilitação para dirigir, se o pneu estava cheio, se o tanque estava cheio, alguém perguntou qual era o caminho, alguém se preocupou chegando aqui em saber se tinha água quente ou água fria, se a alimentação era de boa qualidade e qual o risco de ser contaminado? Não! Acho que ninguém fez isso. Por que ninguém fez isso? Porque as coisas funcionam automaticamente, e uma das idéias em torno da existência do direito, é que ele existe justamente porque nós não nos conhecemos, e as coisas são estabelecidas de forma automática: é assim que a sociedade moderna funciona. Ao tempo em que o direito gera esse tipo de problema, ou melhor, de solução eu diria que seria bom pensarmos em uma outra coisa: O que é direito? Que são as regras? Eu não acredito em regra perfeita, eu não busco a regra perfeita, porque não acredito que seja possível escrever algo que gere unanimidade entre as pessoas – e não digo só entre os advogados ou os economistas. Eu acredito na construção de algo a partir do esforço coletivo. Eu gosto muito da apresentação de um livro de bolso, não é jurídico, é um livro de história de bolso *O que são as leis?* Nada mais são do que peças de papel, nada mais do que textos sem que as pessoas busquem que elas tem um *enforcement*, uma aplicação concreta, nada mais do que isso elas são. O direito existe porque nós não nos conhecemos. Por que o Judiciário brasileiro demora? Eu acho que o Judiciário brasileiro tem algumas coisas a aprender com o CADE, na apresentação da doutora Elizabeth Farina hoje, que é justamente a capacidade de difundir a informação de forma rápida, disponibilizar dados e tornar público o seu funcionamento o mais rápido possível. Digo isso também com relação à minha instituição, que caminha nesse sentido: o Ministério Público Federal. Por que demora? São muitas as respostas e só para se ter uma idéia – esse é um dado de 2004 e eu vou buscar o de 2006 –, estou esperando o Conselho Nacional de Justiça mostrar a sua estrutura e funcionamento para poder comparar: nos Estados Unidos houve 100 casos, no Supremo no Brasil, no mesmo ano, 106.228 casos. Há uma superoferta de decisões judiciais, que é uma das razões de as decisões judiciais sofrerem de inflação crônica e desvalorização automática. Ao tempo que o juiz produz uma decisão, outra automaticamente chega e a substitui. O preço da decisão judicial no Brasil é muito barato em termos econômicos, eu diria, de demanda e oferta. Porque a doutrina é tão relevante, porque não é tão fácil produzir um jurista ou publicar livros ou pensamentos, daí nós nos fiarmos muito mais na doutrina do que na jurisprudência como fonte de referência, essa é uma tese. Porque eu não consigo imaginar como seja possível funcionar dessa forma, e o meu Tribunal

funciona dessa forma, onde eu atuo funciona dessa forma. Há cuidado, há preocupação, há dificuldade, há um esforço para dar conta dessa demanda, mas me parece que a questão é entender que nem tudo tem que ser decidido, nem tudo tem que ter uma decisão individual. Há a súmula vinculante, mas antes dela nunca usamos uniformização de jurisprudência, argüição de inconstitucionalidade nos planos dos tribunais para reduzir o número de processos, e essa é uma questão posta para todos nós. Eu acredito nessa resposta quando digo porque o Judiciário demora para julgar. São muitas as respostas, mas uma delas me parece que está conosco, os operadores do Direito. Porque nós, operadores do Direito, advogados, juízes, promotores, constituímos a única profissão que domina um poder da República, que é o Judiciário. Nos outros poderes estão engenheiros, economistas, tradutores e fazendeiros, analfabetos, semi-analfabetos, etc. No Judiciário não: há exame de ordem, concurso público e assume-se a função e segue-se a carreira. Além disso, como nós, advogados, somos vistos? Essa é uma citação de um livro que eu me diverti muito lendo: *Sexo, drogas e economia*, e ao final, eu me incluo, está o.k., uma das exceções gerais à regra, ao princípio de que somente as pessoas pagam impostos foi violada no raciocínio da autora, porque ela concluiu que, é claro, advogados também pagam impostos, o.k. E para mim existem só duas categorias de profissionais no Direito. Por exemplo, na Medicina – minha mãe era médica – existem os que esqueceram compressa dentro de pacientes e os que vão deixar – os que não deixaram não existem; já entre os advogados, juízes e promotores, só existem os que já erraram ou os que vão errar, os que nunca erraram não existem, porque o indivíduo submetido ao estresse falha, e temos que entender o que isso significa. É fundamental compreender a urgência do sistema. Como todos aqui têm interesse por concorrência, não vou me ater muito a isso. Um dos fundamentos à idéia em torno da concorrência está bem resumida nessa introdução inicial *Restatement Third* do American Law Institute: porque defender a concorrência? Para competir pela preferência do futuro consumidor. E a competição cria incentivos para oferecer produtos com qualidade, preços razoáveis e promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos. Ao não combater a concorrência, transfere-se poupança de um lugar para o outro, ou seja, do consumidor, consumo presente, consumo futuro.

Há duas vertentes do Direito Econômico no Brasil, e nós vivemos grandes problemas dentro da nossa estrutura. O nosso Direito Econômico historicamente nos coloca uma dúvida: estamos aqui para defender a concorrência ou para intervir na atividade econômica? Qual a extensão disso? Como

viver no processo inflacionário e crônico, num Estado com um Executivo muito forte? Há dúvidas a respeito do funcionamento do sistema. As regras existem. Esse tipo penal da Lei 8.137 regula a concorrência, esse outro também concorrência, mas e esse outro aqui? Só fala de tabela, só fala de reajuste de preço, só fala de preço tabelado, congelado, administrado, fixado. Ora, o Estado fez isso. É só pegar um caso interessante no STJ em que a União foi condenada a indenizar empresas produtoras de açúcar porque a União fixou o preço do açúcar entre 1989 e 1994 abaixo daquilo que o produtor gastava para produzir. As empresas de açúcar ganharam a demanda, pois fixar preço tem um problema. Qual é o problema de fixar o preço, seja o Estado seja a empresa? Tabelar preço provoca um problema: a tabela nunca funciona, ou funciona num dado momento se ela deixar todo mundo contente, e a partir do momento em que ela deixa alguém descontente, o preço sobe ou desce, o mercado negro aparece, e assim por diante. Esse daqui é um tipo eu diria inflacionário, destinado em 1990 a combater o quê? Qual era o foco? Aqui não era a concorrência, isso daqui era destinado a dar força, a dar padrão, capacidade de aplicação e *enforcement* para a noção de governo da época de que uma tabela seria capaz de controlar a inflação, e não a despesa do governo. Outro exemplo que me chama a atenção – adoro esse tipo penal, e grifei porque é importante –: “comete crime de concorrência desleal”. Essa lei veio logo depois da criação da OMC, da qual o Brasil é um dos fundadores, e o dispositivo é da Lei de Propriedade Intelectual. O que é importante? Vejamos o *caput*: “Crime de concorrência desleal. Pena: detenção de três meses a um ano”. Advogado que faz transação penal nesse tipo de crime para mim pratica má advocacia. Por quê? Porque em três meses prescreve, e ninguém vai ser condenado a ficar na cadeia com um tipo penal desse tamanho. Quanto às infrações econômicas, as linhas gerais estão aqui, a base na nossa Constituição Federal, parágrafo único do 170 e parágrafo 4.o do art. 173 e idéias em torno de cartel. Essa é uma definição de cartel encontrada no dicionário de finanças do Sandroni: “acordos de empresas com fim comum”. Não há o elemento de ilícito nessa definição, acordo entre empresas pode acontecer em várias situações.

Todo cartel é ilícito? Se for, como é que ficam o cartel do petróleo, o cartel das drogas, o dos combustíveis, o dos transportes, o dos ônibus, o dos táxis, o da laranja, o dos Bancos? Existe cartel de banco no Brasil, cartel de médicos, de advogados? Todo cartel é ilícito? Se todo cartel é ilícito, por si só temos que tomar alguma providência contra a OLP, por exemplo, que é o cartel do petróleo. Precisamos entender como funciona o cartel, por exemplo

o nosso dos advogados, que tem inclusive tabela para cobrar honorários, não teme mesmo? No passado, quando eu me formei, eu exerci a advocacia por quatro anos e meio antes de fazer concurso público, e nós tínhamos uma tabela para cobrar por separação judicial consensual: eram três salários mínimos. Eu não sei qual é o preço hoje fixado, mas há um acordo de preços a respeito disso ou não há? Na minha época eu não conseguia cobrar três salários mínimos dos meus clientes porque eles eram pobres. Eu fiz a barbaridade de sair da faculdade e abrir meu escritório de advocacia sozinho, foi uma grande aventura.

Cartel envolve a noção de criar campeão nacional para competir internacionalmente. A grande pergunta quando se fala: vamos reforçar essa empresa porque ela ganha escala e se torna um grande exportador competindo com os gigantes do mercado internacional, porque isso é benéfico para a economia nacional. A pergunta é a seguinte: quem paga por criar um competidor nacional? Alguém vai pagar. Se é o consumidor, basicamente é ele que vai pagar porque essa empresa existe, porque subsídio pode ser público ou privado, depende da decisão estabelecida. Eu particularmente detesto subsídio. E mais, ali está sobre as profissões liberais. Isto daqui é de um artigo do Mário Monti, que era o comissário de concorrência da União Européia em que ele fala dos problemas que ele na União Européia enfrentou durante os dez anos praticamente que ficou no trabalho com as chamadas profissões liberais: engenheiros, advogados, arquitetos. Quer dizer, o problema vai para todos os lugares. Sobre o cartel dos Bancos, adoro esse texto da Agnès Belaisch publicado dentro do FMI – mandei isso por meio eletrônico para vocês. Ela questiona a taxa de juros no Brasil, quais são os motivos: alto risco, estabilidade econômica tal e tal, mas ela chega a uma conclusão de que há indícios empíricos que confirmam que no Brasil os bancos se comportam oligopolisticamente, e aqui se levanta uma série de questões em torno do comportamento bancário, desde a captura do regulador pelo regulado, até a forma como as estruturas são montadas, as opções que o consumidor tem etc. Mas eu vou deixar isso para lá, porque vamos para o ponto central da apresentação, que não quer mudar. Aqui temos a definição da Paula Forgioni sobre cartéis, que está no livro *Os fundamentos do antitruste*, com base no artigo 20 da lei, e aqui um tipo, o tipo penal *concorrência*. Artigo 4.º da Lei 8.137, de 1990: “Constitui crime contra a ordem econômica abusar da propriedade, do poder econômico mediante ajuste ou acordo de empresas para... e formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando...” Está ali: discriminar preço de bens ou prestação de serviços para ajuste ou acordo

de grupo econômico. São algumas das possibilidades de inserção de cartel. A minha pergunta para vocês está lá em cima: isso daqui é o que? *Per se* é a regra da razão. *Per se*? Boa resposta. Eu não acredito que seja *per se*, porque eu vou dar um exemplo: em Direito Penal nós chamamos *per se* a definição de conduta, ou seja, há uma definição da conduta praticada, e consequência é a pena. Entretanto, existem as famosas excludentes de juridicidade, de culpabilidade, de todas as justificativas de conduta. Ou seja, basta pegar o título do art. 121 do Código Penal, o mais simples de todos: matar alguém. Pena: seis a vinte anos. Isso é *per se*, o.k. Mas e se for por legítima defesa? E se for por estado de necessidade? E se por acaso existe alguma cláusula que implique excludente de diminuição de pena, redução de pena ou aplicação de algum outro conceito benéfico naquela situação concreta? Porque o grande problema da regra *per se* é justamente chegar ao beco sem saída, que é o seguinte: numa dada situação aplicar a regra *per se* é injusto. Em Direito Penal, a regra da razão tem outro nome, mas em Direito Criminal existe a regra da razão, a razoabilidade na aplicação da pena, que vai do artigo 69 do Código Penal até todas as regras que indicam que em determinadas situações você vai agravar a pena ou você vai reduzir a pena. Estelionato, parágrafo 3.o do art. 171: se houver entidade pública no pólo de vítima ou se envolvido o seu interesse, aumenta-se a pena. Isso é regra da razão? Porque ali tem de 1/3 a 2/3, e daí? Em Direito Penal eu digo: não temos situações de regra *per se*. Por que então nós temos regras e situações de regras *per se* em Direito Administrativo? É uma pergunta que eu deixo para vocês, porque eu não acredito que não existe no sistema infração *per se*. Existe definição de conduta e essa definição é feita pelo legislador e as agências, os tribunais, e as Cortes aplicam mas sempre se valendo da regra da razão, que pode ter vários nomes dentro do sistema: razoabilidade é a questão.

Feito o tipo, vamos para a regra da razão. Esse texto eu peguei do advogado Gesner de Oliveira (que eu disse para vocês que se disfarça de economista mas que é advogado na verdade), publicado agora esse ano, em inglês, na revista na North Western. Eu tenho feito pesquisa a respeito do CADE e o que tem sido produzido a respeito do nosso sistema concorrencial em termos de doutrina no sistema americano, que é o que me interessa. E é muita interessante ver muitas vezes como as coisas são publicadas ou são apreciadas de lá para cá, justamente por conta da experiência antitruste que eles tem lá. Algumas questões a serem consideradas no processo contra cartéis: primeiro, a competência criminal Ministério Público no CADE, a leniência e a interceptação telefônica, e a prova emprestada.

Competência criminal, esse é o grande foco de discussão. O artigo 109 da Constituição Federal diz que aos juízes federais compete processar e julgar, no inciso IV, quando a União tem interesse, no inciso VI, os crimes contra a ordem e o sistema econômico-financeiro, quando a lei assim determinar. A interpretação que tem sido dada é que quando a hipótese se enquadra no inciso VI, é especial em relação ao inciso IV – parece que esse tem sido o entendimento predominante. O Supremo Tribunal Federal decidiu isso em novembro do ano passado num *habeas corpus* relacionado a petróleo e óleo, que diz: há interesse da União, sim, da Agência Nacional de Petróleo; entretanto, a especialidade da regra no inciso VI diz que se afasta o inciso IV do art. 109 e a competência é da Justiça Estadual. Em termos de crime, essa é a definição de competência hoje, sobre a qual eu tenho algumas dúvidas que vou trazer para vocês.

Primeiro, acredito que existe uma armadilha nessa definição de ordem econômico-financeira: quem colocou bem a questão foi o José Afonso da Silva, no seu festejado *Direito constitucional positivo*, que diz que há duas ordens econômico-financeiras dentro da Constituição Federal: uma pública, aquela relacionada a orçamento e gestão, que a doutora Elizabeth Farina trouxe para cá com muita maestria para demonstrar que o sistema funciona e quais são as agruras do gestor público. Para nós brasileiros é uma vergonha, eu acredito, ver que a nossa agência de concorrência funciona com um orçamento de aproximadamente 5 milhões de dólares por ano: é pouco, é muito pouco (se há alguma coisa útil a ser feita nesse país é brigar para isso aumentar. Eu li, mas eu somei todos, fiz pela média 7,5 milhões e pouco e dividi por 2,2, como eu não sei matemática, deu mais ou menos isso: 5 milhões, então está pior ainda do que parecia, são 3 milhões de dólares aproximadamente). Só voltando um pouquinho, a questão do público, e aí vem a disposição lá no inciso VI é que envolve não mais a gestão e o orçamento público, mas sim o relacionamento e as operações privadas, as financeiras privadas e públicas na interface que existe entre bancos etc., funcionando o Banco Central e o sistema financeiro nacional como o grande órgão de ligação disso. Decorrencia disso está aqui: o julgado do Supremo Tribunal Federal do ano passado em que essa competência foi definida, e aí eu tenho a pergunta: se todo crime econômico-financeiro para ser da competência federal depende de lei específica que defina essa competência e nós temos um problema, por exemplo, de informação privilegiada, em não há definição de competência apesar de a CVM ser o único órgão que funciona dentro do sistema. Os crimes contra a ordem econômico-financeira são definidos assim como concorrenciais e há

também os relacionados ao petróleo e ao óleo. Mas eu busquei no Código Penal essas disposições aí no art. 359, do *a* ao *h*. São crimes contra a ordem econômico-financeira ou não? Essas disposições foram inseridas no nosso Código Penal em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal, esse foi o fundamento, a razão. Isso daqui é crime contra a ordem econômico-financeira ou não? Isso daqui: restos a pagar, ordenar a funções de obrigação sem base, ordenar despesa não autorizada em lei – doutora Elizabeth, vou usar a senhora um pouquinho como exemplo, por favor, com licença. Vamos imaginar que a doutora Elizabeth na gestão dessa fábula de 3 milhões de dólares por ano realize uma despesa não autorizada por lei: crime contra a ordem financeira de quem? Do Estado? Se é um crime contra a ordem financeira do Estado e não há disposição expressa definindo competência para esse tipo de crime no Código Penal e em nenhum outro lugar, se eu seguir o raciocínio desenvolvido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vou afastar a aplicação do inciso IV para dizer que tem que prevalecer o inciso VI do artigo 109, e vou dizer para a doutora Elizabeth Farina o seguinte: olha, a senhora é presidente de autarquia federal, mas eu tenho que aplicar o artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal, e a senhora vai ser processada e julgada por um juiz estadual. É só um exemplo, é só um problema que eu já avisei aos meus colegas. Eu vou ser o primeiro Procurador Regional da República que quando chegar uma representação contra autoridade federal com foro privilegiado ou prefeito ou juiz gestor do foro, juiz federal diretor do foro e acusado de uma dessas infrações aqui, vou dizer: vamos seguir o Supremo Tribunal Federal, não é da competência do TRF; é da competência do TJ, porque eu tenho que afastar a aplicação do inciso IV, regra geral, para aplicar o inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal. Eu acredito que essa competência mais cedo ou mais tarde vai ser revista por conta de alguns problemas em torno disso, mas hoje o que prevalece é isso. Por que existe o inciso VI? Existe o inciso VI porque sem aquelas cláusulas todos os crimes contra a ordem econômico-financeira de município e de estado seriam crimes federais. Mas não quero excluir o resto. Sobre essa questão da competência, a minha colega da Procuradoria escreveu um texto sobre isso e ela traz algumas questões: não há como em outros casos competência administrativa comum com os estados membros. A única agência, a única autarquia, o único órgão encarregado de regular e combater infrações contra a ordem econômica é o Sistema Brasileiro da Concorrência, não existe essa entidade no âmbito do estado. A mesma coisa ocorre com relação à Comissão de Valores Mobiliários: não existe CVM estadual, municipal, local. O interesse direto da União e a forma como isso funciona para mim parece claro.

Aqui, eu adoro esse caso, ele é fabuloso, quem leu meu texto, que foi distribuído já sabe: é uma coisa extraordinária. Aí todo mundo errou. O indivíduo submetido a estresse falha, falaram Procurador da República, Juiz Federal, Promotor de Justiça, Juiz do Estado, um Subprocurador Geral da República e a 3.a Sessão do STJ inteira. O que eles fizeram? Eles só afirmaram que compete à justiça estadual julgar os feitos que visam à apuração de possível infração contra a ordem econômica prevista na Lei 8.884/94. Só isso, em 2003. E a questão era criminal. Ninguém leu a Lei 8.884/94 para descobrir que lá não tem tipo penal. Os problemas do caso são sete, é o jogo dos sete erros. Está aqui o jogo dos sete erros daquele julgado que diz que cabe à autarquia, é da justiça federal a competência para executar as decisões do CADE em âmbito cível-administrativo: o rito é da execução fiscal federal e vai assim por diante. Não vou perder muito mais tempo nisso aqui. Se vocês quiserem, depois voltaremos a isso.

Ministério Público Federal no CADE. A disposição expressa: para que um Procurador da República funciona? Isso já gerou alguns conflitos internos dentro da carreira, que é justamente a interpretação de qual é o papel do Procurador da República dentro do CADE. Hoje prevalece a noção de que ele é órgão de ligação. Aqui estão os dispositivos legais que dão fundamento à atuação com base legal na Lei Complementar 75/93, além das disposições da Lei do CADE e do Ministério Público sobre a questão. Tudo aqui diz respeito à atuação do Ministério Público na defesa da concorrência, e a coletividade é a titular dos direitos. Essa é uma disposição esquecida (artigo 29 da Lei do CADE), que abre oportunidade para a ação de reparação de danos. Não conheço demanda de indivíduo, Associação de defesa da concorrência ou de alguém pedindo reparação de danos na questão por violação de regra concorrencial, e um problema que foi muito discutido dentro da nossa carreira – aqui eu abro parênteses – é a situação do promotor natural. A nossa posição é de que é órgão de ligação, que é o que tem prevalecido hoje dentro da carreira. Mas não foi assim no passado: alguns colegas que atuaram entendiam que eles podiam fazer e funcionar diretamente movendo demandas, ajuizando ações e investigando, atuando diretamente em todos os processos do CADE. Já que eles poderiam fazer isso, o problema está na nossa lei orgânica, e aqui eu conto uma piada ministerial para vocês: o indivíduo passa no concurso de Procurador da República, ele sabe muita coisa, ele estudou muito, então ele é Procurador de toda a República. Passados alguns anos ele emburrece. Por excesso de trabalho, falta de tempo para estudar, ele vai emburrecendo, vai definhando, e as idéias velhas vão calcificando. Aí ele é promovido, ou

melhor, rebaixado para Procurador Regional, que é o que faço agora: você passa a ser Procurador de uma região só, você não é mais da República. Passados alguns anos, seu emburrecimento é tão grande que você nem é mais Procurador, você é Subprocurador. Então no primeiro grau quem atua é o Procurador da República, no segundo, o Procurador Regional, e no terceiro e quarto graus o Subprocurador Geral. Para que um atue na instância do outro, o nosso Conselho Superior tem que dar autorização especial, pois nossa lei orgânica define dessa forma, o que significa o seguinte: se o Procurador Geral da República hoje decidir atuar em primeira instância ele não pode, porque o foro dele é o Supremo. Ninguém atua no Supremo além dele, e ele delega para outros, mas não pode atuar onde a lei não diz que pode. Ele não pode oferecer uma denúncia em primeira instância. Então, essa é uma questão interna a ser discutida. Superada a questão do Promotor natural, da leniência, que vocês conhecem, e o dilema do prisioneiro. Não vou perder tempo explicando para vocês quais são os requisitos, porque eu presumo que já se tenha uma idéia. Eu quero chamar a atenção de vocês a respeito da leniência é que o programa é isso daqui: “nos termos da... impede o oferecimento da denúncia pelos crimes da Lei 8.137/90”. Primeiro problema: cumprir o acordo, quem extingue a punibilidade, que declara extinta a punibilidade, porque se não for declarada extinta alguém pode denunciá-la. Ela será extinta ou por *habeas corpus* ou por *habeas corpus* de ofício, *habeas corpus* em tribunal etc. Então, essa declaração de extinção da punibilidade é automática, mas os seus efeitos muitas vezes não são sentidos automaticamente. Eventualmente, um Procurador ou Promotor pode denunciar e isso ser objeto de discussão, mas no âmbito do Ministério Público Federal a gente tem posição já sedimentada em muitos casos, de que o procedimento administrativo não pode condicionar o exercício da ação penal em razão do artigo 129, I, da Constituição Federal. É a velha questão pertinente aos processos administrativos na Receita Federal, no Conselho de Contribuintes etc. e há um condicionamento aqui tremendo, o que gera uma série de discussões. Interceptação telefônica – quem pode fazê-la está na lei: juiz, polícia, Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, podem representar e pedir no processo penal ou na investigação criminal. Como é que fica a utilização da prova emprestada, que é o grande problema: prova emprestada de quem para onde? Esse é um primeiro problema. A prova emprestada é utilizada dentro do nosso sistema com grande tranquilidade, eu diria. O problema de usar prova emprestada sigilosa surge justamente em razão da proteção do sigilo do indivíduo, direito fundamental do cidadão e aqui faço um parêntese: quebra do sigilo é crime. Quebra do sigilo é infração funcional, acesso a informação sigilosa. O fato de um agente

público, um juiz, um promotor, um administrador acessar a informação não significa que ele pode dar publicidade. Se ele der publicidade, ele quebra o sigilo, e quebrando o sigilo comete o crime, estando sujeito a infração administrativa. Quando se olha para a prova emprestada, é preciso considerar – e eu sou totalmente favorável à sua utilização –primeiramente – porque se a prova é sigilosa, não interessa se é escuta telefônica, bancária, se são dados bancários, fiscais, a prova tem uma finalidade, que é convencer o juiz ou tribunal, é essa razão de ser da prova, para que ele decida com segurança e tentando evitar mais conflitos dentro da situação, dentro do caso concreto – a garantia de sigilo. O Executivo tem história de sigilo. O Executivo trabalha com sigilo bancário, fiscal, de dados. Quem se esquece que dados e informação comercial já viraram tradição. Ninguém considera mais isso, mas livros comerciais são sigilosos, por exemplo. As pessoas já nem valorizam mais essa informação, esse dado, mas há sim. Objeto claro: sempre que se pede prova emprestada tem que constar com clareza o que se pretende, limitado e definido. Não se deve nunca utilizar a pescaria, lançar a rede para ver o que vem, pois isso é ilegal, é inconstitucional, viola o direito do cidadão. Além disso, uma vez produzida a prova, serve à verossimilhança, ou seja, à aparência da verdade em qualquer processo. Toda prova tenta reproduzir no presente algo que aconteceu no passado. Não há prova instantânea utilizada pelo julgador no momento. Se o juiz presencia a infração ou delito, ele é testemunha, não é mais juiz; se o órgão ministerial participa da conduta criminosa, ele é réu no processo. Não há como. Sempre a prova é reprodução do passado por aparência da verdade vindo para o presente, para convencer alguém de que determinada coisa aconteceu no passado. E aí vem aquela velha questão da verdade real: existe verdade real ou não existe verdade real? Eu particularmente acredito que no processo não existe verdade real, porque existe a verdade além da dúvida razoável, a verdade reproduzida nos autos demonstrando o que aconteceu no passado, e não o que aconteceu efetivamente no presente: ela é fruto do contraditório, do debate, da discussão. Produzida a prova, esta marca um registro. A prestação da prova é sempre é livre, não vinculada, é possível apreciar a prova e ela não é uma apreciação matemática; dois documentos implicam uma condenação X, três documentos dois X, e assim por diante.

E o princípio constitucional da eficiência está no artigo 37 da Constituição Federal. Não é razoável que se produza uma prova desperdiçando recursos, tempo e recursos escassos do Estado, do cidadão, para o processo somente a título de dizer ou afirmar que determinada prova é sigilosa e só pode surtir efeito em determinado procedimento e não em outro. Isso não tem

absolutamente nada a ver com raciocínio lógico e levanta algumas questões pertinentes: e se essa prova for prova de inocência, pode? E se for prova para condenar, pode? Então, prova é instrumento, prova não é fim. Prova lícita do cartel ilícito são questões postas, podemos discutir isso depois nas perguntas a quem se destina. Na verdade real isso eu já falei dos preços, de como eles são fixados. E nunca se esqueçam – pelo menos é essa a minha idéia – que a finalidade da política antitruste são preços competitivos, não preços altos ou baixos, porque preços implicam alocação eficiente de recursos, e quando eles são bem alocados a economia vai bem. Aqui eu encerro, mas antes quero pegar o último aqui para mostrar para vocês por que a doutora Elizabeth me inspirou. Isso tudo vai ficar disponível para vocês. Isso aqui eu peguei do James Müller, que foi presidente da Federal Trade Commission no governo Reagan. O governo Reagan foi muito profícuo na aproximação entre direito e economia nas suas escolhas para formar a Corte, as Cortes intermediárias e os juízes federais, houve um grande esforço naquela região. Essas são recomendações e observações que ele fez no Seminário de que participou com Mario Monti, que eu citei lá atrás, e acho que isso vale tanto pra o processo administrativo como para o processo judicial. Vale tanto para o ato de concentração como para a apuração de conduta infracional. “Explore a sua capacidade” (“Explore Advocacy Roll”), ou seja, “coloque a boca no trombone, faça isso conhecido, demonstre a sua capacidade, defenda as suas idéias”. A “very capture by farms and industries”, a captura do regulador pelo regulado, o regulado tem muito mais capacidade do que o regulado para fazer as coisas, e direta ou indiretamente leva o regulador a fazer aquilo que ele quer ou necessariamente o que a lei determina ou o que se pretende em tal caso concreto. Transparência durante a revisão dos processos: é fundamental a publicidade, a opinião pública conhecendo o que se passa dentro do sistema é um grande caminho para ele mudar, avançar e para conseguir mais recursos e investimentos, mais do três milhões por ano, por exemplo. E uma outra coisa fundamental, que eu aprendi na Transparência Brasil: qual o principal remédio contra a corrupção? A luz do sol. A luz do sol é o melhor antídoto para a corrupção, as coisas às claras, acessíveis, disponíveis. Articule suas razões sempre ressaltando as políticas que você está escolhendo, ou seja, as políticas concorrenciais, o que você está fazendo, sempre reafirmando e criando as bases de desenvolvimento daquele sistema. E o último critério: sempre eficiência e razão da equidade. Quando se fala em concorrência em economia, nós no Brasil temos uma grande dificuldade de trabalhar com eficiência e equidade, temos o discurso da equidade que na prática não se realiza. É histórico isso em nosso país. E as observações que ele faz de que a competição entre agências é uma boa idéia. Percebe-se

isso no relacionamento das coisas e mesmo a lei mais clara e mais brilhante, ou melhor, o dispositivo legal ou a regra mais clara e brilhante sempre vai gerar dúvida e desacordo entre as pessoas que a lêem e que a acompanham. Com isso eu encerro, agradeço e para mim é um grande prazer estar aqui com vocês hoje. Obrigado.

12º Seminário internacional de defesa da concorrência

Painel I: Cartéis. Interface administrativa e criminal.

Cartels. Administrative and criminal approaches

Campos do Jordão – SP; 24.11.2006

Marcelo Moscogliato, 11.2192.8667

e-mail: marcelo@moscogliato.com.br

www.moscogliato.com.br

Por que temos o Direito e as normas?
Porque nós não nos conhecemos!

– Definição de Direito:

Lawrence M. Friedman (*Law in America: A short History*; The Modern Library, NY, 2002) afirma:

“Law is, above all, collective action: action through and by a government”

“The legal system includes, first of all, a body of rules – “the laws” themselves. ... But all these, in themselves, are nothing but pieces of paper. What makes them come alive (when they do) are the people and the institutions that produce, interpret, and enforce them”.

“But big society needs formality ... strangers meet and affect stranger many times each day ... People have to rely on something else. That something else is the law”.

Por que o Judiciário brasileiro demora para julgar?

Em 2004:

Supremo dos EUA = menos de 100 casos

Supremo do Brasil = 106.228 casos

(Em 2003, foram 158.785; em 2000 foram 86.138 cases).

Como somos vistos?

“For another of the great lessons of the tobacco deal, as if it were needed, is the power of the American legal profession. In fact, that might be the one exception to the general principle which I began, that only people pay taxes. Because, of course, lawyers pay taxes, too”.

Diane Coyle, in *Sex, Drugs & Economics* (Texere, London – New York, p. 80)

Na medicina e no Direito, só existem duas categorias:

Os médicos que já deixaram compressas dentro de pacientes e os médicos que vão deixar. Os que nunca deixaram não existem...

Os advogados (operadores do Direito) que já erraram e os que vão errar. Os que nunca erraram não existem...

Todo indivíduo submetido a estresse intenso falha!

Urgência p/ Operadores do Direito

Compreender e difundir o Direito Concorrencial. Há vantagens em competir no mercado

Difundir a defesa do consumidor no atacado

Demonstrar que no Direito interno e no internacional, a defesa da concorrência é uma ferramenta extraordinária

“... a liberdade para entabular negócios e competir pela preferência do futuro consumidor é um pressuposto fundamental do sistema empresarial. A competição no comércio de bens e serviços cria incentivos para oferecer produtos com qualidade por preços razoáveis e para melhorar o bem-estar social pela promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos.

(Restatement Third, Unfair Competition, § 1. Adotado e promulgado pelo American Law Institute.)

Ao não combater as infrações contra a ordem econômica, o Estado estimula a transferência de poupança (consumo presente ou consumo futuro) do consumidor para o fornecedor (seja ele empresário ou não).

– As duas vertentes do Direito Econômico no Brasil: concorrer ou controlar?

CONCORRER?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

CONCORRER?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I – exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV – recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informação sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

CONTROLAR?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I – vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle;

II – aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III – exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Pena – detenção, de 1(um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Infrações econômicas (antitruste):

(– Também abrangem, dentre muitos outros tipos, as infrações contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais (Lei 7.492/1986; Lei 6.385/1976; Lei 9.613/1998; LC 105/2001) e contra as finanças públicas (arts. 359-A e seguintes do CP).

1 – Infrações administrativas:

– Lei 8.884/1994, arts. 20 e 21.

2 – Infrações penais contra a ordem econômica:

– Lei 8.137/1990, arts. 4º a 6º

– Lei 8.176/1991, arts. 1º e 2º

– Lei 9.279/ 1996, art. 195

Constituição Federal:

Art. 170, par. ún.: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Cartel:

– grupos de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns.

– em geral, formam um fundo comum, que serve de reserva orçamentária ao cartel. Esse fundo é utilizado tanto para punir as empresas que não respeitarem o acordo como para impedir que outras penetrem em mercados já dominados.

– *Dicionário de Administração e Finanças*, Ed. Best Seller, Paulo Sandroni

- Cartel do petróleo?
- Cartel das drogas?
- Cartel dos combustíveis?
- Cartel dos transportadores?
- Cartel dos ônibus?
- Cartel dos táxis?
- Cartel da laranja?
- Cartel dos bancos?
- Cartel dos médicos?
- Cartel dos advogados?

* Campeão Nacional para competir internacionalmente? Quem paga?

* “We have recently done quite a bit of work in the area of the liberal professions, finding there an area full of restrictive practices imposed either by government or by industry self regulation. Indeed, the very name ‘liberal professions’ is somewhat ironic here” (Mario Monti, 13 *George Mason Law Review* 269, 274).

E no Brasil?

Exemplo: – bancos brasileiros competem?

Agnes Belaish (FMI – Working Paper), diz que:

“There may be several reasons why the depth and efficiency of bank intermediation in Brazil lags that elsewhere. An undeniable explanation is that credit risk has been high during decades of trials in reform and restructuring, and that banks have been able to afford their risk aversion thanks to the availability of high-yielding, risk-free government securities as an alternative investment to private sector lending. This study focused on another possible explanation: that the banking sector is not fully competitive. This is suggested by the stylized facts, and indeed is confirmed by the empirical investigation, which indicates that Brazilian banks behave oligopolistically”.

BELAISCH, A. Do Brazilian Banks Compete? *IMF Working Paper* – WP 03/113. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03113.pdf>>. Acesso em: 16.06.2005

No Brasil, podem ser ilícitos administrativos somente quando aplicável o art. 20 da Lei 8.884/1994.

Paula Forgioni: “... cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objeto ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884, de 1994” (*Os fundamentos do antitruste*, ed. RT, p. 400).

CONCORRER?

PER SE ou REGRA DA RAZÃO?

LEI 8.137/1990

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Rule of reason

– “... Resolution 20/99 confirmed the interpretation that there was no infringement per se in the Brazilian legislation. Both vertical and horizontal practices must be analyzed on a case-by-case basis, taking into consideration not only the costs resulting from the impact, but also the group benefits, if any, arising from the event so as to arrive at the net effects on the market and on the consumer”

– Gesner Oliveira e Thomas Fujiwara

26 NW. J. INT’LL. & BUS. 619 (635) – (*Northwestern Journal of International Law & Business*, Spring 2006 – Competition policy in developing economies: The case of Brazil)

Algumas questões a serem consideradas nos processos contra os cartéis:

- 1 – Competência criminal
- 2 – MPF no Cade
- 3 – Leniência e seus efeitos
- 4 – Interceptação telefônica e prova emprestada

Competência criminal

Art. 109, incisos IV e VI, CF = sistema financeiro público e sistema financeiro parapúblico.

Constituição Federal: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)”

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; (...)

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; (...).”

A Competência Federal

A “armadilha” no conceito de “ordem econômico-financeira”.

José Afonso da Silva: “há dois sistemas financeiros regulados na Constituição: o público, que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos arts. 163 a 169; o parapúblico, que ela denomina sistema financeiro nacional, que cuida das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sob estrito controle do Poder Público (art. 192). O banco central, que é instituição financeira, constitui, em verdade, um elo entre as duas ordens financeiras (arts. 164 e 192)” (SILVA, José Afonso: *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002).

No STF, vide REx n. 454.735-0/SP, de 11.2005.

– “O inciso VI do art. 109 da Constituição é a norma matriz da competência da Justiça Federal, tratando-se de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, que afasta disposições outras para o fim de estabelecer a competência do Juízo Federal, como, por exemplo, a inscrita no inc. IV do art. 109, CF”.

Delitos contra as finanças públicas? São crimes contra a ordem econômico-financeira. Competência?

Art. 359-A, CP – Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: ...

Art. 359-B, CP – Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: ...

Art. 359-C, CP – Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: ...

Art. 359-D, CP – Ordenar despesa não autorizada por lei: ...

Art. 359-E, CP – Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei: ...

Art. 359-F, CP – Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: ...

Art. 359-G, CP – Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos 180 (...) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. ...

Art. 359-H, CP – Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia: ...

Denise Neves Abade, PRR-4 (*Lei Antitruste – ANPR*, ed. Del Rey):

“Não há, como em outros casos, competência administrativa comum com os Estados-membros”

“Além disso, cabe à Justiça Federal cível, ..., julgar as ações judiciais que eventualmente questionem a investigação e o julgamento das infrações cíveis à livre concorrência”

“ Pois enquanto não resolvermos a questão – básica e ululante – da competência, ainda estaremos discutindo sobre processos cindidos, sentenças nulas e crimes prescritos”.

Relato de um caso – Competência

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO QUE PROVOCOU O BLOQUEIO DO ESCOAMENTO DE PRODUÇÃO DE INDÚSTRIA. INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. LEI Nº 8.884/94. CONDUCTA NÃO PREVISTA NA LEI 7.492/86. LESÃO A INTERESSE DE PARTICULAR. NÃO CONFIGURAÇÃO DE OFENSA A BENS E INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível infração contra a ordem econômica, prevista na Lei 8.884/94.

II. O rol dos crimes tipificados na Lei 7.492/86 não deve ser ampliado, de forma a se firmar, sempre, a competência desta Justiça especializada. Precedente.

III. Não se configura a ofensa a bens ou interesses da União, se evidenciado que a conduta que provocou o bloqueio do escoamento da produção de indústria de cimento causou prejuízo, tão-somente, a particular.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Cantagalo-RJ, o Suscitante”.

(STJ, 3ª Seção, CC 38989/RJ, Julgado em 25.06.2003)

Cuidado com a ementa

Vem do *common law* a orientação de que as ementas dos julgados não devem ser citadas na argumentação jurídica, porque elas podem não expressar a vontade do tribunal.

No caso relatado, há 7 pontos a serem indicados depois da leitura da ementa.

Pontos ignorados no julgado:

Primeiro, compete ao plenário do CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica (arts. 15 a 28) e aplicar as penalidades previstas na lei (art. 7º, II).

Segundo, todas as penalidades previstas na Lei 8.884/1994 são de ordem administrativa, pois não há tipo penal no seu texto.

Terceiro, a competência para a apuração das infrações da ordem econômica previstas na Lei 8.884/1994 é da Secretaria de Direito Econômico, que é órgão da administração pública direta (arts. 13 e 14).

Quarto, o CADE é uma autarquia federal (art. 3º).

Quinto, as condenações do CADE constituem títulos executivos extrajudiciais (art. 60) e, quando implicarem em obrigações de pagar, observarão o rito da

Lei de Execuções Fiscais (art. 61) e serão promovidas na Justiça Federal do Distrito Federal ou na do local da sede ou domicílio do executado (art. 64), com preferência sobre outras ações, salvo o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 68).

Sexto, na hipótese de intervenção em empresa, a ordem será expedida por Juiz Federal (art. 77).

Sétimo e último, nos processos onde a aplicação da Lei 8.884/1994 for objeto de discussão, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no processo como assistente (art. 89).

MPF no CADE

Não se identifica obstáculo para uma atuação conjunta na repressão às infrações contra a ordem econômica.

A coletividade é a titular dos bens protegidos pela Lei 8.884/1994 e o MPF tem o ICP, a ACP e a Ação Penal Pública como instrumentos de atuação.

A atribuição do MPF para a matéria está na LC 75/1993 (art. 5º, II, “c”, III, “e”; art. 6º, V, VII, “a”, “d”, XIII, XIV, “b” e os instrumentos para a atuação nos arts. 7º e 8º).

MPF no CADE (art. 12, Lei 8.884/1994):

- “oficiar” nos processos do CADE
- o CADE poderá requerer ao MPF a execução dos seus julgados
- requerer ao MPF a aplicação do art. 6º, XIV, *b*, da LC 75/1993: “Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: (...) XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: (...) *b*) à ordem econômica e financeira;”

Além disto, a defesa da concorrência é dever do Ministério Público porque:

- A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/1994 (art. 1º, par. ún.)
- Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 do CDC, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação (art. 29).
- O inciso V do art. 1º da Lei 7.347/1985 (LACP) prevê ACP por infração da ordem econômica e da economia popular.

Promotor Natural

Aplicam-se as regras de competência e atribuição

Procuradores da República = 1º grau

Procuradores Regionais da República = 2º grau

Subprocuradores-Gerais da República = 3º grau e 4º grau

As respostas estão na LC 75/1993 e na organização interna do MPF

O órgão do MPF no CADE (art. 12, Lei 8.884/1994) = órgão de ligação com a instituição, com o MPF, sem violar o Princípio do Promotor Natural

Leniência

(O dilema do prisioneiro)

Entenda-se por leniência: – tolerância, brandura, suavidade, mansidão, le-nidade.

A política de leniência foi introduzida no sistema dos EUA e, depois, intro-duzida no Brasil em 2000, com a Lei 10.149 que introduziu, dentre outros, o art. 35-B à Lei 8.884/1994.

– Para gozar da leniência, a empresa ou o indivíduo deve (Art. 35-B, § 2º, Lei 8.884/1994):

- a) ser o primeiro a procurar a SDE;
- b) dar à SDE boa informação que possa ser usada para processar outra pessoa ou empresa;
- c) não ser o/a líder da atividade ilícita;
- d) cooperar com a administração;
- e) ser honesto (não mentir à administração).

Leniência

- acordo celebrado com a União Federal (SDE)
- pessoa física ou pessoa jurídica
- colaboração que resulte: identificação de co-autores; provas de infração
- requisitos no § 2º do art. 35-B, Lei 8.884/1994
- acordo não depende de aprovação do CADE; mas é ele quem deixa de aplicar ou reduz a pena
- pena não pode ser maior do que a menor aplicada aos co-autores
- quando a empresa faz, estende os efeitos aos seus diretores desde que as-sinem o ato com a empresa
- a proposta é sigilosa
- não importa confissão quanto à matéria de fato
- extinção da ação punitiva ou redução da pena (1/3 ou 2/3)

Nos crimes previstos na Lei 8137/1990, o acordo de leniência implica a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento ao oferecimento da denúncia.

Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade do crime. Quem declara?

– Art. 35-C, Lei 8884/1994.

– No MPF, entende-se que procedimento administrativo não pode condicionar o exercício da ação penal pública, em razão do art. 129, I, CF.

Interceptação telefônica

Interceptação telefônica

Lei 9.296/1996

Juiz

Polícia Judiciária

Ministério Público – parte e fiscal

Processo Penal ou Investigação Criminal

Utilização da prova emprestada

Garantia do sigilo (O Executivo tem experiência com o tema = vide o sigilo bancário e o sigilo fiscal)

Objeto claro, limitado e definido (assim como na investigação e/ou no processo penal, não é cabível a investigação genérica – pescaria com rede)

Uma vez produzida a prova, ela serve à verosimilhança (aparência da verdade) em qualquer processo

A sua apreciação é livre e não vincula (nenhum processo condenatório é matemático)

A “verdade real” só existe nos pensamentos do delinquente, pois todas as suas ações são interpretadas e reproduzidas pelos sentidos. No processo só é possível ter a “aparência” da verdade = *beyond a reasonable doubt*

Princípio constitucional da eficiência. Se a prova não é nula; não é razoável reproduzi-la apenas por amor à forma, porque a sua reprodução implica desperdício de recursos do Estado e das partes

Prova lícita do cartel ilícito:

- prova do acordo?
- prova da finalidade?
- prova e análise do mercado relevante?
- prova do prejuízo à concorrência?
- no caso de crime: dolo?

PROVA

A quem se destina a prova?

Verdade real? Existe no processo?

Certeza além da dúvida razoável?

Demonstração dos fatos por verossimilhança?

Preços são fixados se, por exemplo:

- há acordo sobre a quantidade a ser comprada e vendida;
- os preços pagos ou cobrados estão acordados para um determinado nível ou numa escala ascendente ou descendente;
- são uniformes;
- por qualquer fórmula, eles estão relacionados;
- são fixados no mínimo ou no máximo a ser cobrado.

Os preços são fixos porque há acordo a seu respeito.

Mesmo preços máximos devem ser impedidos.

A finalidade da política antitruste é garantir preços competitivos, não preços altos ou preços baixos.

Obrigado!

Marcelo Moscogliato

■ Marcos Vinícius de Campos

Agradecemos a apresentação do doutor Marcelo Moscogliato, e agora passamos ao doutor Friedmann Wendpap.

■ Friedmann Anderson Wendpap

Eu inicialmente, assim, me excuso diante do plenário pela minha preferência por uma intervenção à moda antiga, uma intervenção não dotada de recursos audiovisuais. Isso talvez se deva, em primeiro lugar, a minha idade mesmo, não a temor de computadores, pois são só máquinas. Mas, talvez, ao iniciar o magistério em um tempo em que tínhamos que preparar as aulas a caneta ou à máquina de escrever, como disse o Marcelo, algumas coisas se

calcificam. E esse hábito, essa preferência me lembro até quando eu fiz um concurso para professor de Sociologia Jurídica em 1987, na Universidade Federal do Paraná. Tive a felicidade de ser aprovado à época e antes da posse, num daqueles arroubos de rearranjo da administração pública, as vagas foram extintas por um decreto-lei. Foi uma situação muito curiosa de aprovação e não assunção, porque antes da posse todas as vagas existentes da administração pública foram extintas. Mas me lembro, durante a prova, havia uma aula prática e à época usava-se aquele retroprojeto, aquele trambolho que era necessário carregar com aquelas transparências e tudo. E eu antes da prova fiquei em dúvida se produziria aquilo. Mas resolvi não fazer assim, a meu juízo não propriamente como um ato de lucidez mas por desídia, e quanto perguntado pela banca por que não usar os recursos, eu disse àquela assertiva uma mentira sincera, que era por estilo, e de fato não era isso. Mas o resultado acabou sendo muito positivo, então talvez aquela situação tenha moldado uma postura dali em diante.

Eu agradeço em nome da Associação dos Juizes Federais a gentileza do convite. É uma grande honra participar deste evento. E, particularmente no momento em sou diretor de Relações Internacionais da AJUFE, para mim é muito agradável, porque de algum tempo para cá tenho prestado atenção a questões da nova economia institucional – me agrada muito a leitura desse assunto –, a análise econômica do Direito, embora ela sofra um repúdio preconceituoso com afirmações bastante frequentes de que nas decisões judiciais não deve haver a mínima preocupação com resultados econômicos. Eu concordo e lembrando-me de Hayek, para duas questões inclusive que pretendo abordar, quando diz que no horizonte de uma decisão judicial não deve haver o particular, porque a decisão judicial faz parte, produz um pedaço da história, e com isso, do ponto de vista do julgador, ele não tem condição de fazer todo o prognóstico do futuro e tomar uma decisão casuística com a intenção toda no futuro. Esse futuro se constrói de um modo um tanto aleatório. Mas as preocupações econômicas são importantes, no mínimo a compreensão da interface entre a Economia e o Direito, e até essa sua brincadeira, Marcelo, é muito curiosa, de onde um grande advogado que é economista. É fato hoje que percebemos mais tranqüilamente um certo trânsito na literatura – e até porque de certa forma alguns economistas para a minha felicidade aprenderam a falar em português e não em economês –, porque aquela economia, aquela econometria apresentada só em números para mim é ininteligível também, como por exemplo a teoria dos jogos quando apresentada em texto, todo o raciocínio da teoria como aquele livro do Fianni é delicioso aquilo, mas quando vindo só em números, como se fosse coisa de Física, aí não funciona para o nosso tipo de habilidade intelectual.

Mas ao sentar-me diante do plenário lembrei-me de uma outra assertiva do Hayek do posicionamento dele, penso que seja na obra *Direito, Legislação e Justiça* ou *Direito, Democracia e Justiça*, não me recordo exatamente do título, quando no primeiro volume faz uma distinção entre *cosmos* e *taxis* e toda a estrutura do pensamento de Hayek é uma estrutura de associar o mercado a uma endoorganização, e uma apologia do *cosmos* em detrimento de *taxis*, a exoorganização. E me soou muito curioso que estejamos discutindo aqui, falando inclusive em questões liberais mas pela perspectiva de *taxis*, da exoorganização, porque toda a nossa discussão tem uma premissa, que é a de que o mercado não é capaz de se auto-regular e produzir um resultado socialmente útil. O Leviatã deve intervir, e o que discutimos é a dose de intervenção do Leviatã, ou seja, quanto de *taxis*, quanto de energia externa ao sistema deve ser posto. É o quando, o quanto, não há dúvida em relação a quem; é o Leviatã que faz isso. Então, de certa forma, embora isso se dê num ambiente de liberdade de iniciativa, o raciocínio não é puramente o raciocínio liberal. É um raciocínio que clama pela presença do Estado, e essa presença estatal pode produzir evidentemente alguns resultados socialmente úteis ou socialmente indesejáveis, porque não é necessariamente a presença do Estado que vai ser benéfica ao sistema. Dizer isso num ambiente de estatofobia ou num outro ambiente de estatolatria pode produzir, digamos, uma espécie de urticária em razão do preconceito, mas me parece que é possível desenvolver raciocínio sobre isso de modo científico com o mínimo de carga de preconceito em relação ao papel do Estado, e raciocinar sempre tendo em conta a finalidade que se almeja, que presumo seja uma finalidade de benefício social no sentido de ampliação da capacidade de consumo, da qualidade do que é consumido e da distribuição da riqueza. Me parece que esses são os fins socialmente desejados com a atividade econômica.

E ainda, na seqüência, antes de adentrar propriamente o tema da interface entre processo administrativo e processo penal, tendo a felicidade de falar depois o Ministério Público, que é da nossa carreira, as pessoas tendem a idolatrar a magistratura. Antigamente isso era mais comum: o juiz se aposentava e escrevia um livro digamos assim “épico” sobre a magistratura, aquilo parecia uma saga, uma odisséia, algo como se o juiz fosse o próprio Ulisses. E é absolutamente... – o adjetivo é pesado – tolo pensar assim, pois a posição do juiz é a posição mais fácil no sistema, porque é a posição de síntese. A produção da tese é um artesanato de altíssima qualidade, porque do nada ouvir um cliente falando como *Homo neanderthalensis* e produzir uma tese jurídica, isso é que é brilhante. É brilhante passar a linguagem de *neanderthalensis* para *sapiens*, brilhante. A segunda posição, de antítese,

é um pouco mais simples: a síntese é o momento mais fácil do ponto de vista puramente intelectual, e aí tu agistes de modo jocoso em relação ao Ministério Público, me sinalizas a liberdade de agir em relação à magistratura na diferença entre Deus e os juízes. Deus tenho certeza que não é juiz. E gostaria de agradecer pela oportunidade, assim me fica mais fácil desenvolver o raciocínio, depois do brilho e das articulações que o Marcelo propiciou para a minha intervenção. Mas uma questão me chamou a atenção sobre a competência. Nós não tínhamos grandes divergências de competência no Brasil antes da expansão da Justiça Federal pós-88. Eu fui Juiz de Direito e sinto muita saudade inclusive desse tempo. As razões de eu ter saído têm um componente pessoal e um acidente de percurso praticamente, mas me guardou uma experiência muito preciosa a vida como Juiz de Direito. Isso depois na Justiça Federal desde 1994, uma percepção que eu observo nos juízes do trabalho, alguma coisa similar a essa que eu vejo na Justiça Federal, uma ânsia por competência, um quase desespero de ampliação de competência, inclusive dentro da Justiça do Trabalho uma afirmação de articulação política na corporação de que competência é poder, o que implicou modificações no artigo 114 na Emenda 45, em relação às quais eu fui visceralmente contrário e tive a oportunidade de falar isso inclusive em público numa palestra, num evento nacional da Justiça do Trabalho. Antes de pensar, me parece que é pressuposto raciocinar sobre a competência que deve informar a inteligência hermenêutica quando se vai raciocinar sobre a competência. É a questão da Federação. Embora sejamos uma Federação por segregação, o que nos faz muito peculiares, o nosso construto federativo é muito peculiar, existe uma *ratio essendi* da Federação que se relaciona à idéia de que toda concentração de poder é perigosa para a democracia. A democracia convive, o ambiente da democracia é difusão de poder. Os desenhos institucionais concentradores de poder podem levar até a um ponto de eficiência, porque a extrema difusão de poder é ineficiente também, mas existe um ponto limite, um ponto de tensão entre a condição de manutenção e até de aprofundamento da democracia por meio da ampliação da participação e da garantia, da garantia do contraditório, da pluralidade, da diversidade de ideário e não de pensamento único que é a alma da Federação. à medida que desenvolvemos mecanismos institucionais de concentração das decisões judiciais, há um aparente e imediato ganho de eficiência. É verdade. E eu digo isso inclusive em relação às ações que concentram a decisão no Supremo Tribunal: elas têm um pretexto de eficiência, mas, raciocinando a longo prazo, são extremamente perigosas, porque a decisão não é produto da diversidade, a decisão não tem a maturação, não é resultado de um longo processo de discussão, e essas

discussões eram danosas à economia brasileira quando o Estado brasileiro era danoso à economia, quando o Estado brasileiro era o principal causador da insegurança institucional, quando o Estado brasileiro de noite decidia um regime previdenciário e quando amanhecia no dia seguinte já era outro o modelo previdenciário. Naquela situação em que vivemos de 1986 a 1994, havia uma certa desculpa para uma concentração das decisões, porque os milhões e milhões de causas que assomaram ao Poder Judiciário efetivamente o travaram. Mas a concentração da decisão judicial é concentração de poder público, e tão perniciosa quanto a concentração de poder econômico é a concentração de poder político. E não existe um CADE para regular, a impedir controlar a concentração de poder político. O poder político está todo posto dentro do sistema e clamando por eficiência. Muitas vezes renunciamos às garantias de percepção muito remota, mas são garantias de que a difusão de poder nos assegura a manutenção da democracia. Digo isso porque a concentração da competência na Justiça Federal tende a enfraquecer as unidades da Federação e me preocupa muito, muito mesmo, a diminuição da relevância política dos Judiciários e Ministérios Públicos, porque eles são a garantia da pluralidade. À medida que eles detiverem tanto poder político e competência – que nessa medida é poder, porque poder para decidir sobre determinadas matérias –, à medida que eles forem enfraquecidos, a União se fortalece. Porque não é apenas porque a decisão vem de um juiz da União que é uma decisão melhor ou que é uma decisão infensa a uma cultura, a um ambiente político que necessariamente é nocivo nos Estados, não é isso. Por isso, quando examinarmos as questões de competência, me parece que é preciso no horizonte hermenêutico sempre colocar o problema federativo. Pode parecer estranho que eu diga isso sendo membro da magistratura federal, mas me parece que como membro da magistratura federal, o meu maior compromisso não é com a magistratura federal, mas com a democracia brasileira, e no meu horizonte devo raciocinar, devo colocar a questão da democracia, porque embora eu insista nessa palavra em nossa rotina, e as pessoas mais jovens aqui ouviram falar em campanha das Diretas, em ditadura como se fosse um dinossauro, um *Tiranossauro rex*, se a ditadura for um *Tiranossauro rex*, eu presumo que eu tenha assim, como que cuidado da creche dos Tiranossauros de tão velho que sou, porque a ditadura faz parte da minha memória pessoal. Ela não é um fenômeno antiqüíssimo, é um fenômeno recente, e nós temos de manter no horizonte a preocupação com a estabilidade democrática. Por isso que esse meu questionamento em relação à competência é um questionamento genérico, não específico sobre esse tipo de matéria, mas eu o vejo sempre reproduzido, e quando a dogmática vai

tratar das ações declaratórias de constitucionalidade, ADIn, enfim de todas as formas de concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, a dogmática trata disso como se fosse algo natural, e não como construto, como parte de um projeto político. E esse projeto político deve ser exposto, e os perigos da direção desse projeto político também devem ser expostos, para que as pessoas tenham condição de decidir e tomar as atitudes políticas necessárias.

Como eu falei de questão política, me parece importante observar essa questão da interface entre o processo administrativo e o processo criminal, começando pela perspectiva política. O que ocorre hoje é entropia, um desperdício de energia. Ficam dois órgãos no mesmo organismo, ou até mesmo três: um órgão administrativo, o Ministério Público e um órgão judicial, quando não dois órgãos judiciais às vezes por divergência e competência entre a Justiça Federal e a Estadual, atuando sobre o mesmo problema, sobre o mesmo caso. E isso é uma desinteligência, é completamente contrário ao princípio da economia, da economicidade da ação do Estado que deve reger a nossa conduta, porque somos caríssimos ao povo que nos paga, somos 40% da riqueza que o povo gera e nos damos ao luxo de permitir a entropia, porque não conseguimos nos entender, ou seja, como e quem deve agir em que momento. Nessa medida, acho importante resgatar um fundo, um motivo que nos leva a isso, que parece um disparate. E eu, ao começar a pensar sobre o assunto, me lembrei – e aí minha memória não foi... eu não cheguei ao Estado Novo, não cheguei a tanto – do AI-5, com a exclusão da apreciação judicial sobre atos praticados com base no Ato Institucional n.º 5. Para que o nosso colega canadense possa entender, eu vou dizer em português, e a tradutora me ajuda.

Depois de quatro anos do início da ditadura militar em 1964, portanto em 1968, os militares exararam um ato normativo que dava poderes absolutos a Carl Schmidt, esse ato, o AI-5, seria assim o momento máximo do raciocínio do Carl Schmidt, como que a exceção e o poder político em estado puro, sem controle, sem a expressão de controle na interface com a juridicidade e a exclusão da apreciação judicial. Tudo o que veio depois, inclusive o pacote de abril de 1977, todos os acontecimentos posteriores foram lastreados no raciocínio do AI-5, e isso gerou em nós brasileiros uma cultura de desconfiança em relação à ação da administração. Porque o que acontecia é que os atos administrativos, expressão do poder político, estavam excluídos de apreciação judicial, e esses atos em regra eram atos de violência explícita, por fundamentos políticos ou por outros fundamentos, mas de violência explícita, inclusive violência contra a economia, violência contra a ordem econômica no sentido cosmológico de ordem econômica. Isso gerou uma desconfiança imensa da ação da administração, e de certa forma o fato de que hoje vivamos essa balbúrdia, com vários

órgãos funcionando ao mesmo tempo, é uma espécie de custo de transação que pagamos por essa desconfiança. Só que esse altíssimo custo de transação não tem sentido, é completamente *nonsense*. É esse custo que precisamos atacar, mas só o atacaremos se houver uma mudança de postura institucional que permita que se alcance algo que é muito caro, muito precioso, que é a confiança. E aqui remeto à confiança, a que se refere Fukuyama em *As Virtudes Sociais e a Geração da Prosperidade*. Não é confiança no sentido subjetivo de amizade, de paixão; é confiança no sentido objetivo, como expectativa de que as instituições funcionem a tempo e modo. É uma expectativa razoável, dotada de razoabilidade, porque esse tempo e modo se reitera, a confiança na teoria dos jogos que vem das condutas reiteradas, dos jogos diferidos e não dos jogos de execução instantânea, para usar a linguagem contratual.

Mas se o inciso do artigo 5.º que coloca como direito fundamental o acesso sem barreiras ao Poder Judiciário não pode ser modificado, porque é uma cláusula pétrea, existe algo que remove as pedras, a água. A água remove as pedras e eu apresento uma prova disso em relação ao artigo 5.º. Quando da aprovação pelo Congresso Nacional do tratado de constituição do Tribunal Penal Internacional, a grande questão que se levantou foi: a nossa Constituição veda a extradição de nacional nato em qualquer circunstância. Eu vou me referir especificamente ao brasileiro nato: como regra, veda a extradição do nacional, mas em relação ao naturalizado há algumas exceções. Veda de modo absoluto a extradição nacional ao nato. Levantou-se em relação ao estatuto do TPI a questão da vedação: como é que se poderia aprovar esse estatuto se não poderíamos entregar um brasileiro a julgamento por esse tribunal? Isso pareceu uma sinuca de bico. Se bem que fica muito difícil traduzir isso para o inglês, mas pareceu um *cul de sac*, assim algo sem saída, um beco. Resolveu-se com a água da hermenêutica essa pedra. Não é extradição, é só uma *tradio*, não tem o “ex”, é só o *tradio*, é só entrega, porque o Tribunal é um “ex”, não é um fora; o Tribunal é um “in”, ele é interestados, é um “dentro” de certa forma, é uma extensão da jurisdição brasileira. E assim construíram o raciocínio que resolveu o problema.

Em relação à questão da interface entre processo administrativo e processo criminal, quando eu adjudicava aqui no Estado de São Paulo, tive a grande alegria de ficar com competência criminal durante quase cinco anos, e foi uma época em que havia milhares de processos por crimes: o crime de não recolhimento de contribuição previdenciária, à época artigo 95, não me recordo mais a alínea, da Lei 8.212, se não me falhe mais a memória, me incomodava e eu digo *ex-cathedra* que fica estranho se numa sentença exara-se uma afirmação dessa natureza, eu me sinto incomodado, me sinto constrangido com esse tipo penal; mas aquilo me doía à alma condenar uma

pessoa por dívida. Tanto que ao longo de quase cinco anos eu condenei duas pessoas e me arrependi num caso, para piorar ainda mais, me arrependi num deles por esse tipo de imputação e sempre insisti nas sentenças – a grande maioria delas é formada – que não havia justa causa para o oferecimento da denúncia, porque não havia certeza sobre o crédito tributário enquanto o processo administrativo não trouxesse essa certeza. E isso era uma tese completamente minoritária e hoje posso exibir aquele sorriso quase cínico: “Está vendo, eu tinha razão!”. Não era eu que marchava de modo incorreto, era o batalhão que estava marchando fora de passo, se bem que a autoria da idéia é irrelevante, o que interessa é a idéia em si. Eu me lembro de um filme que não sei se está em cartaz ou não, “*V*” de *Vingança*, em que num certo momento o protagonista diz que as idéias são à prova de bala. As idéias valem por elas e não pelas pessoas que as exalam. Elas têm vida própria. E em 2003 o Supremo acabou definindo nos crimes contra a ordem tributária que o encerramento do processo administrativo não é uma condição de procedibilidade (daí permitir que o Ministério Público ofereça a denúncia), mas sim a justa causa, a definição da própria existência material do crime, da própria existência material do corpo. É como se fosse o atestado de óbito, a existência é o atestado de óbito para que se possa imputar o homicídio a alguém. Antes disso, não é possível na seara dos crimes contra a ordem tributária, o oferecimento da denúncia, e eu vi na leitura que fiz uma interessante argumentação que está no informativo 258 do Supremo, de 2002, um raciocínio desenvolvido pelo ex-ministro Nelson Jobim, em relação a crimes contra o sistema financeiro, em tudo e por tudo similar a essa que toca aos crimes contra a ordem tributária. Esse raciocínio, no entanto, não serve para os crimes contra a ordem econômica, e isso está dito inclusive numa decisão do STJ, que é uma decisão de recente, de meados de outubro, em que há uma afirmação da absoluta independência entre as instâncias no caso dos crimes contra a ordem econômica, apesar da jurisprudência do Supremo em relação aos crimes contra a ordem tributária. Parece-me que é inercial, ou seja, que essa afirmação exarada nessa decisão do Supremo Tribunal de Justiça o é por força da inércia, porque é possível encontrar, sim, os pontos de similitude que permitam o desenvolvimento do raciocínio de que antes que a instância administrativa afirme a existência da infração, ao tomar conhecimento da *notitia infraciones* e exercer todo o desenvolvimento da investigação e por fim o julgamento, a partir daí se crie a condição da existência material do crime contra a ordem econômica. É possível desenvolver isso, e não digo com a preocupação de prescrição, imaginando que isso vá facilitar a vida dos maus empresários. Parece-me que são condições extrajurídicas que são

relevantes, sim, mas não podem isoladamente, ou mesmo várias considerações dessas, nos permitir chegar a uma situação de enfraquecimento da nossa capacidade decisória por desperdício de energia. É possível criar uma situação de confiança na instância administrativa, de confiança na honrabilidade, na qualidade e na celeridade da instância administrativa que nos permita com toda a tranquilidade aguardar a afirmação da existência material dos tipos. E embora eu faça esta afirmação, não me vêm à memória... não é propriamente por uma diferença de habilidade, não é propriamente por uma diferença de *tecné*, não é porque a instância administrativa tem uma *tecné* superior ao Ministério Público ou à magistratura, não é isso. Do ponto de vista puramente técnico somos iguais, somos absolutamente horizontais, não há diferença. Existem razões políticas nas definições das imputações de infração administrativa que e meu juízo não são passíveis de perscrutação pelo Poder Judiciário, inclusive a definição, em alguns momentos, do que é mercado relevante, o que é eficiência, se aquele ato de concentração atende ou não atende a algum interesse nacional. Parece-me que existe um ponto não muito claro, uma zona hachurada nesse gráfico em que o passo do Judiciário e o passo da autoridade administrativa tem algum limite de ação, e acredito que é muito perigoso quando a discricionariedade judicial se superpõe à discricionariedade administrativa, porque traz ao Judiciário também o ônus político pelo resultado produzido, mas é muito diferente a assunção da responsabilidade política pela autoridade administrativa e por uma autoridade judiciária que a princípio é vitalícia inclusive, e não tem que prestar contas imediatas ao povo pelo resultado do seu decidido. Com esse raciocínio, agradeço a atenção me perdoem talvez por uma certa aridez de argumentação, mas talvez seja uma questão de estilo. Grato!

■ Marcos Vinícius de Campos

Agradecemos a apresentação do doutor Friedmann Anderson Wendpap. Creio que nas questões teremos a oportunidade de ter a contribuição dele nos outros tópicos que estão propostos para o Painel. Agora, vamos fazer um intervalo de dez minutos e retornaremos com as duas apresentações finais. Dez minutos, muito obrigado.

■ José Mário Barbuto

(...) para todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Esse é um ponto importantíssimo que vai ter reflexo em toda a interpretação da legislação antitruste, inclusive no que se refere à interpretação dos tipos penais. Isso terá reflexo na discussão que o doutor Marcelo colocou: se os crimes de cartel previstos na Lei 8.137 são *per se* ou com a regra da razão. A resposta, na minha opinião também, é que a regra da razão deve existir porque o mercado, a concorrência não são protegidos, como eu afirmei, por si mesmos, mas sim como um instrumento de política pública visando garantir vida digna e justiça social. Então, há necessidade da aplicação de regras da razão, de válvulas de escape, como a questão dos mercados relevantes, para que o governo, o poder público, possa direcionar como o mercado deve se comportar como uma forma, como um instrumento, e não como uma finalidade em si.

Eu faço essa afirmação de que o mercado e a concorrência na legislação antitruste, e a ordem econômica são os bens juridicamente tutelados, diretamente tutelados, para frisar o seguinte: com essa mudança de perspectiva da legislação antitruste moderna no Brasil, não é mais direta, imediatamente tutelado o direito do consumidor ou a concorrência entre os participantes do mercado ou concorrentes. O consumidor e o direito dos concorrentes de ter um mercado livre é tutelado apenas de forma mediata. Imediatamente a tutela é do mercado em si, e por isso existe uma muito maior gravidade das condutas anticoncorrenciais e uma muito maior repercussão e consequência em toda a sociedade. Isso gera um reflexo bastante visível na própria legislação, especialmente na lei que prevê os tipos penais, que é a Lei 8.137, nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, especificamente cartel no artigo 4.º, que prevê que uma pena de reclusão de dois a cinco anos é uma pena muito maior do que aqueles crimes previstos na legislação que simplesmente protege o consumidor. Essa diferença de pena mostra bem que o legislador está dando uma importância muito maior à proteção do mercado como forma de instrumento de aplicação de políticas públicas. Apesar dessa consciência que se reflete nessa legislação, não posso deixar aqui de mencionar que a incoerência e a contradição do legislador, e além disso o reflexo dessa visão tradicional do Direito, como eu a estou chamando, ainda podem ser verificados de forma muito clara. Apesar de a pena prevista para os crimes na Lei antitruste (Lei 8.137) ser razoavelmente alta, se comparada com outros crimes individuais, crimes que são considerados graves pela legislação, há uma distorção nítida. Por exemplo, o crime de furto qualificado, que é um crime com pouquíssima

gravidade hoje, é apenado praticamente com a mesma pena: pena mínima de dois anos. Um sujeito que entra num ônibus com uma faca debaixo da camisa e leva R\$ 30,00 do caixa vai responder a uma pena de quatro anos de reclusão; e se estiver acompanhando de outra pessoa, a uma pena mínima de cinco anos e quatro meses de reclusão. Vejam que a pena mínima do assaltante de ônibus que vai acompanhado, portanto a co-autoria, roubo qualificado, é maior do que a pena máxima prevista para um crime contra o mercado. Ora, e aí eu faço a pergunta: qual que é o crime mais grave? A repercussão, o tamanho da repercussão social de um crime ou de um grande cartel, os efeitos desse tipo de conduta são infinitamente superiores e mais danosos para a sociedade do que um simples roubo que entra num ônibus e rouba R\$ 30,00 do caixa do ônibus. Então, essas distorções ainda são sensíveis na legislação brasileira o que demonstra que há muito que se fazer, que evoluir nesse sentido. Nós ainda temos uma visão de que o crime grave é o crime violento, o crime do ladrão que encosta uma arma na janela do nosso carro e leva a bolsa que está no banco da frente. Claro, é grave, mas não é só esse tipo de crime que é grave: a criminalidade do colarinho branco, a criminalidade financeira, tributária, contra a ordem econômica têm uma gravidade que deve ser considerada muito maior do que os crimes violentos, mas esses crimes individuais é que são tradicionalmente tratados pela nossa legislação penal.

Não obstante a nossa legislação ser antiga, a legislação antitruste ser antiga, ainda é muitíssimo pouco aplicada. Para os senhores terem uma idéia – trouxe um dado só para ilustrar –, a primeira condenação administrativa pela prática de cartel foi em 1998: o chamado cartel do aço. Afora isso, existiam apenas e basicamente algumas investigações criminais que eram feitas pelo Ministério Público, pela polícia, pelos responsáveis pela investigação criminal e que se resumiam basicamente a investigações sobre cartéis de postos de gasolina. E por que isso acontecia? Basicamente porque as autoridades administrativas que têm o conhecimento técnico-econômico para identificar o cartel não tinham meios de investigação e de produção de provas da existência do cartel. Por outro lado, os órgãos encarregados da percepção penal, que têm técnicas de investigação, não tinham o conhecimento técnico necessário para identificar o fato. Então, ficava o órgão administrativo de um lado, o órgão de percepção criminal do outro, e ambos não se comunicavam ou pouco se comunicavam, e a prova nunca conseguia ser produzida de forma suficiente para a punição e para a repressão desse tipo de conduta dos cartéis. Por isso eu coloquei que o grande problema a ser enfrentado aqui nesse tema – e que é, na minha opinião, aquele sobre o qual devemos nos debruçar – é a produção da prova: como se faz a prova, a prova da formação do cartel, o que é que deve ser provado. Produzir

esse tipo de prova é muito difícil. Crime de cartel não é anunciado, não é feito às claras, os acordos não são feitos em praça pública nem transmitidos ao vivo pela tevê ou pela Internet. Os acordos são feitos em recintos fechados, sem documentação, embora isso seja uma exceção. Nós tivemos um caso de cartel em que foram apreendidas inclusive as atas das reuniões em que os acordos são feitos, mas normalmente não é o que acontece. Então, essa prova é muito difícil e eu fiz questão de ressaltar que não é suficiente constatar a identidade de preços num determinado mercado relevante. Isso ficava muito claro quando eram feitas algumas investigações envolvendo postos de gasolina; tinha-se a impressão de que em determinado local, uma cidade do interior, por exemplo, todos os postos da cidade tinham o mesmo preço, e existia uma tendência a se querer ver nisso prova da existência do cartel, quando isso absolutamente não é verídico, não é verdade, não é conclusão que se possa ser tirada, porque muitas vezes, em inúmeros casos, a coincidência de preço pode decorrer de uma razão natural de mercado, de uma extrema competitividade em que, se o dono de um posto vê que o outro posto baixou um centavo, ele vai abaixar um centavo também, sem ter nenhum acordo. Então, é necessário, extremamente necessário e importante para que se consiga a condenação num processo que se refira a cartel, que exista prova suficiente, não só do efeito, que é a identidade ou similitude do preço, mas prova do acordo em si, que é o que caracteriza o cartel. E como é que se consegue essa prova? Posso estar enganado, mas não há outra forma de se trabalhar com eficiência nesse ramo se não houver atuação conjunta entre as esferas administrativa e criminal, força tarefa, intercâmbio entre a *expertise* antitruste da área administrativa e as técnicas de investigação com que os órgãos de percepção e repressão criminal estão acostumados a lidar, se não houver essa convergência de atuação, a troca de informações, troca de dados, sobre esse crime ou fato, porque essa infração de iniciativa jamais vai ser combatida e reprimida de forma eficiente.

A partir do ano de 2000 a legislação foi modificada com a edição da Lei 10.149 e teve início uma mudança importantíssima. Nessa lei se conferia poderes de investigação à Secretaria de Direito Econômico, ou seja, se conferia meios importantes para que a Secretaria de Direito Econômico conseguisse por si própria ir atrás da prova, produzir a prova necessária para a identificação do cartel. Basicamente são duas as previsões: a possibilidade de a SDE, por meio da Advocacia Geral da União, pleitear junto à Justiça Federal a expedição de mandados de busca e apreensão nos locais investigados, e a criação também do programa de leniência. Eu vou voltar ao programa de leniência mais tarde.

A partir de 2003 houve mais uma mudança importante e sensível de estratégia, com a adoção de uma postura pró-ativa pelas autoridades administrativas, ou seja, as autoridades administrativas do CADE ou da SDE passaram a não mais sentar e esperar essa prova produzida e passaram a procurar, a se integrar com os Ministérios Públicos para que essa prova fosse feita de forma conjunta. Aliás, esse mérito é do CADE e da SDE, que perceberam que sem o trabalho conjunto nada poderia ser feito. Essa aproximação, esse trabalho conjunto com o Ministério Público, e especialmente e com as polícias, permite a aplicação de técnicas de investigação criminal para a identificação do cartel. Eu coloquei aqui especialmente a interceptação telefônica, a interceptação ambiental e a interceptação de *e-mail*, além da busca e apreensão, que são as técnicas de investigação que mais resultados têm dado, que mais eficientes têm sido no combate à criminalidade em geral. Hoje em dia não se faz mais investigação ouvindo testemunha. Não adianta chamar os representantes da empresa e perguntar se eles estão fazendo acordos para a fixação do preço. Se depender desse tipo de prova, todos os inquéritos serão arquivados. São necessárias técnicas de investigação mais eficientes, técnicas de análise de informação e de inteligência eficientes para a identificação e comprovação desse tipo de criminalidade.

Não há nenhum impedimento legal na utilização da prova produzida na esfera criminal no processo administrativo. Há muito que falar sobre esse tema, mas o meu tempo é curto, e eu vou ter que resumir. A grande dúvida que surge é a da possibilidade de utilização da interceptação telefônica no procedimento administrativo, porque a Lei 9.296 diz expressamente que a interceptação telefônica será deferida para a investigação criminal, portanto não deveria ser usado no processo civil e num processo administrativo. Essa é uma interpretação que existe, mas ela não vem prevalecendo. Há decisões que já reconhecem a possibilidade de que a interceptação telefônica, desde que pedida dentro de um procedimento criminal e para instrução criminal, seja utilizada como prova emprestada em outros procedimentos, desde que – e essa é a ressalva importante – seja submetido ao contraditório. Esse em resumo é o segredo da prova emprestada. A prova emprestada pode ser utilizada em qualquer procedimento, mas deve ser submetida ao contraditório, e a parte no outro processo tem direito a contestar a produção dessa prova, não havendo nenhum impedimento nesse sentido.

Eu vou ter que ser rápido por causa do meu tempo, que é curto, mas nós podemos voltar a discutir questões mais específicas na hora dos debates. Queria falar um pouco do acordo de leniência, que foi criado também pela Lei 10.149, artigos 35-D e 35-C, nessa técnica legislativa de retalhar leis e ter que colocar números com letras porque o legislador é um pouco atabalhoado. Mas,

enfim, esse também é um importantíssimo instrumento para comprovação de cartel. O acordo de leniência nada mais é do que uma espécie de delação premiada prevista especificamente para esse fim de comprovação de cartel e que é utilizada no procedimento administrativo da Secretaria de Direito Econômico. A delação premiada também é um instituto relativamente novo no Direito brasileiro. Foi instituída primeiro no âmbito do Direito Penal e foi muito criticada. Costuma-se falar que a delação, a traição é antiética, e que o Direito não deveria premiar a pessoa do traidor, o que seria uma contradição em termos. Essa me parece uma crítica impertinente, porque afinal de contas o “traidor”, o “delator”, está contribuindo com o ordenamento jurídico, e sem esse instrumento certamente um grande número de organizações criminosas atuantes e perigosas não teria sido desbaratada. Resta simplesmente fazer um bom uso desse instrumento. O acordo de leniência – vou passar rapidamente por isso, porque já é de conhecimento dos senhores – é possível desde que a Secretaria de Direito Econômico não conheça o fato e não disponha de provas suficientes para a condenação. A delação premiada e o acordo de leniência não significam confissão. Depois que a pessoa é pega digamos “com a boca na botija”, não adianta confessar. No máximo receberá uma atenuante, mas não um acordo de leniência que possa eximi-la de sua pena. Para o acordo de leniência ser visto como tal, há necessidade de que a colaboração seja efetiva nas investigações e que dela resulte identificação dos demais co-autores e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração. Ou seja, não adianta dizer o que o se já sabe e não adianta prestar informações que não sejam úteis para a investigação, que não sejam suficientes para comprovar o fato que esteja sendo investigado. E aqui há um fato bastante interessante, que é a influência de um acordo celebrado nas esferas administrativa e penal. A lei é expressa nesse sentido e diz que a celebração do acordo de leniência impede o oferecimento de denúncia no âmbito criminal, mas apenas no que se refere aos crimes previstos na Lei 8.137/90 – deopis vou voltar a esse ponto. E o outro fato é que suspende o curso de prazo de prescrição, o que é lógico, pois se impede o oferecimento de denúncia e o prazo prescricional continua correndo, a ação inevitavelmente estaria prescrita. E a outra grande consequência na esfera penal é que o cumprimento do acordo instigue a punibilidade na esfera penal. Muito se questiona se é possível que um acordo celebrado na esfera administrativa vincule o Poder Judiciário. Eu não vejo grande dificuldade nisso; não há nenhum problema nesse sentido. Há outras decisões administrativas que vinculam o Poder Judiciário, e isso normalmente não é questionado. Dou apenas como exemplo a questão tributária, lembrada pelo doutor Friedmann, em que, decidido que não há crédito tributário, isso não

pode ser levado ao Judiciário. Trata-se de uma das únicas questões, creio eu, no ordenamento jurídico brasileiro, em que a decisão administrativa é de última instância, não podendo ser levada ao Judiciário. Mas, para facilitar um pouco essa questão, a Secretaria de Direito Econômico tem chamado membros do Ministério Público para participar da celebração desse acordo, até para que o trabalho que já vinha sendo uma investigação comece ou possa continuar de forma conjunta, inclusive no aspecto da negociação do acordo, porque as informações dadas pelo proponente têm que ser úteis para as esferas administrativa e criminal.

O primeiro acordo de leniência celebrado data de 2003 e se referia a empresas de vigilância do Rio Grande do Sul. Apesar de ser um instrumento importantíssimo no combate aos cartéis, ainda é pouco utilizado. Sua utilização, no entanto, vem crescendo exponencialmente por algumas razões que me parecem importantes. Havia uma certa insegurança com relação ao tratamento das informações sigilosas que o proponente deve levar à Secretaria de Direito Econômico quando tenta fazer o acordo de leniência e também em relação ao reflexo na esfera penal. Quanto às informações sigilosas, o grande problema era o seguinte: a pessoa leva informações, propõe um acordo de leniência e o acordo não é celebrado. Se o mercado fica sabendo que essa pessoa procurou a Secretaria de Direito Econômico, essa pessoa ficará imediatamente fora do mercado, terá problemas seriíssimos com as suas concorrentes. Essa possibilidade, então, impedia e dificultava pessoas interessadas em denunciar cartéis e crimes concorrenciais, de chegar à Secretaria de Direito Econômico. Isso foi recentemente regulado pela Portaria 4 do Ministério da Justiça, que normatiza e regulamenta de forma a dar mais segurança àqueles que pretendam buscar um acordo de leniência. Essa portaria define que a proposta de leniência pode inclusive ser feita de forma oral perante o Secretário de Direito Econômico. Essa denúncia vai ser reduzida a termo, e esse termo fica com o proponente, de forma a dar uma segurança maior de que essas informações não vazarão, de que serão tratadas com o devido sigilo. E caso a proposta feita por escrito não seja aceita, todos os documentos deverão, de acordo com essa portaria, ser devolvidos.

Também há a questão, a dificuldade relativa ao reflexo na esfera penal. Cumprido o acordo, como eu já havia adiantado, a extinção da punibilidade é automática, e a decisão do juiz é declaratória. Então, é verdade, ela é automática, mas necessita, como o doutor Marcelo mencionou, de declaração do juiz. É possível que alguém, algum promotor que não tenha conhecimento da existência do acordo, ofereça a denúncia. Mas o juiz, tomando conhecimento da existência do acordo, não tem outra saída a não ser decretar a extinção da punibilidade, e o grande problema que se coloca aí é quando há, em concurso com os crimes de cartéis, outros crimes praticados, como quadrilha, sonega-

ção fiscal, lavagem de dinheiro etc. Como eu já havia adiantado, o acordo de leniência extingue a punibilidade apenas dos crimes contra a área econômica. E qual é a vantagem então de a pessoa procurar fazer um acordo de leniência, se vai ter que responder por outros crimes também? A solução que pode ser dada a isso é a possibilidade de delação premiada criminal, prevista em várias leis, mas eu estou aqui me referindo à Lei 9.807, que prevê a diminuição de pena de 1/3 a 2/3 mas em determinados casos. Prevê, inclusive, a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena, aplicar o perdão judicial, e isso se a investigação e a celebração do acordo tiverem sido feitas desde o início com o acompanhamento do Ministério Público, o que dará muito maior segurança ao proponente para que ele celebre esse acordo e já saiba qual será a posição do promotor quando esse inquérito chegar aos tribunais.

Esse trabalho conjunto que começou há algum tempo entre o Ministério Público e a Secretaria de Direito Econômico tem gerado efeitos importantíssimos e muito bons. Eu fiz uma pesquisa apenas no estado de São Paulo e na capital, mas essas investigações conjuntas já deram origem a quatro denúncias referentes a cartel. O número parece pequeno, mas comparado ao número de investigações e de denúncias que existiam antes desse trabalho conjunto, é bastante expressivo. E o interessante é que nesses casos todos foi oferecido, para uma proposta de suspensão condicional do processo, no total, cerca de um milhão e oitocentos mil, e essas propostas todas foram aceitas. Isso tem uma particularidade interessante, que é o efeito muito rápido dessa entre “pena”, que o investigado já sente rapidamente, quase que independentemente do processo-crime, porque a proposta de suspensão condicional do processo é feita com o oferecimento da denúncia. E, se aceita, é imediato: ele já sente os efeitos de sua conduta, de forma que não é necessário nem esperar o término do processo criminal nem o final do procedimento administrativo, o que tem um efeito pedagógico e preventivo bastante interessante.

Eu queria dizer algumas palavras sobre competência, em dois minutos, só para não deixar de falar. Quanto à competência, na minha ótica, ou seja, a da Justiça Estadual, por disposições expressas do artigo 109-6, não há nesses crimes contra a ordem econômica muita saída. A jurisprudência nesse sentido é pacífica, quase unânime; só há uma divergência, que é quando o cartel tem abrangência interestadual, ou nacional. Nesse caso existe uma decisão do STJ que entendeu que como o cartel tinha abrangência nacional, isso implicava interesse da União, portanto haveria uma transferência da competência para a Justiça Federal.

Esse entendimento me parece equivocado por algumas razões, que eu deveria aprofundar, mas que vou só abordar rapidamente, entre as quais

que o interesse nacional não se confunde com o interesse da União. Não é porque um crime é praticado em vários Estados que o interesse passa a ser da União. O crime, para ser de competência federal, deve afrontar diretamente interesse da União, e não depende do tamanho do dano causado, pois, fosse assim, todos os crimes praticados pelo Primeiro Comando da Capital, que têm efeito em todo o País, seriam de competência federal, o que evidentemente não ocorre. Além disso, a Constituição exige previsão legal, expressa e não uma simples interpretação, sob pena de se afrontar o pacto federativo, conforme já foi bem colocado pelo doutor Friedmann e por uma lei que é pouca lembrada, que é a Lei 10.446/2002, que regulamenta a atribuição da Polícia Federal em crime de repercussão interestadual que exige repressão uniforme. Ora, quando há repercussão interestadual que exige uma atuação conjunta, a lei autoriza a Polícia Federal a atuar nesses casos, e de forma nenhuma mudou a competência, ou seja, não há uma linha que diga que a competência quando é interestadual é da Justiça Federal. Não! A lei autoriza que a Polícia Federal atue e mande esse inquérito policial para a Justiça Estadual para o normal processamento. Se a abrangência do dano causado fosse causa para a transferência da competência para a Justiça Federal, certamente essa lei teria trazido essa previsão expressa, o que não ocorre.

E só para confirmar essa interpretação, além da decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada pelo doutor Marcelo, existe uma decisão do STJ em que se afirma a competência da Justiça Estadual no caso de controle de mercado de transporte de carros novos no Brasil inteiro. Apesar de não ter enfrentado essa questão de forma explícita, ele reconhece que o cartel investigado participava do mercado nacional e mesmo assim manteve a competência na Justiça Estadual. O tempo não me permite continuar e aprofundar essa questão, mas eu espero poder trazer nos debates uma contribuição maior a alguns temas que certamente existem, um aprofundamento maior, que o debate certamente vai enriquecer. Aqui estamos apenas aprendendo, pois o tema é novo, e são poucos os casos. Eu fui pesquisar jurisprudência sobre interface administrativa e criminal, mas é difícil de achar: se achar um ou dois julgados, é muito. Quando fazemos pesquisa no Supremo Tribunal Federal sobre cartel aparece apenas um julgado. Então, a comunidade jurídica brasileira ainda está aprendendo a trabalhar com esse importante tema que é a ordem econômica e que reflete na população inteira.

Eu agradeço muito o convite que me foi feito. Espero ter contribuído com os debates e agradeço muito a atenção dos senhores. Foi um privilégio.

**12º Seminário Internacional
de Defesa da Concorrência –**

24 de novembro de 2006

José Mário Buck Marzagão Barbuto
Promotor de Justiça – Assessor do CAEX-CRIM

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Relevância do tema:

- Direito Antitruste – passa a ser visto como um instrumento de implementação de políticas públicas;
- Livre concorrência e livre-iniciativa – inseridas no contexto da ordem econômica (art. 170 CF), que visa a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - O mercado e a concorrência (a ordem econômica) são os bens jurídicos imediatamente tutelados;
 - Maior gravidade das condutas – com graves repercussões e consequências para toda a sociedade.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
Sanções previstas nos âmbitos criminal e administrativo:
 - Criminal – Lei 8.137/90 (arts. 4º, 5º e 6º);
 - Administrativo – Lei 8.884/94 (arts. 20 e ss).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - Não obstante a existência da legislação, ela era pouco aplicada;
 - Primeira condenação administrativa pela prática de cartel – 1998 – Cartel do Aço;
 - Algumas investigações criminais sobre cartéis de combustíveis.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - Maior problema: obtenção de prova da formação do cartel;
 - Não é suficiente a identidade de preços.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema
 - Necessidade de atuação conjunta nas esferas administrativa e criminal – regime de força tarefa;
 - Intercâmbio: *expertise* antitruste X técnicas de investigação.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- A partir de 2000 – Lei 10.149/2000 – teve início a mudança:
 - Previsão de poderes investigatórios à SDE – busca e apreensão;
 - Criação do Programa de Leniência.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Em 2003 houve uma mudança de estratégia, com adoção de uma postura pró-ativa pelas autoridades administrativas.
- Aproximação com os Ministérios Públicos para atuação conjunta na colheita de provas.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

Não há impedimento na utilização da prova produzida na esfera criminal no processo administrativo (prova emprestada).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Espécie de delação premiada, pela qual o infrator pode ter a sua pena administrativa diminuída ou extinta.
 - Possível desde que a SDE desconheça o fato ou não disponha de provas suficientes para a condenação.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Necessidade de colaboração efetiva nas investigações, que resulta:
 - a) na identificação dos demais co-autores;
 - b) na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - A celebração do acordo:
 - 1) Impede o oferecimento de denúncia no âmbito criminal, apenas no que se refere aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/90;
 - 2) Suspende o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - O cumprimento do acordo extingue a punibilidade na esfera criminal.
 - MP tem participado, juntamente com a SDE, da celebração dos acordos.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Primeiro acordo de leniência celebrado pela SDE – 2003 – Empresas de vigilância e segurança privada do Rio Grande do Sul.
 - Ainda é pouco utilizado.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Algumas razões:
 - TRATAMENTO DAS INFORMAÇÕES SIGILOSAS;
 - REFLEXO NA ESFERA PENAL.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Informações sigilosas:
 - PORTARIA 04/2006 – PROCEDIMENTO CLARO E COM SEGURANÇA PARA OS CANDIDATOS AO PROGRAMA;
 - PROPOSTA ORAL – REDUZIDA A TERMO E MANTIDA COM O PROPONENTE ATÉ A CELEBRAÇÃO DO ACORDO;
 - PROPOSTA ESCRITA – CASO NÃO SE CHEGUE AO ACORDO, OS DOCUMENTOS DEVERÃO SER DEVOLVIDOS.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência
- Reflexo na esfera penal:
 - CUMPRIDO O ACORDO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE É AUTOMÁTICA;
 - CASO HAJA A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES (QUADRILHA, SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO ETC.) – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA (PERDÃO JUDICIAL) – LEI 9.807/99;
 - RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Resultados iniciais:
 - Obtenção de provas mais robustas: casos encerrados em menos tempo;
 - Oferecimento de QUATRO denúncias pela prática de cartel: propostas de suspensão condicional do processo, com condição de pagamento de cerca R\$ 1.800.000,00 a entidades beneficentes.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Competência para julgamento dos crimes:
 - Art. 109, VI, da CF – crimes contra a ordem econômica – Justiça Federal se houver previsão expressa de lei.
 - Lei 8.137/90 – não prevê a competência da Justiça Federal.
 - Vários precedentes do STJ – competência da Justiça Estadual.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- Cartel Interestadual – interesse nacional (da União) – transfere a competência para a Justiça Federal (STJ HC 32.292/RS, de 01.04.2004).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- Posição equivocada:
 - Interesse nacional não se confunde com interesse da União;
 - CF exige previsão legal para a competência da Justiça Federal e não a extensão dos efeitos da conduta;
 - Lei 10.446/2002 – atribuição da polícia federal em crimes de repercussão interestadual que exigem repressão uniforme;

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- STJ HC 37.226/SP, de 28.04.2004 – controle do mercado de transportes de carros novos no Brasil.

OBRIGADO

Contatos:

barbuto@mp.sp.gov.br

Telefone: 011-3017-7988

■ **Marcos Vinícius de Campos**

Agradecemos a participação do doutor José Mário Barbuto e passamos então à exposição do doutor Shawn Neylan.

■ **Shawn Neylan**

Good morning everybody. It's a great honour to be invited by IBRAC to speak with you today about the Canadian Competition, Canadian

experience in cartel law. It's a particular honour to be part of such an esteemed panel.

I'm reminded of a Canadian movie, there's a couple of young Canadian guys with long hair, tools, plad jackets, lumberjack jackets, sort of goofy but loveable guys and one of the scenes of this movie, they get to meet Alice Cooper, who I expect you are probably familiar with the rock star, known for "School's out for Summer, 1973", and they fall down before Mr. Cooper saying, "we're not worthy, we're not worthy." And I think there is some truth to that here today, and also I would also like to say that obviously I can't address you in Portuguese but I just started learning yesterday and I think it's advisable that I stick to English.

I want to really talk about three things. The first is I want to tell you a little about a Canadian cartel case just to give you a bit of flavour, really more local flavour I think, and then I'd like to talk about our law and how our substantive in cartel law works and lastly, I'd like to talk to you a little bit about our immunity programme, which has come in the last 6 years or so and has really had very significant effects on, the enforcement of the law in Canada.

My start in cartel law was when I was a brand new lawyer in 1988. I was called into a partner's corner office. And, in the office was the alleged, one of the alleged ringleaders of a conspiracy in the Real Estate Brokerage Industry. The case began very well. There was a huge lightning storm outside, lightning bolts and this witness was telling us about the things that had happened in the industry.

I talked to Musculetto this morning and made references to tariffs, for instance, for legal fees and, in fact in Canada, our cartel law did not apply to services until 1976, so many service industries including the Real Estate Brokerage Industry basically, had fixed rates of, in British Columbia, where I was at the time, it was 7% on the first 100,000 dollars and 2.5% on the balance of the value of the house, the transaction for the sale of the house, if the broker could manage to sell the house.

So, in 1976 the act was extended to cover services but, surprise, pricing didn't change very much in some service industries. This case was in fact a follow-on civil case to a criminal investigation. The criminal investigation sort of petered out with the prohibition order so, no conviction. It was a negotiated deal which is quite common in Canada and the plaintiff in the case was a realtor, was kind of a bit of an outsider perhaps. He wanted to have discount commission rates so his plan was instead of 7% on the first 100,000 he would have 5.5 for 5% and he was alleging that all of the other realtors in the area

would not sell his listings. That they had entered into a conspiracy to boycott his listings because: a) they didn't like him, he said, and there may be some truth to that but more importantly; b) that they were worried that this would drive a downward, this would drive brokerage commissions at a downward trajectory and once they fell off that 7%, where would the bottom be? That was his theory of the case or that the case that he brought. My client was the Fraser Valley Real Estate Board, which was an entity that ran the multiple listing service, where all the real estate listings are collected in one place so that all the realtors have access to them.

There were 54 other defendants including John Doe and Jane Doe. And we then spent the next 5 years after such a great start, 5 years basically, wading through roomfulls of documents, examining tens of thousands of real estate transactions, reviewing the many tape recordings that this plaintiff had made of telephone calls that he had had with other realtors, where he had in essence, in some cases I think, had tried to entrap them into saying things or lead them into saying things and of course examination for discovery transcripts. So, it's very factually intensive, perhaps not the most satisfying work but a lot of work trying to get to the facts of what had happened in this case.

The trial, as far as it went, lasted 40 days. In that trial, the plaintiff spent about 38 of those days trying to read in examination for discovery of evidence because in Canada, if you have a transcript of questions and answers from an examination for discovery, the plaintiff can read the questions and answers in, literally, word for word, into the record, and my job as a young lawyer then was to object to all of this evidence, which I did for days and weeks while everybody basically didn't turn out for the trial.

We only got to one witness, and the only reason we got to that witness was that he was about to die. And so, the judge made an exception and said, "ok, let's go and hear from this witness!" We drove out to the witness's house, took his evidence. The plaintiff or his council wrote down the licence plate number of the judge's car because the judge had driven her own car out there and then they had run the licence plate number, found that the car was owned by the new husband of the judge. They then searched the company, that her husband was a dentist, he had a professional services company.

They searched that company, found that she, the judge, in fact was the secretary of the company, which is nothing really under Canadian law, it's just the company has to have one so, he had made his wife, the judge, the secretary.

They then got into the judge's divorce file. The judge had been married to one of our partners and they also engaged in a pattern of bading the judge.

That they would come into court 10 minutes late. We'd all be sitting there, then they'd order the transcript to see what was said, and of course there was nothing. They would argue with the judges. They lost a lot of their evidentiary applications. They would argue with every ruling the judge would say, "inadmissible", after hearing from both sides." They'd say, "but judge" you know and they'd basically try to provoke the judge into saying some nasty things about them, which she mostly didn't. She was incredibly patient.

And they then came into court one day with a new lawyer and brought an application to disqualify the judge on the basis that she was either biased against them or that there was a reasonable apprehension of bias. And the judge not too surprisingly ruled that she in fact was not biased. We argued of course that under the divorce file, if anything, that wouldn't indicate that she was biased in our favour since her divorced husband was our partner.

It went to an appeal. The Court of Appeals said a trial was not a tea party. Council is not entitled to respect. Dismissed their appeal, and then, the case settled. So, the lesson there really is that, it went on and on and we didn't really do anything on the merits, on economics, I mean we were going to but it never got there. It was a huge productive, hugely potentially, unproductive effort. But, as council, there were of course some good points to it.

There is a lot of...our cartel law, turning to the law goes back to 1989, sorry –1889 and we in fact enacted our prohibition of cartel activity in our criminal code, we now have it in a separate statute, actually, a few months before section 1 of the Sherman act was enacted.

There were a lot of confused cases including, obviously the one I was involved in over the years since 1889. Many of the cases had little economic analysis for, in fact, to make findings that were, from an economic principle point of view, incorrect.

You know, in defense of the people that were participating in those cases, microeconomics, industrial organization economics obviously evolved a lot after 1889. I think the law originally really could be described more as a populous law as opposed to a law of principle. But, through a lot of effort, a lot of fishing around, a lot of false starts, a lot of blind allies, and a lot of case law, I think that we have now got to a point, where our law does sit on a fairly sound, albeit, imperfect basis and that's what I'd like to describe to you now.

There's two key sections that I'd like to talk about today, one of which is section 45, which is our conspiracy provision, our cartel provision. And the other of which I want to touch on briefly is our bid-rigging provision which is a narrower type of cartel activity under our law, section 47. I'll explain

this in more detail but our section 45 could be referred to as essentially, a modified rule of reason provision, where it is necessary to examine markets and competitive effects but its modified rule of reason in a sense that, really, by virtue of historic anomaly, efficiencies are irrelevant in our cartel cases and that, and I'll come back to that, but really the solution hasn't been in the law, the solution has been in the enforcement of the law or how it is enforced which, obviously, raises concerns regarding discretionary power going back to the judge's comments earlier but that's certainly an ad hoc way that we have dealt with that.

On section 45, our main conspiracy provision. Our leading case now is a case that is generally called PANS, which is an acronym for the Pharmaceutical Association of Nova Scotia. Nova Scotia is one of Canada's 10 provinces on the Atlantic side. One of the first colonies of Canada. And in that case, it involved an alleged conspiracy to fix the dispensing fees that were paid to pharmacists in Nova Scotia.

I'm not sure how it works here but in Canada, if you go to a pharmacist with a prescription, you'll pay two things, one of which is you'll pay for the drugs, and the other of which is that you'll pay a dispensing fee, which might be 5 or 7, or 10 or 15 dollars depending, that is basically payment to the pharmacists for the services. So, yet allegations that pharmacists had fixed pricing. And there probably was really a price fixing agreement there. The case really fell...failed at the end because the court was not satisfied that intent was proved and the reason for that is that the government of Nova Scotia had originally set the whole thing out so, it was a very tangled background, far too tangled to get into today.

But out of that case came a statement from our court about what the key principles are, our Supreme Court.

So, there's really three elements under our conspiracy level. The first of which is, that there be an agreement. The second of which is, that the agreement lessens competition, and the third element is that the competition, sorry, that the agreement lessens competition unduly, is the word that we use, which I understand may not translate very well but basically, it would mean significant, too much or more than material but some higher standard than material, if you read the old cases. Now there's a little more economic analysis in that concept.

Turning to the pleas and order then. So, going back to the first one. It's a requirement that there be an agreement. That can be either very easy to prove or extremely difficult to prove and I think Dr Barbueto made some references

to that. Either, there's a conspirator who is cooperating with the Crown or: 2) says this is what the agreement was and can produce travel records and all these other things to substantiate it and potentially participate in a collection of evidence or there may be an actual written agreement.

Sometimes there really is a smoking gun, as we call it, document but often times, there is not good evidence of an agreement and what the government does is when it executes search warrants is to hunt through all of the records, e-mails, travel receipts, trying to put people in the same hotel at the same time, or at the same restaurant at the same time, or playing golf together at the same time and then tries to ask the court to infer from that, an agreement. So that's many of our cases, especially the earlier ones go on for pages and pages and pages on whether in fact that, agreement was established.

The second part of the task is that the agreement lessens the competition. Really, we don't spend that much time on that because usually, by the time you've found a relevant agreement, it could at least plausibly be said to lesson competition. So the standard there is really not very high. It's the same evidentiary standard but the test itself is not very high and then the third element of course is this undue requirement, and that's really where most of the action is in most of our cases now assuming that an agreement can be established.

After a lot of fumbling around we've got to the point of thinking of the undue test as looking at two things. The first of which, is market power, whether the parties to the agreement have market power, and the second of which, is the intent of the parties. On the market power point. It is actually what is done now, or what should be done, it may not be in all cases but what should be done, is for market power analysis and economic analysis to be done whether the parties to the agreement, together, had market power.

The first thing is to define the relevant market, what is the product market in question? And, also the geographic market, what is the area in which competition competes? One of our cases, to give you an example, one of our cases called Clark Transport. It is referred to in my paper involved freight forwarders which are companies that, in this case the argument was, these were firms that perceived freight, assembled into them into railcar loads, sorry less than truck loads and then would send those on certain city routes within Canada, so Toronto Vancouver for example. And there the Crown failed. It lost the case and it was in large part because they failed on product market definition because they couldn't show the other truckers, you know, the ones other than less than full truck load or that rail or air freight, did not,

should not be included in the relevant market and if they couldn't show that the market was narrow then they didn't have enough of the market for the parties to the agreement to have market power.

One of the problems the Crown had in that case was really that the principle approach to that I just referred you to and another thing that came out of it is, which goes to show you all of these cases have to be decided one at a time really, is that is that the Crown in that case had apparently, had a lot of trouble finding an economic expert to say that the market in fact was restricted to this less than full truck load type of freight movement and their evidence came out that in fact they were in fact on their 4th expert and they didn't call any of the first three. So, no one knows what the first three would have said but the judge in that case felt fairly comfortable in making an assumption that it wasn't going to favour the Crown's case and that, these sorts of small things, I think, really did influence the decision at the end of the day.

Other things that are looked at in our market power analysis are the barriers to entry into the market so the freight forwards case. How hard would it be for new competitors to enter the less than full truck load segment? Probably the barriers weren't that high, although it wasn't decided really in that case as I recall. Pharmacies, obviously the barriers to entry there would be higher because you have to have to be a registered pharmacist you would have to have gone to school. How many competitors there are in the market and how many competitors are in the market that weren't a party to the agreement?

So, to take an example. Let's take an example of car repair shops. Take an example of two car repair shops in Sao Paulo, each on opposite sides of the city. They're just small shops, sort of family owned things, and they're both owned by brothers and at the family dinner on Sunday night they basically, agree that they are going to put up their hourly rate for doing car repair work.

It's pretty obvious that certainly although, they have an agreement but certainly, that the agreement might be said to lessen the competition between them, at the same time they don't have any market power because there are so many other car shops in Sao Paulo and there are so many other car shops between them because they are on opposite sides of the city. So, we would look at those sorts of factors and try and understand, whether or not the parties to the agreement had market power.

On intent, I said there were two parts, I'm doing this thing market power and intent. On the intent side, the Crown can prove intent, the prosecutor can prove intent either, there could be great facts, like everyone got together at a

smoky hotel room at some airport somewhere and were videotaped smoking cigars and drinking scotch and agreeing on who was going to have what part of the market and what the price was going to be. That's pretty good evidence but a very bad intent, but the Crown can also prove intent by proving the facts and then asking the court to conclude that a reasonable business person should have known that the effect of the agreement would be to unduly lesson competition, so there are two ways they can get there.

And at the end of the day on this undueness, on this third element of undueness. What is supposed to happen...excuse me, is a balancing. Where, if you look at the amount of market power and the proof of intent and if there is really bad intent then you don't need that much, as much market power, and if there is very high market power, if you have all the competitors agreeing, then you don't as good evidence of bad intent.

So, it is frankly, somewhat, a test that leaves room for disagreement on its application in any particular case. I think it is fair to say. Now, I did mention that our law is, I think, flawed in one serious respect, which is that, in Canada efficiencies are irrelevant under section 45. So, in a cartel case, it may be more a matter of academic interest, in a sense that, I think that, there aren't too many judges in Canada that would find that a clearly, a cartel that was clearly had the intent to monopolize the market should somehow be able to get off because it was more efficient. I don't think that is really the issue but where I really think the issue does lie is that it is quite common for joint ventures to form.

For instance, drug companies cooperating. They may have complementary product patent portfolios or complementary abilities. They may decide the look, the best way a new drug to market, which everyone knows takes forever and costs a lot of money, is to cooperate but of course if they are going to copoerate on this there is only going to be one drug coming out at the end, so they're gonna have to agree on how to market it, and they're gonna have to agree on a price or they're gonna have to agree on different geographic regions or else they'll never be able to enter into the joint venture in the first place. So, that's a clear example where I think that certainly, there's an agreement that lessens the competition on price. If you just look at that, you could see it as a price fixing cartel but the benefit to society or the efficiency if you wanna look at it in economist terms, is the ability to either bring a drug to market that could not have been brought to market or bring a drug to market sooner than it could have otherwise been brought, which besides I think, classic economist efficiencies, I think also has also in the larger sense in, social benefits to allowing sick people to access drugs.

So, how do we deal with that in Canada? Basically, we deal with it with the Commissioner that never enforces. There's just no investigations of joint ventures of that nature. There's really not investigations of so much of big projects, joint ventures, big construction joint ventures. Unless, there is something kind of out of the norm. But, if there's a bunch of large contractors getting together to bid on a really large construction project like our Swarmish highway for the Olympics that are coming up. I don't really know what the joint venture situation is there but that's a case I think where you just won't see enforcement activity, eventhough, there is really no way to look at the benefits under our law.

The other section that I wanted to refer to very briefly is our section 47, our bid-rigging section. That is a per se, an offence under our law, but it has a very interesting escape hatch. Basically, the act of agreeing to submit coordinated bids in response to a call for bids or agreeing, that one or more people will withhold bids and not bid, for instance on a highway construction project, is per se illegal, just as with our price fixing law. Generally, it is a criminal offence and carries all of those consequences under the act. However, if, before anybody does anything by way, either submitting a bid, if, if, before bids are submitted by that group of people, they disclose to the party calling for bids that they have gotten this arrangement, then they are automatically exempted from liability under section 47. They still face section 45 liability, so, you know they have to decide are we going to tell them that we are not going to all bid or that we are going to submit coordinated bids, in which case we could still be sued under section 45, but it does allow for more legitimate joint ventures. We might have a technical problem here to say simply disclose it and then they get dumped back into a section 45 analysis where you look at market power.

The enforcement history under our statute does go back over a hundred years and recently in the last 5 or 10 years, there have been many investigations, the majority of which, were resolved by guilty pleas. A lot of which are international cartels like the vitamin cartel which I'm sure you are all aware of. Where the vitamin cartel in Canada resulted in 50 million Canadian dollars of fines. There have been jail terms in one or two cases. I agree that in the right case that crime can be agreed just enough that jail time is appropriate and certainly our Commissioner, I think our Commissioner of Competition is very interested that there be more jail terms in appropriate cases where there is clear cartel activity, but so far it hasn't happened too much. I should also, I think there is also, in Canada, a distinction between domestic and international cases.

On a lot of the international cases I think it's fair to say and especially since here and a long way from Ottawa, that our Beauveau takes a secondary role. The investigation is often driven by either one of the United States agencies or the European Commission and certainly they cooperate with one another and certainly, there may be evidence gathered in Canada, but in those cases I think it is not very common for the Canadian agency to actually commence the investigation, it's more a matter of, once it's started somewhere else that they don't get involved. On the other hand, they do have a very good history of domestic cartel enforcement.

Last year there was an investigation of the Fine Paper Merchant Industry. These are the companies that sell papers to printers and coffee shops and the Commissioner had guilty pleas and significant fines from many of the participants in that industry.

The last area that I want to touch on is our immunity programme which came in about 6 or so years ago. The Commissioner loves the immunity programme. She has said on numerous times, how effective it is. There have apparently been, roughly 50 applications for immunity in a 6 year period and it has resulted in many guilty pleas and fines.

The principles of our programme are, in order to be able to obtain immunity, you have to be the first one in, you have to be the first person to go to the Commissioner of the Competition Bureau. It's really just saying that the Commissioner basically heads our Competition Bureau so, we don't have separate agencies enforcing our law. If the Commissioner is already investigating it, and is aware that there may be something there but the person coming in has the ability to basically, provide enough evidence to break the log jam, so that the investigation can proceed. That's another way in which the applicant can be eligible for immunity.

There are other requirements in our programme, one of which is that the applicant immediately cease criminal activity. That's actually, it sounds obvious, but it's actually a pretty significant problem at the enforcement level because, if the applicant goes to its fellow conspirators and says, "by the way I'm out of the conspiracy and I'm not going to say anything more." I think people can draw conclusions and also it's very hard to keep people from talking about these things because in many industries everybody talks to everybody, many times, often for legitimate reasons, but it's often time to keep it a secret.

So, there's a bit of a dilemma there and it's a dilemma for the Commissioner as well as whether to permit on going criminal activity so that

further evidence can be gathered. It comes up another criminal law enforcement context, mob enforcement, so obviously criminal law enforcement is a good example of that.

Other requirements for immunity are that the applicant not be the ringleader, and of course everyone is always saying, “no, it was somebody else.” But, in some cases there really is an obvious ringleader and the policy is that that person is not eligible for immunity. From my perspective I don’t know if that would cause me to recommend that the applicant not go in because, if I thought I was representing a ringleader. The problem is that there is a good chance that somebody is going to go there eventually anyway so, the question then becomes, ok, forget about the programme. Is it better to go in as an applicant for immunity, where you potentially, are the ringleader? You can make arguments that you’re not. Or is it better to not go in at all and let someone else do it and you’re still the ringleader? So, that’s one of the tactical questions that can come up.

Another requirement is that the applicant has to provide full and timely cooperation. I’ll talk about that a bit more in a minute but that’s quite a requirement. The policy also says that the applicant has to pay restitution. Frankly, that is one that seems to get overlooked quite a bit. Rather, what seems to happen is that after the conviction, whether it is a guilty plea or of others, not the person who’s got immunity, that then sets in motion the class action, civil actions because under our statute you also, people who have been hurt by the conduct also have a right of civil action. So, you often see civil cases, class actions or not following these investigations and that’s usually where the restitution question gets worked out because it is just too hard to do, frankly, at the criminal enforcement stage.

So, the process, those are the requirements of the immunity programme in general terms. The process is that council would contact the Competition Bureau and in essence, ask for a marker, and what that means is that, council would talk to a lawyer and maybe some officials at the criminal branch and they would say that they are looking for a marker with respect to a possible, a hypothetical conspiracy in whatever the industry is, and then they will be told to well you call at such and such a time. Now the Bureau then goes internally and checks to see whether they have anything else on the go in that particular industry and if they don’t, then they will then say, you need to move to the next stage, which is getting a provisional grant of immunity.

In order to get a provisional grant of immunity, which would be the step after the marker. What happens is that, council makes a pro-offer, of

a statement of the evidence that council believes is available and it goes to the things that I was talking about, you know, market power intent, what the, basically, the circumstances are, which goes to show: a) whether an offence was committed; and b) whether approveable offence was committed. And, usually, if that provisional grant of immunity is then granted, if the Commissioner is satisfied that this witness does have sufficient evidence of a real offence, then the provisional grant of immunity is issued, and then a full immunity agreement would be negotiated, which, during that process, there'll be even more production of information, and then after the immunity agreement is in place, there will be basically, complete production.

They will have very onerous document production requirements. The party will have to dig them up, they will have to cooperate with investigators. It will have to allow interviews of many, not just key employees but anybody that might have knowledge. There could be dozens of interviews in order to help the Commissioner and the Bureau put the case together. So, those are the three areas that I wanted to touch on I hope that it is of some interest to the practice here in Brazil and I'd be pleased to answer any questions after or during our round table discussion.

DEBATE

Marcos Vinícius de Campos: Agradecemos a apresentação do doutor Shawn Neylan, e vamos imediatamente passar para as questões. Eu já tenho duas inscrições aqui na frente: doutor Laércio, doutor Lauro e doutor Mauro Grinberg, que apresentou por escrito essa questão. Por favor, peço a todos que se levantem e se apresentem para o registro nos anais do Seminário.

Laércio Farina: Sou advogado e Conselheiro do IBRAC. A minha pergunta poderia ser endereçada tanto ao magistrado presente quanto a ambos os membros do Ministério Público. Mas eu vou endereçá-la ao membro do Ministério Público Federal por conta do alcance da sua colocação, muito embora ela tenha passado por temas que o doutor Friedmann e o doutor Barbuto também abordaram e tenha relação com a questão do processo penal, *vis-à-vis* a questão da infração *per se* e a utilização da regra da razão. Parece consenso, apesar de algumas respeitáveis vozes dissonantes, que, na legislação que rege o processo administrativo e a infração à ordem econômica – não estou falando do crime –, a prática de cartel não é uma infração *per se* porque assim dispôs o legislador brasileiro. Está é a impressão, a idéia majoritária, o entendimento majoritário. Eu fiquei vivamente impressionado com a posição de um membro do Ministério Público que nos trouxe a idéia de que, mesmo na legislação penal (Lei 8.137) encontra-se presente... Eu acho que o que ele quis dizer é que a tipificação penal por via da regra da razão poderia ser uma *contraditio in terminis*. Mas dentro desse raciocínio que eu achei muito interessante e com o qual eu até concordo, eu gostaria de perguntar ao doutor Marcelo como ele vê o oferecimento de denúncia em casos tais e, muito pior, o provimento jurisdicional proferido após, sem que o mercado relevante do caso seja minimamente analisado.

Marcelo Moscogliato: Obrigado pela pergunta. O debate sempre é muito rico e há algumas questões interessantes. Primeiro, deve-se considerar aquilo que a legislação estabelece como infração: a regra *per se*, a regra da razão. O que é a regra da razão, o que é a regra *per se*, e se a razão é método para interpretação de dispositivo, dizer que a infração é regra da razão é razoável ou não? Na verdade, o mecanismo é de raciocínio lógico em cima dos problemas postos escritos na norma para chegar a uma conclusão, e quando eu digo infração *per se* estou afastando a razão para dizer que nessa situação, no caso concreto, sempre será infracional se aquele fato ou dado acontecer.

Eu mencionei o tipo penal para demonstrar justamente porque a regra da razão, e não só no tipo penal, é, no aspecto contratual, no regramento civil, no regramento penal, no regramento administrativo, quando se fala em conduta vinculada, em conduta discricionária, a aplicação, o exercício do poder de polícia sobre o cidadão, sobre a empresa, o exercício do poder administrativo de sanção mesmo sobre o funcionário público, o processo administrativo disciplinar. Tudo isso é vinculado, não é discricionário. O direito punitivo do Estado é sempre discricionário e depende de razoabilidade, conforme os parâmetros definidos na própria legislação ou nas possibilidades de interpretação. Eu, particularmente, não acredito em regra perfeita, fechada, absoluta; tudo depende de interpretação, e a nossa profissão – a dos advogados – é que tem de encontrar a solução seguindo as regras do James Müller Turder. Eu poderia dizer que o processo aberto afirmando a política e indicando qual é o pensamento, qual é a base, é fundamentalmente comprometido dentro do nosso sistema hoje, por obrigação constitucional, com a democracia, ou seja, as regras gerais de não invasão etc. Mais, com relação à denúncia e à decisão judicial, enquanto a questão ainda carece de análise de mercado pelo CADE, eu tenho uma posição um tanto quanto diferente, eu diria, porque me parece que em algumas questões do mérito administrativo não cabe ao Judiciário afirmar ou apreciar. Friedmann bem colocou a questão aqui minutos atrás quando disse “nós trazemos uma carga de receio pelo nosso sistema democrático”.

Se olharmos historicamente o nosso país, veremos que nós vivemos espasmos democráticos em grandes períodos ditatoriais, seja um acordo ou outro, sem entender que a Primeira República era totalmente democrática. Mas a nossa história não é bem assim, daí a preocupação de dizer que o Judiciário pode rever tudo. Eu percebo que em países onde a democracia é mais amadurecida, o Judiciário não tem receio nenhum em dizer: isso é mérito administrativo, não me interessa; a agência é capaz de decidir, é dela essa atribuição legal e constitucional. E o juiz não tem receio em afirmar que não entende disso, que esse não é o seu tema. E quando se olha para as infrações contra a ordem econômica, você mesmo colocou isso, e é a realidade dos fatos, do CADE, autarquia federal, é um tribunal que penaliza, ele julga dizendo: nessa hipótese, ocorrendo infração contra a ordem econômica, a sanção é essa, o procedimento é esse, a multa é essa, a intervenção é essa. É o CADE, via sua procuradoria, que vai pedir intervenção na empresa se tiver essa possibilidade ou não, é a procuradoria do CADE que vai executar as decisões que serão títulos executivos extrajudiciais ou, perdão, títulos

executivos executáveis pela lei de execução fiscal, dívida ativa etc. Todo mundo sabe disso. Então, me parece que uma denúncia ou uma decisão judicial antes do fim do processo administrativo no CADE é temerária. Mas um outro ponto, para concluir, que é preciso levar em consideração: não me interessa muito quando eu penso a respeito desses problemas encontrar a solução definitiva e segura. Eu disse isso com relação à competência – se vocês quiserem, voltaremos no assunto –, mas tudo o que se decide, o que se faz, gera consequência, indica um comportamento para as pessoas. Hoje em dia, estão traçando paralelos e comparações, e no julgado do STJ em que votou o José Arnaldo da Fonseca, mas onde o voto majoritário foi o do Félix Fischer, dizendo que o administrativo não vincula o jurisdicional e pode seguir, não se consideram alguns aspectos. Quando eu comparo o processo administrativo do CADE com o processo administrativo fiscal no âmbito da Receita Federal, uma série de diferenças ocorre. Você mesmo colocou – e com toda a razão – que o Tribunal Administrativo Fiscal revê autos infracionais, e o CADE impõe auto infracional. Um outro aspecto, hoje, apesar de o Supremo Tribunal Federal fixar diretrizes, é que a maior parte dos tribunais e dos Procuradores da República seguem orientação de que, uma vez que é pendente de decisão administrativa não se oferece denúncia, e o processo não segue, fica parado, o que tem uma consequência que é suspensão do prazo prescricional. E aí surge outra pergunta que é: com o CADE é a mesma coisa? E isso tem repercussão concreta, porque a nossa preocupação como Ministério Público é com a eficiência de recursos. Para nós, é extremamente frustrante passar anos movendo um processo para no final encontrar uma extinção da punibilidade por prescrição. Isso não passa uma boa mensagem, porque a mensagem que se passa é que a penalidade para o criminoso é gastar dinheiro com advogado. Então, isso é ruim para o sistema como um todo, não incentiva o mérito. Mas assim, não incentiva o mérito, os advogados trabalhariam de qualquer forma, mas a prescrição leva a uma despesa de recursos escassos, e isso é desconfortável. Quando o Supremo diz: “suspende-se, e a prescrição só começa correr ao fim do processo administrativo”, a repercussão disso está por vir. Dou um exemplo: até o dia 20 de dezembro deste ano, vou denunciar uma deputada estadual do Mato Grosso do Sul por sonegação fiscal. Ela perdeu o processo administrativo em julho. Então, o prazo prescricional dela para essa sonegação fiscal começou a contar em julho, eu vou oferecer a denúncia em dezembro, o prazo de prescrição dela se achatou, então esse é um problema para ser visto no futuro, vocês já vão começar a entrar no mérito. Outro problema, se eu faço seções na 2.^a Turma do TRF da 3.^a Região, a 1.^a Turma diz: o.k., o processo administrativo impede oferecimento de denúncia

quando a parte recorre e pede até o tribunal decidir, o tribunal administrativo. O que a 1.^a Turma está fazendo pedindo os recursos administrativos e olhando qual é o mérito do recurso administrativo é dizer: quando a parte recorre só impugnando a multa e não o mérito da infração, está reconhecendo que aquele auto está valendo e daí não concede *habeas corpus*, não concede trancação penal, e a coisa segue porque a discussão já é de valor, não é mais do mérito da quantidade, da ocorrência ou não da infração administrativa. Então, são todas questões para serem ponderadas e imaginadas. E eu nunca me esqueço de uma questão interessante (alguns de vocês devem ter vivido o problema) quando, na década de 1990, 1997-1998, se discutia muito isso, se o Ministério Público teria acesso direto a informação sigilosa bancária, fundamentalmente, e muitos advogados ingressaram com processos e acabaram conseguindo a jurisprudência no sentido de que só com a autorização judicial. Pois o que aconteceu em 1999, e eu ia dizer uma coisa interessantíssima, foi o seguinte: nós da Procuradoria da República pelo menos fizemos isso, paramos de discutir essa questão, porque não valia a pena recorrer e discutir em paralelo quando o que interessava era o mérito. Como o juiz senta do nosso lado, ou a gente senta do lado do juiz e no dia-a-dia o nosso relacionamento profissional é mais intenso no embate, o advogado tem uma causa, o promotor, o procurador têm várias ao mesmo tempo, e às vezes com o mesmo juiz, começou a se perceber dentro da Febraban, dentro dos Bancos, a enorme despesa que era atender todas as ordens judiciais de acesso a informação bancária e sigilosa. Em 1999, isso foi uma conta gigante para os Bancos e veio o BacenJud para tentar organizar a situação. Então, quando se escolhe uma opção temos que pensar no custo, no efeito e no mérito. Mas eu tenho essa posição, eu acredito que o mérito das decisões administrativas não pode ser alcançado especialmente quando se fala em concorrência. E, última observação, o tribunal é respeitado não pelo fato de ser tribunal, mas pela qualidade daquilo que produz, pela reputação que ele gera: pode ser um tribunal administrativo, um tribunal jurisdicional, ou um tribunal arbitral. É só um exemplo de como nós sofremos décadas com a insegurança do nosso sistema jurídico, foi o parto da arbitragem no País. É só um exemplo de como a questão de competência tem uma série de outros valores e questões em torno.

Marcos Vinícius de Campos: Obrigado. Eu peço perguntas objetivas de 30 segundos, e respostas de um minuto. Doutor Lauro, perdão, use o microfone, para registro.

Lauro Celidônio Gomes dos Reis: De qualquer forma, eu também entendo que, na realidade, o enquadramento de qualquer conduta anticoncor-

rencial ou de crime anticoncorrencial depende da prévia definição de mercado relevante, de poder de mercado do agente. E quem tem competência para definir isso, no meu modo de ver, é o CADE, ou seja, não vejo essa definição sendo realizada num inquérito criminal ou numa ação criminal. Então, a primeira pergunta, na realidade, seria ouvir a opinião do Ministério Público Federal, do Judiciário, do Ministério Público Estadual sobre isso também, ou seja: não é muito mais lógico que se aguarde a definição da existência em si da conduta anticoncorrencial pelo órgão administrativo competente, antes de ser dar início à ação penal? E uma segunda pergunta que eu gostaria de fazer, também aproveitando a ocasião, é com relação ao acordo de leniência: como os Ministérios Públicos Federal e Estadual veriam a possibilidade de se requerer a anulação de um acordo de leniência caso um dos Ministérios Públicos não tenha participado da sua feitura, ou seja, leniência com o Ministério Público Federal, assistido pelo Ministério Público Federal é uma situação, mas quando se fecha um acordo de leniência com o Ministério Público Estadual é outra situação. O Ministério Público entenderia que o outro era competente para fechar o acordo de leniência e, portanto, estaria satisfeito?

Friedmann Anderson Wendpap: No que toca a minha parte do seu questionamento, eu reitero o que afirmei: que a possibilidade de o Judiciário invadir o mérito administrativo e substituir a discricionariedade política do Executivo pela discricionariedade judicial, é um perigo, inclusive pela razão da legitimação para fazer e como se arca com o ônus político dessa decisão. As garantias judiciais fazem que o juiz não arque com o ônus político imediato pelas decisões que toma, enquanto no Executivo esse ônus é imediato, e por isso inclusive a diminuição do campo de poder, o modo muito reduzido de exercer poder e a necessidade de exercê-lo com muita formalidade, justamente porque pessoalmente o agente da decisão não arca com nenhum custo, enquanto no Executivo o custo da decisão, o custo político, é cobrado com muita imediatividade – às vezes demora oito anos, mas é cobrado esse custo. Então, por isso me parece que sim – e o Marcelo afirmou muito bem –, que existe um espaço da discricionariedade administrativa que não deve ser invadido pela discricionariedade judicial. Acho que com isso eu encerro.

José Mário Barbuto: Rapidamente vou responder primeiro à questão relativa à anulação do acordo de leniência pela não participação do Ministério Público ou pela participação do Ministério Público ou Estadual quando um ou outro deveria participar. 1.º) A lei não exige a participação do Ministério Público na celebração do acordo de leniência. Então, por esse motivo, não

me parece que o acordo pudesse ser anulado; o que tem acontecido é que a Secretaria de Direito Econômico tem chamado o Ministério Público para participar da celebração do acordo como uma forma de otimização dos trabalhos para que a investigação seja conjunta e beneficie tanto a investigação criminal como a administrativa. Se a Secretaria de Direito Econômico celebra um acordo sem a participação do Ministério Público, a lei diz que esse acordo é válido; se a Secretaria de Direito Econômico celebra um acordo com o Ministério Público Federal, e a competência depois se define como sendo do Ministério Público Estadual, não há nulidade por esse motivo do acordo de leniência. Pode haver por outro motivo qualquer, pois as informações não foram suficientes. Mas, eu diria, se esse motivo fosse válido, poderia até ser levantada uma outra questão, que é a questão do promotor natural. Quem que é o promotor que vai participar desse acordo de leniência? É um promotor designado pelo Procurador Geral. E, se não há inquérito ainda, porque o Ministério Público foi chamado pela Secretaria de Direito Econômico, a partir do momento em que esse inquérito é distribuído em juízo, ele vai para uma determinada vara, que é de atribuição de um determinado promotor natural para officiar o feito. E esse promotor natural é obrigado a aceitar aquele acordo que o outro promotor do Ministério Público Federal ou Estadual fez? Então, me parece que a participação do Ministério Público não faz parte ali da essência do ato, ou para que tenha validade, é mais uma questão de eficiência desse acordo. E eu queria falar rapidamente sobre a questão das esferas administrativa e judicial. Eu concordo em gênero, número e grau com o que foi falado aqui, que o CADE é quem tem no mínimo o conhecimento técnico para definir se aquela conduta afeta o mercado de forma relevante e suficiente para caracterizar uma infração prevista na Lei Antitruste. De outra parte, na tipificação penal, na minha opinião, até por uma questão de lógica do ordenamento, existe também a aplicação da regra da razão, e não somente a *per se*, porque essencialmente o crime é mais grave do que uma infração administrativa. Se nós entendêssemos que o crime, aquele acordo *per se* seria um cartel, nós teríamos uma situação no mínimo estranha de uma infração, de um delito criminal menos grave que a infração administrativa. Então, até por uma questão de lógica o crime tem que ter no mínimo os mesmos requisitos de existência, de tipificação da infração administrativa. O grande problema é que, ao contrário da infração tributária, nós temos que trabalhar de forma ideal – e eu entendo que o CADE tem mais competência para fazer esse estudo e tomar essa decisão –, com ordenamento jurídico e com a lei que nós temos em nossas mãos. A questão dos crimes contra a ordem econômica é muito diferente da questão dos crimes contra a ordem

tributária, e o Supremo Tribunal Federal tem exigido o término da instância administrava não tanto por uma questão de dependência ou independência das esferas administrativas e judicial, mas sim por uma questão de tipificação e consumação do crime. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, se não terminou a instância administrativa, não há supressão de tributo, portanto o crime que é material e não estaria consumado, daí a conclusão também de que a prescrição começa a correr da inscrição na dívida ativa. Não é o ocorre na infração ou no crime contra a ordem econômica, em que a consumação ocorre com a conduta, o crime de fato consumado. A decisão do CADE não é constitutiva da infração, ela apenas declara a infração. E, então, se tivéssemos que esperar a decisão do CADE, teríamos um problema de prescrição. A solução que me parece mais viável com a legislação que nós temos, para evitar a prescrição e a impunidade desse tipo de conduta – que, volto a dizer, é gravíssima – é incentivar e tentar que esses trabalhos sejam feitos em conjunto, de forma que a conclusão do Ministério Público sobre a existência ou não do crime venha de forma conjunta com a decisão administrativa, de forma célere, rápida, evitando a prescrição. E uma última questão que eu coloco é se não seria mais lógico esperar a decisão do CADE, porque se o CADE absolver, não há crime. Bom, então deixa eu colocar uma questão: e o contrário? E se o CADE decidir pela existência da infração, a questão pode voltar a ser discutida no Judiciário? É preciso, então, ter um mínimo de coerência e de lógica para denunciar, porque é o CADE que sabe; o juiz não tem competência para decidir isso, e também não vai ter para contestar a decisão do CADE que reconheceu a decisão administrativa. Bem, eu deixo a questão para uma reflexão.

Marcos Vinícius de Campos: Está claro que não há a primazia de uma esfera sobre a outra, e está claro que nós temos que construir uma solução boa para a sociedade brasileira. Evidentemente, nós temos que ter a compreensão da participação de cada agente. Eu gostaria de passar aqui para o professor doutor Marcelo uma questão ainda relativa ao Lauro, mas que o Mauro Grinberg complementou. Ele diz aqui, à pergunta do Mauro Grinberg: A lei prevê que o Secretário de Direito Econômico pode extinguir a punibilidade dos casos de leniência. Pode? – pergunta. Mesmo que um Promotor de Justiça ou um Procurador da República assinem o acordo, essas assinaturas resolvem a questão da extinção da punibilidade e vinculam todos os membros do Ministério Público? É a mesma questão.

Marcelo Moscogliato: Obrigado, Mauro e obrigado, Lauro. Responder isso em um minuto é uma maravilha. Primeiro ponto, é preciso verificar em que fase da negociação do acordo de leniência se está. Porque se estiver na Secretaria de Direito Econômico, e o Ministério Público dele não participou, ele simplesmente vai ignorar o que o Secretário de Direito Econômico está fazendo. Se o CADE aprovou o acordo de leniência, isso tem efeito ou não dependendo de como o aprovou. Se, por exemplo, o aprovou dizendo: perfeito, não se aplica sanção nenhuma; mais ou menos perfeito, 1/3 de multa; 2/3 de multa etc., então todas são variáveis sobre o caso. Com relação à pergunta do Mauro, especificamente, sobre extinção da punibilidade, digamos que eu vá à Receita Federal e pague antes do início da ação penal, e mesmo assim, por engano, a representação vai parar no Ministério Público e um Procurador me denuncia. Em que momento ocorreu a extinção da punibilidade? A punibilidade está extinta pelo fato lá atrás, e a declaração vai depender da provocação da apresentação da questão concretamente no foro judicial, apresentado uma vez, transitado em julgado, fim de papo, morreu o assunto. No âmbito administrativo, o Secretário de Direito Econômico pode querer e declarar extinta a punibilidade de um crime, mas não vai impedir nenhum procurador ou promotor de oferecer denúncia, e essa questão toda vai ser levada e apresentada ao Judiciário. É do Judiciário a decisão final, o risco. Qual o problema da leniência? Para que a leniência frutifique e gere consequências boas e positivas, tem que ser feita com a maior segurança possível para aquele que pede leniência, para que ele sinta confiança na leniência. O chamamento do Ministério Público ou Estadual para o acordo de leniência tem muito que ver com o artigo 129, I, da Constituição Federal. Não existe obrigação de chamar, a lei não exige requisito. Qual é o problema, então? O 129, I, diz que a ação penal pública é privativa do Ministério Público, e não tem nenhuma condicionante, ou seja, para que o acordo de leniência não seja frustrado logo no começo por uma denúncia criminal que vem e pega todo mundo de surpresa, antes ou durante a negociação do acordo de leniência, para que o sistema não ser desmoralizado, convida-se o promotor ou procurador. E vamos imaginar que prevaleça o entendimento de que a competência para o crime na linha do que o Supremo decidiu é do Estado. Suponhamos que um acordo de leniência seja feito, e o Ministério Público do Estado de São Paulo o anule e o Ministério Público do Estado de Goiás não o aceite, como fica? Ou vamos imaginar, hipoteticamente falando do caso do cartel da laranja que saiu na mídia e que foi decidido pelo CADE essa semana, que num Estado produtor de laranja, o Estado de São Paulo, o Ministério Público aceita e assina o acordo de leniência, e num outro Estado produtor de laranja

em que o Ministério Público não foi chamado a negociar, a participar e ver qualquer tipo de informação não aceita, abre um inquérito lá e começa uma investigação de formação de cartel e, como o acordo de leniência ainda não foi definitivamente julgado pelo CADE, a questão está em aberto. Eu não sei se eu respondi ou se eu gerei mais dúvidas, mas é que o sistema gera dúvidas. E nunca se esqueçam de uma coisa, os grandes tinham uma definição para o caos, e eu acredito no caos da sociedade moderna, é uma coisa boa, você não foge dele, você se prepara para ele. O que é o caos? Caos é o lugar onde coisas novas aguardam o momento certo para existir. E, no fim, tudo dá certo, porque se não deu certo não chegou ao fim.

Marcos Vinícius de Campos: Como disse o doutor Friedmann, para construirmos uma solução razoável para os agentes econômicos, precisamos estabelecer uma relação de confiança e convidar todos os pares para o baile. O problema é que nós não podemos ir ao dentista e chegando lá percebemos que é um médico. Então, nós temos que saber que temos que aglutinar e organizar, e esse é o sentido desse painel do IBRAC: trazer os diferentes atores para a discussão, para que se construa uma confiança. Mais alguma questão, por favor, pois temos ainda uma ou duas questões e vamos encerrar porque o almoço nos chama. Questão de ordem, presidente. O presidente diz qual é o horário de retomada presidente. Bom, não havendo outra questão nós vamos então dar por encerrados os trabalhos dessa mesa, agradecemos a todos e às 14h30 estaremos aqui novamente. Muito obrigado a todos (pausa) *(fim do painel)*.



Painel II – CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO / *COMPETITION AND REGULATION IN THE FINANCIAL SECTOR*

Coordenadora / *Chairperson*: Cristianne Saccab Zarzur – Pinheiro Neto Advogados

Amaro Luiz de Oliveira Gomes – Chefe do Depto. de Normas do Sistema Financeiro (Denor)

Daniel Goldberg – Secretário de Direito Econômico – SDE/MJ

Gesner Oliveira – Tendências Consultoria Integrada

João Manoel Pinho de Mello – Professor Assistente da Faculdade de Economia da PUC-RJ

Marcelo Barbosa Saintive – Secretário de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF

Marcos Cavalcante de Oliveira – Sturzenegger e Cavalcante Advogados Associados e membro da Comissão Jurídica da FEBRABAN

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Boa tarde! Estamos um pouco adiantados, mas eu vou começar. Inicialmente, vamos ter uma pequena apresentação do Michael Reynolds, que acho que todo mundo aqui já conhece. Ele é chefe da divisão do grupo antitruste do Allen & Overy LLPe atualmente é presidente da divisão de práticas legais da International Bar Association.

■ **Michael Reynolds**

Obrigado! Para mim é um prazer voltar aqui a Campos do Jordão. Vou dizer algumas palavras sobre o desenvolvimento do International Competition Networks, mas em primeiro lugar quero dizer algo sobre o escritório regional do ABI aqui no Brasil, em São Paulo. Às vésperas de completar 60 anos de

existência, a Internacional Bar Association congrega hoje mais de 30.000 advogados no mundo inteiro. A ABI tem como principal meta promover a troca de informações jurídicas para a independência do Judiciário e o direito de advogados praticarem a sua profissão sem deferência. Em meados de 2005, a ABI deu um passo importante na sua história, abrindo o seu primeiro escritório regional. A região escolhida para realizar a sua expansão foi a América Latina, e a cidade da primeira sede regional, São Paulo. A escolha da América Latina se deu pelo crescimento do número de advogados na região e por estar entre os maiores mercados de advocacia do mundo. Hoje, o Brasil é o terceiro maior mercado de advocacia do mundo, com cerca de 600 mil advogados. Os Estados Unidos têm 700 mil e a Índia, 800 mil advogados. Não sei o que é que fazem todos os advogados da Índia, mas esse número é incrível.

A abertura do nosso escritório regional permitiu à IBA focar o seu trabalho na região desde a implantação do nosso escritório aqui em São Paulo. Em pouco mais de um ano, o número de associados cresceu cerca de 30% na América Latina e 70% no Brasil. Outro objetivo alcançado pelo escritório regional foi a promoção das diversas conferências que atendam as necessidades da América Latina: desde o segundo semestre de 2005, cinco conferências foram realizadas na região. O ano passado, por exemplo, houve a conferência organizada com o IBRAC, no Rio de Janeiro, que contou com a presença de mais de 70 advogados. E, para o próximo ano (2007), outras cinco conferências já estão programadas: “Fusões e Aquisições”, em São Paulo, em abril, “Impostos”, em São Paulo, “Negócios em Expansão”, em Montevidéu, “Arbitragem”, em Caracas, e “Energia”, em Buenos Aires.

Aqui eu aproveitaria para dar uma palavra sobre o trabalho do nosso comitê de antitruste da ABI. O comitê de antitruste da ABI tem trabalhado ativamente no desenvolvimento internacional das leis antitruste. Recentemente, os comitês receberam sugestões, por exemplo, para o grupo _____, documento desenvolvido pela Comissão Européia que visa facilitar ações privadas por danos causados devido a violações das regras no Tratado da União Européia. O comitê antitruste da ABI também formou grupos de trabalho para estudar os principais temas de política internacional de concorrência, submeteu sugestões aos governos do Japão e da China sobre a reforma de suas leis antitruste e organizou este ano uma conferência em Sidney, na Austrália, sobre a nova lei de concorrência na Austrália. No próximo ano, vamos organizar uma conferência em Toronto, no Canadá, sobre a política antitruste na América do Norte. Nosso escritório aqui pode dar mais informações, o nosso diretor Rodrigo do Espírito Santo está aqui

nessa conferência e também o secretário de nosso comitê antitruste, que é atualmente José Regazinni. Obrigado.

Good morning everybody. It's a great honour to be invited by IBRAC to speak with you today about the Canadian Competition, Canadian experience in cartel law. It's a particular honour to be part of such an esteemed panel.

I'm reminded of a Canadian movie, there's a couple of young Canadian guys with long hair, tools, plad jackets, lumberjack jackets, sort of goofy but loveable guys and one of the scenes of this movie, they get to meet Alice Cooper, who I expect you are probably familiar with the rock star, known for "School's out for Summer, 1973", and they fall down before Mr. Cooper saying, "we're not worthy, we're not worthy." And I think there is some truth to that here today, and also I would also like to say that obviously I can't address you in Portuguese but I just started learning yesterday and I think it's advisable that I stick to English.

I want to really talk about three things. The first is I want to tell you a little about a Canadian cartel case just to give you a bit of flavour, really more local flavour I think, and then I'd like to talk about our law and how our substantive in cartel law works and lastly, I'd like to talk to you a little bit about our immunity programme, which has come in the last 6 years or so and has really had very significant effects on, the enforcement of the law in Canada.

My start in cartel law was when I was a brand new lawyer in 1988. I was called into a partner's corner office. And, in the office was the alleged, one of the alleged ringleaders of a conspiracy in the Real Estate Brokerage Industry. The case began very well. There was a huge lightning storm outside, lightning bolts and this witness was telling us about the things that had happened in the industry.

I talked to Musculetto this morning and made references to tariffs, for instance, for legal fees and, in fact in Canada, our cartel law did not apply to services until 1976, so many service industries including the Real Estate Brokerage Industry basically, had fixed rates of, in British Columbia, where I was at the time, it was 7% on the first 100,000 dollars and 2.5% on the balance of the value of the house, the transaction for the sale of the house, if the broker could manage to sell the house.

So, in 1976 the act was extended to cover services but, surprise, pricing didn't change very much in some service industries. This case was in fact a follow-on civil case to a criminal investigation. The criminal investigation sort of petered out with the prohibition order so, no conviction. It was a negotiated deal which is quite common in Canada and the plaintiff

in the case was a realtor, was kind of a bit of an outsider perhaps. He wanted to have discount commission rates so his plan was instead of 7% on the first 100,000 he would have 5.5 for 5% and he was alleging that all of the other realtors in the area would not sell his listings. That they had entered into a conspiracy to boycott his listings because: a) they didn't like him, he said, and there may be some truth to that but more importantly; b) that they were worried that this would drive a downward, this would drive brokerage commissions at a downward trajectory and once they fell off that 7%, where would the bottom be? That was his theory of the case or that the case that he brought. My client was the Fraser Valley Real Estate Board, which was an entity that ran the multiple listing service, where all the real estate listings are collected in one place so that all the realtors have access to them.

There were 54 other defendants including John Doe and Jane Doe. And we then spent the next 5 years after such a great start, 5 years basically, wading through roomfulls of documents, examining tens of thousands of real estate transactions, reviewing the many tape recordings that this plaintiff had made of telephone calls that he had had with other realtors, where he had in essence, in some cases I think, had tried to entrap them into saying things or lead them into saying things and of course examination for discovery transcripts. So, it's very factually intensive, perhaps not the most satisfying work but a lot of work trying to get to the facts of what had happened in this case.

The trial, as far as it went, lasted 40 days. In that trial, the plaintiff spent about 38 of those days trying to read in examination for discovery of evidence because in Canada, if you have a transcript of questions and answers from an examination for discovery, the plaintiff can read the questions and answers in, literally, word for word, into the record, and my job as a young lawyer then was to object to all of this evidence, which I did for days and weeks while everybody basically didn't turn out for the trial.

We only got to one witness, and the only reason we got to that witness was that he was about to die. And so, the judge made an exception and said, "ok, let's go and hear from this witness!" We drove out to the witness's house, took his evidence. The plaintiff or his council wrote down the licence plate number of the judge's car because the judge had driven her own car out there and then they had run the licence plate number, found that the car was owned by the new husband of the judge. They then searched the company, that her husband was a dentist, he had a professional services company.

They searched that company, found that she, the judge, in fact was the secretary of the company, which is nothing really under Canadian law,

it's just the company has to have one so, he had made his wife, the judge, the secretary.

They then got into the judge's divorce file. The judge had been married to one of our partners and they also engaged in a pattern of bading the judge. That they would come into court 10 minutes late. We'd all be sitting there, then they'd order the transcript to see what was said, and of course there was nothing. They would argue with the judges. They lost a lot of their evidentiary applications. They would argue with every ruling the judge would say, "inadmissible", after hearing from both sides." They'd say, "but judge" you know and they'd basically try to provoke the judge into saying some nasty things about them, which she mostly didn't. She was incredibly patient.

And they then came into court one day with a new lawyer and brought an application to disqualify the judge on the basis that she was either biased against them or that there was a reasonable apprehension of bias. And the judge not too surprisingly ruled that she in fact was not biased. We argued of course that under the divorce file, if anything, that wouldn't indicate that she was biased in our favour since her divorced husband was our partner.

It went to an appeal. The Court of Appeals said a trial was not a tea party. Council is not entitled to respect. Dismissed their appeal, and then, the case settled. So, the lesson there really is that, it went on and on and we didn't really do anything on the merits, on economics, I mean we were going to but it never got there. It was a huge productive, hugely potentially, unproductive effort. But, as council, there were of course some good points to it.

There is a lot of...our cartel law, turning to the law goes back to 1989, sorry –1889 and we in fact enacted our prohibition of cartel activity in our criminal code, we now have it in a separate statute, actually, a few months before section 1 of the Sherman act was enacted.

There were a lot of confused cases including, obviously the one I was involved in over the years since 1889. Many of the cases had little economic analysis for, in fact, to make findings that were, from an economic principle point of view, incorrect.

You know, in defense of the people that were participating in those cases, microeconomics, industrial organization economics obviously evolved a lot after 1889. I think the law originally really could be described more as a populous law as opposed to a law of principle. But, through a lot of effort, a lot of fishing around, a lot of false starts, a lot of blind allies, and a lot of case law, I think that we have now got to a point, where our law does sit on a fairly sound, albeit, imperfect basis and that's what I'd like to describe to you now.

There's two key sections that I'd like to talk about today, one of which is section 45, which is our conspiracy provision, our cartel provision. And the other of which I want to touch on briefly is our bid-rigging provision which is a narrower type of cartel activity under our law, section 47. I'll explain this in more detail but our section 45 could be referred to as essentially, a modified rule of reason provision, where it is necessary to examine markets and competitive effects but its modified rule of reason in a sense that, really, by virtue of historic anomaly, efficiencies are irrelevant in our cartel cases and that, and I'll come back to that, but really the solution hasn't been in the law, the solution has been in the enforcement of the law or how it is enforced which, obviously, raises concerns regarding discretionary power going back to the judge's comments earlier but that's certainly an ad hoc way that we have dealt with that.

On section 45, our main conspiracy provision. Our leading case now is a case that is generally called PANS, which is an acronym for the Pharmaceutical Association of Novascocia. Novascocia is one of Canada's 10 providences on the Atlantic side. One of the first colonies of Canada. And in that case, it involved an alleged conspiracy to fix the dispensing fees that were paid to pharmacists in Novascocia.

I'm not sure how it works here but in Canada, if you go to a pharmacist with a prescription, you'll pay two things, one of which is you'll pay for the drugs, and the other of which is that you'll pay a dispensing fee, which might be 5 or 7, or 10 or 15 dollars depending, that is basically payment to the pharmacists for the services. So, yet allegations that pharmacists had fixed pricing. And there probably was really a price fixing agreement there. The case really fell...failed at the end because the court was not satisfied that intent was proved and the reason for that is that the government of Novascocia had originally sat the whole thing out so, it was a very tangled background, far too tangled to get into today.

But out of that case came a statement from our court about what the key principles are, our Supreme Court.

So, there's really three elements under our conspiracy level. The first of which is, that there be an agreement. The second of which is, that the agreement lessens competition, and the third element is that the competition, sorry, that the agreement lessens competition unduly, is the word that we use, which I understand may not translate very well but basically, it would mean significant, too much or more than material but some higher standard than material, if you read the old cases. Now there's a little more economic analysis in that concept.

Turning to the pleas and order then. So, going back to the first one. It's a requirement that there be an agreement. That can be either very easy to prove or extremely difficult to prove and I think Dr Barbueto made some references to that. Either, there's a conspirator who is cooperating with the Crown or: 2) says this is what the agreement was and can produce travel records and all these other things to substantiate it and potentially participate in a collection of evidence or there may be an actual written agreement.

Sometimes there really is a smoking gun, as we call it, document but often times, there is not good evidence of an agreement and what the government does is when it executes search warrants is to hunt through all of the records, e-mails, travel receipts, trying to put people in the same hotel at the same time, or at the same restaurant at the same time, or playing golf together at the same time and then tries to ask the court to infer from that, an agreement. So that's many of our cases, especially the earlier ones go on for pages and pages and pages on whether in fact that, agreement was established.

The second part of the task is that the agreement lessens the competition. Really, we don't spend that much time on that because usually, by the time you've found a relevant agreement, it could at least plausibly be said to lessen competition. So the standard there is really not very high. It's the same evidentiary standard but the test itself is not very high and then the third element of course is this undue requirement, and that's really where most of the action is in most of our cases now assuming that an agreement can be established.

After a lot of fumbling around we've got to the point of thinking of the undue test as looking at two things. The first of which, is market power, whether the parties to the agreement have market power, and the second of which, is the intent of the parties. On the market power point. It is actually what is done now, or what should be done, it may not be in all cases but what should be done, is for market power analysis and economic analysis to be done whether the parties to the agreement, together, had market power.

The first thing is to define the relevant market, what is the product market in question? And, also the geographic market, what is the area in which competition competes? One of our cases, to give you an example, one of our cases called Clark Transport. It is referred to in my paper involved freight forwarders which are companies that, in this case the argument was, these were firms that perceived freight, assembled into them into railcar loads, sorry less than truck loads and then would send those on certain city routes

within Canada, so Toronto Vancouver for example. And there the Crown failed. It lost the case and it was in large part because they failed on product market definition because they couldn't show the other truckers, you know, the ones other than less than full truck load or that rail or air freight, did not, should not be included in the relevant market and if they couldn't show that the market was narrow then they didn't have enough of the market for the parties to the agreement to have market power.

One of the problems the Crown had in that case was really that the principle approach to that I just referred you to and another thing that came out of it is, which goes to show you all of these cases have to be decided one at a time really, is that is that the Crown in that case had apparently, had a lot of trouble finding an economic expert to say that the market in fact was restricted to this less than full truck load type of freight movement and their evidence came out that in fact they were in fact on their 4th expert and they didn't call any of the first three. So, no one knows what the first three would have said but the judge in that case felt fairly comfortable in making an assumption that it wasn't going to favour the Crown's case and that, these sorts of small things, I think, really did influence the decision at the end of the day.

Other things that are looked at in our market power analysis are the barriers to entry into the market so the freight forwards case. How hard would it be for new competitors to enter the less than full truck load segment? Probably the barriers weren't that high, although it wasn't decided really in that case as I recall. Pharmacies, obviously the barriers to entry there would be higher because you have to have to be a registered pharmacist you would have to have gone to school . How many competitors there are in the market and how many competitors are in the market that weren't a party to the agreement?

So, to take an example. Let's take an example of car repair shops. Take an example of two car repair shops in Sao Paulo, each on opposite sides of the city. They're just small shops, sort of family owned things, and they're both owned by brothers and at the family dinner on Sunday night they basically, agree that they are going to put up their hourly rate for doing car repair work.

It's pretty obvious that certainly although, they have an agreement but certainly, that the agreement might be said to lessen the competition between them, at the same time they don't have any market power because there are so many other car shops in Sao Paulo and there are so many other car shops between them because they are on opposite sides of the city. So, we would

look at those sorts of factors and try and understand, whether or not the parties to the agreement had market power.

On intent, I said there were two parts, I'm doing this thing market power and intent. On the intent side, the Crown can prove intent, the prosecutor can prove intent either, there could be great facts, like everyone got together at a smoky hotel room at some airport somewhere and were videotaped smoking cigars and drinking scotch and agreeing on who was going to have what part of the market and what the price was going to be. That's pretty good evidence but a very bad intent, but the Crown can also prove intent by proving the facts and then asking the court to conclude that a reasonable business person should have known that the effect of the agreement would be to unduly lessen competition, so there are two ways they can get there.

And at the end of the day on this undueness, on this third element of undueness. What is supposed to happen...excuse me, is a balancing. Where, if you look at the amount of market power and the proof of intent and if there is really bad intent then you don't need that much, as much market power, and if there is very high market power, if you have all the competitors agreeing, then you don't as good evidence of bad intent.

So, it is frankly, somewhat, a test that leaves room for disagreement on its application in any particular case. I think it is fair to say. Now, I did mention that our law is, I think, flawed in one serious respect, which is that, in Canada efficiencies are irrelevant under section 45. So, in a cartel case, it may be more a matter of academic interest, in a sense that, I think that, there aren't too many judges in Canada that would find that a clearly, a cartel that was clearly had the intent to monopolize the market should somehow be able to get off because it was more efficient. I don't think that is really the issue but where I really think the issue does lie is that it is quite common for joint ventures to form.

For instance, drug companies cooperating. They may have complementary product patent portfolios or complementary abilities. They may decide the look, the best way a new drug to market, which everyone knows takes forever and costs a lot of money, is to cooperate but of course if they are going to cooperate on this there is only going to be one drug coming out at the end, so they're gonna have to agree on how to market it, and they're gonna have to agree on a price or they're gonna have to agree on different geographic regions or else they'll never be able to enter into the joint venture in the first place. So, that's a clear example where I think that certainly, there's an agreement that lessens the competition on price. If you just look at that, you could see it as a price fixing cartel but the benefit to society or the

efficiency if you wanna look at it in economist terms, is the ability to either bring a drug to market that could not have been brought to market or bring a drug to market sooner than it could have otherwise been brought, which besides I think, classic economist efficiencies, I think also has also in the larger sense in, social benefits to allowing sick people to access drugs.

So, how do we deal with that in Canada? Basically, we deal with it with the Commissioner that never enforces. There's just no investigations of joint ventures of that nature. There's really not investigations of so much of big projects, joint ventures, big construction joint ventures. Unless, there is something kind of out of the norm. But, if there's a bunch of large contractors getting together to bid on a really large construction project like our Swamish highway for the Olympics that are coming up. I don't really know what the joint venture situation is there but that's a case I think where you just won't see enforcement activity, eventhough, there is really no way to look at the benefits under our law.

The other section that I wanted to refer to very briefly is our section 47, our bid-rigging section. That is a per se, an offence under our law, but it has a very interesting escape hatch. Basically, the act of agreeing to submit coordinated bids in response to a call for bids or agreeing, that one or more people will withhold bids and not bid, for instance on a highway construction project, is per se illegal, just as with our price fixing law. Generally, it is a criminal offence and carries all of those consequences under the act. However, if, before anybody does anything by way, either submitting a bid, if, if, before bids are submitted by that group of people, they disclose to the party calling for bids that they have gotten this arrangement, then they are automatically exempted from liability under section 47. They still face section 45 liability, so, you know they have to decide are we going to tell them that we are not going to all bid or that we are going to submit coordinated bids, in which case we could still be sued under section 45, but it does allow for more legitimate joint ventures. We might have a technical problem here to say simply disclose it and then they get dumped back into a section 45 analysis where you look at market power.

The enforcement history under our statute does go back over a hundred years and recently in the last 5 or 10 years, there have been many investigations, the majority of which, were resolved by guilty pleas. A lot of which are international cartels like the vitamin cartel which I'm sure you are all aware of. Where the vitamin cartel in Canada resulted in 50 million Canadian dollars of fines. There have been jail terms in one or two cases. I agree that in the right case that crime can be agreed just enough that jail time is appropriate and certainly our Commissioner, I think our Commissioner of Competition is very interested

that there be more jail terms in appropriate cases where there is clear cartel activity, but so far it hasn't happened too much. I should also, I think there is also, in Canada, a distinction between domestic and international cases.

On a lot of the international cases I think it's fair to say and especially since here and a long way from Ottawa, that our Beauveau takes a secondary role. The investigation is often driven by either one of the United States agencies or the European Commission and certainly they cooperate with one another and certainly, there may be evidence gathered in Canada, but in those cases I think it is not very common for the Canadian agency to actually commence the investigation, it's more a matter of, once it's started somewhere else that they don't get involved. On the other hand, they do have a very good history of domestic cartel enforcement.

Last year there was an investigation of the Fine Paper Merchant Industry. These are the companies that sell papers to printers and coffee shops and the Commissioner had guilty pleas and significant fines from many of the participants in that industry.

The last area that I want to touch on is our immunity programme which came in about 6 or so years ago. The Commissioner loves the immunity programme. She has said on numerous times, how effective it is. There have apparently been, roughly 50 applications for immunity in a 6 year period and it has resulted in many guilty pleas and fines.

The principles of our programme are, in order to be able to obtain immunity, you have to be the first one in, you have to be the first person to go to the Commissioner of the Competition Bureau. It's really just saying that the Commissioner basically heads our Competition Bureau so, we don't have separate agencies enforcing our law. If the Commissioner is already investigating it, and is aware that there may be something there but the person coming in has the ability to basically, provide enough evidence to break the log jam, so that the investigation can proceed. That's another way in which the applicant can be eligible for immunity.

There are other requirements in our programme, one of which is that the applicant immediately cease criminal activity. That's actually, it sounds obvious, but it's actually a pretty significant problem at the enforcement level because, if the applicant goes to its fellow conspirators and says, "by the way I'm out of the conspiracy and I'm not going to say anything more." I think people can draw conclusions and also it's very hard to keep people from talking about these things because in many industries everybody talks to everybody, many times, often for legitimate reasons, but it's often time to keep it a secret.

So, there's a bit of a dilemma there and it's a dilemma for the Commissioner as well as whether to permit on going criminal activity so that further evidence can be gathered. It comes up another criminal law enforcement context, mob enforcement, so obviously criminal law enforcement is a good example of that.

Other requirements for immunity are that the applicant not be the ringleader, and of course everyone is always saying, "no, it was somebody else." But, in some cases there really is an obvious ringleader and the policy is that that person is not eligible for immunity. From my perspective I don't know if that would cause me to recommend that the applicant not go in because, if I thought I was representing a ringleader. The problem is that there is a good chance that somebody is going to go there eventually anyway so, the question then becomes, ok, forget about the programme. Is it better to go in as an applicant for immunity, where you potentially, are the ringleader? You can make arguments that you're not. Or is it better to not go in at all and let someone else do it and you're still the ringleader? So, that's one of the tactical questions that can come up.

Another requirement is that the applicant has to provide full and timely cooperation. I'll talk about that a bit more in a minute but that's quite a requirement. The policy also says that the applicant has to pay restitution. Frankly, that is one that seems to get overlooked quite a bit. Rather, what seems to happen is that after the conviction, whether it is a guilty plea or of others, not the person who's got immunity, that then sets in motion the class action, civil actions because under our statute you also, people who have been hurt by the conduct also have a right of civil action. So, you often see civil cases, class actions or not following these investigations and that's usually where the restitution question gets worked out because it is just too hard to do, frankly, at the criminal enforcement stage.

So, the process, those are the requirements of the immunity programme in general terms. The process is that council would contact the Competition Bureau and in essence, ask for a marker, and what that means is that, council would talk to a lawyer and maybe some officials at the criminal branch and they would say that they are looking for a marker with respect to a possible, a hypothetical conspiracy in whatever the industry is, and then they will be told to well you call at such and such a time. Now the Bureau then goes internally and checks to see whether they have anything else on the go in that particular industry and if they don't, then they will then say, you need to move to the next stage, which is getting a provisional grant of immunity.

In order to get a provisional grant of immunity, which would be the step after the marker. What happens is that, council makes a pro-offer, of a statement of the evidence that council believes is available and it goes to the things that I was talking about, you know, market power intent, what the, basically, the circumstances are, which goes to show: a) whether an offence was committed; and b) whether approveable offence was committed. And, usually, if that provisional grant of immunity is then granted, if the Commissioner is satisfied that this witness does have sufficient evidence of a real offence, then the provisional grant of immunity is issued, and then a full immunity agreement would be negotiated, which, during that process, there'll be even more production of information, and then after the immunity agreement is in place, there will be basically, complete production.

They will have very onerous document production requirements. The party will have to dig them up, they will have to cooperate with investigators. It will have to allow interviews of many, not just key employees but anybody that might have knowledge. There could be dozens of interviews in order to help the Commissioner and the Bureau put the case together. So, those are the three areas that I wanted to touch on I hope that it is of some interest to the practice here in Brazil and I'd be pleased to answer any questions after or during our round table discussion.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Se alguém tiver alguma questão, é sempre bom acompanhar os resultados dos trabalhos da ICN, que certamente contribuem para o aprimoramento dos nossos sistemas e para o exercício da nossa profissão. Alguém tem alguma pergunta? Então vamos passar para o painel.

Apesar da discussão sobre as competências entre o Banco Central e as agências de defesa da concorrência, estes já vêm desenvolvendo há alguns anos a idéia de organizar um painel exclusivo sobre esse tema, idéia esta que vem da crescente aproximação do Banco Central com a SEAE, a SDE e o CADE, que caminha para a elaboração de um guia de análise de operações financeiras. Na prática, nossos clientes (de nós advogados) só sentem essa tendência quando, num processo de avaliação de operações financeiras que são submetidas ao Banco Central para análise regulatória, se recebem ofícios do Banco Central com questões de cunho eminentemente concorrencial, o que já evidencia uma preocupação do Banco Central com questões outras

que não puramente a rigidez do sistema e o risco sistêmico. Então, desse movimento surgem questões e preocupações que precisam ser endereçadas: como vai ser feita essa interação entre todos esses órgãos, que metodologia vai ser usada, qual a garantia que os Bancos e as entidades privadas vão ter de sigilo e de agilidade na avaliação dessas operações que são questões essenciais nesse setor que é tão sensível na economia? Vamos simplesmente importar modelos de outros países, como por exemplo os Estados Unidos, que já têm uma história da abordagem dessa questão, e climatizar o modelo brasileiro, que tem um sistema bancário bastante diferente de outros países?

Para abordar esses temas, procuramos reunir aqui um grupo seletivo representando cada uma das partes. Vou fazer uma breve apresentação de cada um deles, para que possam nos ajudar a discutir um pouco esse tema.

O primeiro palestrante, que dispensa apresentações, é Marcelo Saintive, que é Secretário da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico; o segundo palestrante é Gesner Oliveira, economista da *Tendências* e ex-presidente do CADE; o terceiro palestrante é Amaro Gomes, Chefe do Departamento de Normas do Sistema Financeiro do Banco Central, que representa o Banco Central em reuniões da Comissão do Sistema Financeiro do SGT-4 e do Banco Central do Brasil em diversos grupos de trabalho, além de mestre em contabilidade e finanças pela Universidade de Lancaster-Inglaterra, e professor colaborador da Fundação Getúlio Vargas, em Brasília. O quarto palestrante é o economista João Manoel Pinho de Mello, que já escreveu vários trabalhos sobre esse tema, e possui graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, mestrado em Economia pela PUC/RJ e é PhD em economia pela Stanford University; atualmente é professor assistente da PUC/RJ. O quinto palestrante é Marcos Cavalcante, que foi diretor jurídico do Unibanco por mais de 20 anos, e que atualmente trabalha em seu próprio escritório Sturzenegger e Cavalcante e é membro da Comissão Jurídica da Febraban. Finalmente, temos o Daniel Goldberg, que concluirá a apresentação sobre o tema, que é Secretário de Direito Econômico e dispensa apresentações. Então eu convido à palavra o Marcelo Saintive.

■ **Marcelo Saintive**

Boa tarde a todos! Antes de mais nada, gostaria de agradecer ao IBRAC pelo convite, e em especial ao Sérgio Varella e aos meus colegas de mesa e

também dizer para vocês que nós temos um certo intruso nessa discussão, que é a SEAE, que não vinha participando desse debate e somente recentemente começou a novamente a participar. Eu vou, na verdade, ao final da minha apresentação, falar um pouco do trabalho que nós temos feito sobre custos de troca, que é um trabalho que será publicado até o final deste ano. Basicamente é esta a apresentação.

Este é um *slide* tradicional, é só para comentar um pouco a recente interação dos órgãos instrutores do SBDC com o BACEN, em julho deste ano nós assinamos um convênio para estudar o mercado de cartões de pagamento, o que me parece bastante auspicioso, tendo em vista que outros convênios de cooperação técnica na verdade não foram bem executados.

Eu creio que este, ao contrário, está sendo bastante bem executado. E, para informação de vocês, nós estamos numa etapa de coleta de dados, e esperamos que na próxima gestão esse estudo esteja pronto.

Agora, também para falar de algo que vocês na verdade já sabem, duas características básicas do problema do setor bancário são o risco sistêmico, e o fato de que nada mais é uma variante de “externalidade”, no jargão dos economistas. Disto eu não vou tratar, porque é o que gera esse conflito entre a política de relação do Banco Central e os órgãos de defesa da concorrência. Eu vou focar, então, como eu já disse anteriormente, a questão da simetria de informações, de como isso gera a questão do custo de troca e falar desse trabalho da SEAE.

Normalmente, o que se conhece, o senso comum, diz que o setor bancário tem um alto grau de concentração e tem uma baixa concorrência, o que gera sempre manchetes de jornais devido aos lucros extraordinários dos Bancos. Na verdade, então, a pergunta que nos vem à cabeça é então: existe a possibilidade de poder de mercado no setor bancário? Essa é a pergunta que todos fazemos e, enfim, o senso comum diria que sim. Aqui, só para ilustrar ou terem conhecimento, se é que todos já não têm, nós listamos cinco estudos com diversas metodologias econométricas, que englobou uma diversidade de períodos de análise e também de dados utilizados (infelizmente, não pude acrescentar o recente estudo do professor Gesner sobre o mesmo tema). Todos esses estudos pelo lado da oferta nos levam a considerar o mercado bancário como um mercado moderadamente concentrado e com uma concorrência imperfeita. E todos esses estudos econométricos, na verdade, refutam a hipótese de cartel ou de concorrência perfeita. Então, já aí começa um pouco a complicação, porque em tese contraria o senso comum de achar que o setor é altamente concentrado e com uma baixa concorrência.

A partir daí, a SEAE e outros diversos analistas começaram a estudar o lado da demanda, ou seja, um problema de assimetria de informações gera um custo de troca. Custo de troca nada mais é, na verdade, do que a dificuldade de trocar aquele seu serviço bancário de um agente para outro, ou seja, a pergunta que nós fazemos é: há quanto tempo trocamos de Banco recentemente? É difícil. Eu, pelo menos há muito tempo eu não troco. Então, basicamente, o custo de troca é isso: você fica, na verdade, vinculado por um determinado tempo a um prestador de serviço.

Aqui, talvez o mais interessante que começa a complicar a história, são os chamados efeitos dos custos de troca. Sobre isso, há um artigo clássico do Klemper, de 1987, em que ele mostra que nos mercados onde há custo de troca, na verdade, o nível de equilíbrio desses mercados é acima do nível competitivo e, portanto, apesar de pelo lado da oferta estarmos em certa medida não encontrando ou evidenciando esse alto grau de concentração, pelo lado da demanda percebemos que existe um nível de concentração, um nível de concorrência um pouco menor do que deveria. Um outro ponto interessante desse artigo é que nesse mercado os consumidores são menos sensíveis a preço. A idéia é que os consumidores são racionais com relação a que existe nesse mercado um custo de troca, e levam em conta também os preços futuros desse serviço. É isso mais ou menos o que diz o texto do Kempler. Esses são alguns dos diversos efeitos, eu vou só mencionar só mais um que é importante, que são as barreiras à entrada de novos *players*.

Na verdade, o que ocorre é basicamente o seguinte: com custos elevados de troca num determinado mercado, um *player* precisa reduzir muito o preço da prestação de serviço para garantir a sua entrada. É importante assinalar que talvez não tenhamos estudos empíricos sobre isso, mas o fato é que isso pode ser uma boa explicação sobre por que os Bancos estrangeiros tiveram tanta dificuldade em se adaptar ao mercado brasileiro.

Aqui, um pouco, é justamente esse *survey* que a SEAE está montando, em pesquisas com relação aos consumidores, mostrando que os consumidores acham que o processo de troca é difícil, demora, é de alta complexidade e portanto comparar serviços bancários é extremamente difícil, pois existe uma tendência dos consumidores a uma demanda única, ou seja, a demandar esse serviço para uma única instituição bancária, ou manter duas instituições bancárias no seu portfólio. E, por fim, existe uma percepção nos consumidores de que, na troca de um bem por outro, os ganhos são pequenos, segundo essa literatura que estamos levantando.

Pesquisas recentes na Inglaterra mostram que a troca, ou melhor, a rotatividade da prestação de serviço é de 6% para pessoas físicas e de apenas 2% para pessoas jurídicas. Já no estudo da Comunidade Européia, a média entre 2002 e 2005 foi justamente uma troca de 9,4. Por fim, há também a questão que eu mencionei de tender a ficar vinculado a um determinado Banco. Existe uma relação de longevidade entre os consumidores e os Bancos, segundo os dados estatísticos que nós coletamos, e portanto isso dá um pouco o grau da sua permanência em um determinado Banco, que é o chamado efeito *lock-in*.

Também há duas estimativas importantes,. Eles fazem uma estimativa desse custo de troca e a princípio eles encontram um valor bastante expressivo, ou seja, 1/3 da taxa de empréstimo poderia ser responsabilizado por isso, você ter como responsável esse custo de troca.

Na Finlândia e Chile encontram esse valor 11%. São dois estudos empíricos – existem outros, mas nós só temos esses. E aí talvez também haja um levantamento importante: tendo em vista todo esse diagnóstico, o que os países da OCDE estão fazendo? Dinamarca e Israel trabalham com um formulário padrão. Na verdade, existem diversos formulários, o que atrapalha essa transferência de sua conta para um outro Banco. A Holanda determinou, se não me engano, o prazo de 13 meses para que uma conta antiga continue ativa. Assim, se houver depósito nessa conta antiga, o Banco anterior é responsável por transferir automaticamente o valor para o outro Banco. Então por que de 13 meses, confesso que não sei, mas o fato é que está regulamentado.

Também há a questão dos débitos automáticos. Então, na Holanda, o Banco onde você tinha o débito automático hoje em dia é obrigado a informar ao outro Banco. É o Banco antigo que informa ao novo Banco o débito automático solicitado pelo cliente. E em Israel existe um teto de tarifas para o fechamento de contas.

Como vocês verão, várias dessas medidas de custo de troca já foram até mesmo implementadas pelo Banco Central – eu creio que meu colega falará a respeito disso. E há várias outras. Eu chamo a atenção para o Reino Unido, em que há uma preocupação com propaganda enganosa nesse setor e divulgação de informações de preços praticados. Isso o nosso Banco Central também já adotou. E, mais recentemente, num estudo não conclusivo, até porque é muito complexa, a portabilidade de contas está sendo feita e analisada pela Holanda. Todos esses assuntos foram tratados recentemente num painel da OCDE.

Para ser bastante breve, até porque na verdade são pesquisas conhecidas, talvez o que chame a atenção um pouco é o estudo do Nakane, que é um pesquisador do Banco Central dessa área de concentração bancária com diversos estudos. Este em particular, que é de 2005, em certa medida dá a mensuração do *lock-in*, ou seja, a participação de mercado de um Banco é muito responsabilizada pelo relacionamento do período anterior, ou seja, o cliente tem uma tendência a ficar no mesmo Banco por um longo período de tempo. E aí eu só selecionei algumas das medidas adotadas pelo Banco Central, ou seja, o Banco Central, olhando pelo lado da demanda, tem uma preocupação em reduzir os custos de troca. E chama muito a atenção, por exemplo, a questão da inscrição expressa nas folhas de cheque. Não sei se vocês se lembram mas anteriormente a data que constava era relativa à sua entrada naquele Banco. Hoje em dia é a da sua entrada no sistema financeiro, o que muda e reduz o custo de troca. Isso é uma resolução recente. E também há a questão da conta salário, da conta investimento. Todos esses movimentos do Banco Central em certa medida são para reduzir o custo de troca.

Então, a SEAE está trabalhando um pouco nessa linha. Na verdade, é o Banco Central que decide, e à luz das experiências internacionais. O que nós estamos fazendo é apenas fazendo sugestões. Poderemos discutir ainda uma questão da uniformização da nomenclatura, que facilita, porque os consumidores acham a informação de serviços bancários muito complexa, o que também dificulta o custo de troca. Eles também dizem que os planos de serviços bancários, dois dos agentes desse setor, são diferentes, o que também dificulta bastante a transferência de uma conta para outra. Então, é preciso pensar se não é o caso de divulgação de preços não só de um serviço específico, mas de um pacote de serviços, isso tudo lembrando bem que será ainda alvo de discussão. E, enfim, avaliar o nível de tarifas cobradas para encerramento de contas – eu sei que isso no Brasil não existe, mas às vezes conta. Bem, como eu havia prometido, esse *survey* deverá estar pronto até o final do ano, e ele trata na verdade de todas as experiências de redução de custos de troca no mundo em diversos países .

Obrigado pela atenção de vocês, e antes de terminar só vou fazer uma propagandazinha: a SEAE estará divulgando um prêmio dia 29 deste mês sobre Regulação Econômica e Defesa da Concorrência. E, só para aguçar aos interessados desse painel, nós publicamos hoje que o segundo colocado desse prêmio é um trabalho justamente que trata da defesa da concorrência

no setor bancário, uma proposta de divisão de atribuições, um trabalho que a banca julgou o trabalho muito pertinente, e que enfim vai ser publicado em breve. Obrigado a todos.

Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro

12º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

IBRAC – 2006

Atuação da SEAE na regulação bancária

No que tange aos serviços que guardam relação direta ou indireta com o Sistema Financeiro, a SEAE possui competência para atuar nos mercados de:

- Seguros
- Cartões de crédito

Convênio BACEN, SDE e SEAE.

- Firmado em julho/2006, tem como objeto a realização de estudos e análises sobre a concorrência na indústria de cartões de pagamentos.
- Encontra-se na etapa de coleta de dados das empresas de toda a cadeia da indústria de cartões e comerciantes que utilizam seus serviços.

Características do Setor Bancário

Setor bancário possui particularidades que distinguem de outros setores:

- Risco sistêmico;
- Presença de assimetria de informações (possibilidade do exercício de poder de mercado por meio da obtenção de rendas informacionais).

Setor Bancário no Brasil

Considerações habituais sobre a oferta no setor bancário:

- Alto grau de concentração
- Baixa concorrência

Logo, existe a possibilidade do exercício de poder de mercado?

Setor Bancário no Brasil – Oferta

Autores	Dados	Amostra	Modelo	Conclusões
Nakane (2002)	Dados sobre empréstimos no segmento livre	1994 a 2000	Modelo de Bresnahan e Lau	O mercado de crédito livre não opera sob concorrência perfeita, mas o coeficiente estimado sugere que a concorrência é elevada.
Belaisch (2003)	Considera o mercado como um todo, sem segmentação por produtos. Utiliza dados sobre receitas e despesas para 49 bancos.	1997 a 2000	Índice H de Panzar e Rosse	Das 12 especificações testadas, 8 rejeitam a hipótese de concorrência perfeita e todas as especificações rejeitam a hipótese de cartel, o que indica um cenário de concorrência imperfeita.
Petterini e Jorge Neto (2003)	Utiliza dados sobre empréstimos dos 12 maiores bancos privados.	1994 a 2000	Jaumandreu e Lorences	A estrutura de concorrência mais compatível com os resultados encontrados é a de Bertrand.
Araújo, Jorge Neto e Ponce (2005)	Informações de receitas e despesas dos bancos. Considera o mercado como um todo.	1995 a 2004	Índice H de Panzar e Rosse	O índice H calculado indicou uma estrutura de concorrência monopolística.
Nakane, Alencar e Kanczuk (2006)	Avalia separadamente os mercados de depósitos à prazo, depósitos à vista, de poupança e de empréstimos. O mercado para cada produto é definido a nível municipal.	2002 a 2003	Confronto das margens preço-custo preditas pelos modelos de Bertrand e de cartel, com as margens observadas.	Os resultados obtidos afastam a hipótese de comportamento de cartel e apontam que os preços dos serviços bancários podem ser bem descritos pelo modelo de Bertrand. Nos mercados de depósitos a prazo e empréstimos, mesmo o modelo de Bertrand superestima o poder de mercado dos bancos.

Setor Bancário no Brasil – Oferta

A revisão de literatura empírica aponta que o setor bancário brasileiro é moderadamente concentrado, mas os testes de padrão de concorrência apresentam resultados condizentes com um equilíbrio de concorrência imperfeita, refutando o comportamento de cartel ou de concorrência perfeita.

Setor Bancário no Brasil – Demanda

Custos de troca no setor bancário:

Custos Transacionais
 Custos informacionais
Learning costs
Searching costs
 Bens credenciais (fatores psicológicos)
 Custos ou vantagens contratuais

Efeitos dos custos de troca

O equilíbrio deste mercado ocorre em um nível de preços e de lucros mais elevado do que o equilíbrio de um mercado idêntico onde não há custos de troca (Kempelerer, 1987a);

Consumidores menos sensíveis ao preço

Propicia às firmas poder de mercado sobre a base de clientes já conquistada devido ao efeito *lock-in*;

Barreira à entrada de novos *players*

Bargain-then-rip-off pricing

Na presença de custos de troca, o exercício do poder de mercado é particularmente favorecido se houver possibilidade de diferenciação de preços

Custos de troca – experiência internacional

Pesquisas realizadas nos países desenvolvidos apontam:

Consumidores acham o processo de troca de banco difícil e demorado

Consumidores reclamam que a complexidade dos serviços financeiros torna difícil a comparação entre os serviços oferecidos pelos diferentes bancos

Consumidores concentram a demanda por diversos serviços em uma única instituição bancária

Percepção de que os ganhos com a troca de banco serão pequenos

Custos de troca – experiência internacional

Churn é baixo:

- Inglaterra: 6% no mercado de conta corrente pessoas físicas (2000)
2% no mercado de conta corrente pessoas jurídicas (2006)
- Comunidade Européia: média de 9,4% no mercado de conta corrente entre 2002 e 2005

Longevidade do relacionamento com um mesmo banco:

- EUA: 10 anos, em média (2002)
- Noruega: 13,5 anos, em média (1996)
- Comunidade Européia: 7,9 anos, em média (entre 2002 e 2005)

Custos de troca – experiência internacional

Estimação dos custos de troca:

Noruega

Kim, Kliger e Vale (2003) estimam que os custos de troca podem ser responsáveis por um terço da taxa de empréstimos observada no País;

Finlândia

Shy (2002) estima que os custos de troca no mercado de depósitos bancários pode chegar a 11% dos recursos que os clientes, em média, mantêm no banco.

Medidas adotadas em outros países para reduzir os custos de troca

Criação de um formulário padrão para que o cliente solicite a transferência de sua conta para outro banco. A partir daí, os bancos envolvidos são responsáveis pelos procedimentos necessários para concretização da troca (Dinamarca e Israel)

Durante um período predeterminado pelo regulador, o banco antigo deve transferir automaticamente para o novo banco do cliente eventuais depósitos realizados na conta antiga (Holanda)

O banco domicílio da nova conta é responsável por notificar as empresas que possuem débitos automáticos autorizados pelo cliente sobre a troca de banco (Holanda)

Fixação, pelo regulador, de um teto para tarifas cobradas para o encerramento de conta corrente (Israel)

Bancos são obrigados a fornecer aos clientes, quando solicitados, seu histórico com informações sobre operações de crédito, inadimplência etc. (Israel)

Acompanhamento do material de divulgação dos bancos, que podem ser notificados no caso de propagandas enganosas (Reino Unido)

Divulgação de informações sobre preços praticados pelos diferentes bancos, com o objetivo de reduzir os *searching costs* (Reino Unido)

Estudos sobre a possibilidade de portabilidade das contas correntes de um banco para outro, sem a necessidade de alteração do número de identificação (Holanda)

Custos de troca no setor bancário no Brasil

Não há informações públicas sobre *churn* no mercado ou sobre o tempo médio de relacionamento cliente/banco

Dados do Bacen comprovam que os clientes tendem a concentrar a demanda em uma única instituição financeira (2004):

- 67 % das empresas se relacionam com apenas um banco
- 78% das pessoas físicas se relacionam com apenas um banco

Nakane (2005) estimou que 62% da participação de mercado de um banco em um período se deve ao relacionamento entre banco e cliente no período anterior, o que dá uma medida do *lock-in* neste mercado

Medidas adotadas no Brasil para reduzir os custos de troca

- Divulgação das principais tarifas praticadas por cada banco no sítio do Banco Central
- Bancos têm que divulgar em suas agências as tarifas praticadas
- Alteração na inscrição impressa nas folhas de cheques que informa sobre o tempo de relacionamento bancário e não do banco individual (Resolução 3.252)
- Obrigatoriedade da conta salário
- Conta investimento

Medidas adotadas no Brasil para reduzir os custos de troca

- Simplificação da participação do cliente no processo para concretização da portabilidade de crédito
- Quando autorizado pelo cliente, os bancos devem fornecer diretamente à outra parte interessada o seu histórico bancário
- Regulamentação dos Cadastros Positivos de Crédito num futuro próximo

Custos de troca no setor bancário no Brasil – pontos para discussão

- Uniformização da nomenclatura utilizada pelos bancos para identificar os serviços e produtos oferecidos
- Criação de um plano básico de serviços bancários
- Divulgação dos preços cobrados pelos pacotes de serviços em cada banco
- Avaliar se o atual nível das tarifas cobradas para transferência de fundos entre bancos é justificável

OBRIGADO!

MARCELO BARBOSA SAINTIVE

Secretário de Acompanhamento Econômico

marcelo.saintive@fazenda.gov.br

■ Cristianne Saccab Zarzur

Com a palavra o Gesner.

■ Gesner Oliveira

Muito obrigado. É uma enorme satisfação, uma honra, estar neste painel presidido pela doutora Cristianne. Eu acho que ela e o IBRAC conseguiram reunir várias óticas extremamente interessantes: o Secretário Goldberg, o Secretário Marcelo da ótica da concorrência, o Banco Central com o doutor Amaro, o professor João Manoel, o doutor Cavalcante etc. E eu acho que é exatamente por isso que fico muito contente de estar aqui. Queria fazer uma exposição muito breve, resumindo o que eu vou mostrar, e complementar alguns outros pontos ilustrando adicionalmente aquilo que o doutor Marcelo já destacou. Acho que ficaria mais prático se eu mesmo trocasse o *slide* ali do canto, de forma a cumprir rigorosamente o meu tempo.

Então eu queria dizer que este trabalho foi feito pela *Tendências* para a Febraban. Foi divulgado parcialmente com um capítulo que nós colocaremos à disposição aqui aos participantes do Seminário. Devo dizer que a equipe tem vários membros, e meus colegas que estão aqui presentes, a Cíntia, a Taís, o Fábio Merci, o Juan Ferrez, participaram ativamente do grupo. Mas, como vocês sabem, o setor público tem absorvido talentos do setor privado, e o Secretário Daniel então roubou o nosso talento. Esse trabalho começou um ano atrás e há evidentemente uma participação do doutor Juan.

Nós gostaríamos de falar de cinco mitos e três recomendações de política. Os cinco mitos eu acho que o Secretário Marcelo colocou muito bem de como há uma discrepância entre os dados e aquilo que lemos no jornal. É muito comum, e vários colegas meus escrevem isso nos jornais, o de que a concentração bancária é particularmente elevada. O segundo é que a concentração bancária é alta no Brasil relativamente ao resto do mundo. O terceiro, que essa concentração cresceu na última década como resultado das mudanças estruturais por que passou o setor bancário. E quarto – esse é um ponto menos comum, mas mesmo assim contradiz a crença de que a concentração seria funcional para a estabilidade do sistema –, o de que um excesso de concorrência talvez fosse ruim e gerasse problemas de solvência e liquidez, sobretudo de solvência. Parte da literatura – e não é só a *pop-economics* tem resultados que vão nessa direção. E, finalmente é muito comum, e nós mesmos fazemos isso nessa discussão, é tratar de mercado de Bancos como um todo, como um agregado.

O que vamos fazer, então, é tentar desfazer esses cinco mitos, ou pelo menos apresentar resultados que poderiam ajudar a desfazer esses cinco mitos e sugerir três recomendações. Nós procuraremos argumentar que o nível de concentração, comparado com outros setores, não é particularmente elevado. Vamos argumentar que comparado com outros países emergentes também, o nível brasileiro não é excepcional. Em terceiro, que não houve uma tendência de aumento da concentração bancária na última década; em quarto – e esse é um ponto que exigiria um pouco mais de cuidado –, que nós gostaríamos de argumentar que mais competição é bom para a estabilidade do segmento bancário e que mais competição diminui a probabilidade de crise bancária; e, em quinto lugar, que nós deveríamos olhar para mercados relevantes bem mais desagregados, e não para o mercado de Bancos como um todo.

Mito número um: quando tomamos uma lista de setores e colocamos os níveis de concentração, são indicados os níveis de HHI para vários setores

retirados do trabalho do Mesquita Moreira, e é indicado um dado de HHI para o setor bancário, que é apresentado em vermelho com 0,13... 1.300, na apresentação habitual. E, como foi destacado pelo Secretário Marcelo, um nível não considerado elevado, é moderadamente concentrado e certamente muito menos concentrado que vários outros setores. E se nós olharmos os mercados relevantes do CADE certamente encontraremos vários mercados que têm um nível de concentração bem superior ao de 1.300. Portanto, do ponto de vista da comparação entre setores, não há uma concentração particularmente alta.

Mito número dois: do ponto de vista da comparação com o mundo, também não seria razoável dizer que esse nível de 1.300 possa ser considerado particularmente elevado. Nós poderíamos tomar a República Tcheca, com 1.800, ou México, com 1.400. Há sim países emergentes, sobretudo na Ásia, com níveis de concentração aparentemente mais baixos; há uma certa variação conforme a amostra, conforme a variável tomada, mas de qualquer maneira não dá para dizer que o nível de concentração brasileiro seria excepcional, anômalo, em uma comparação internacional. Se nós tomarmos uma outra estatística H, já associada à competição, essa estatística quando se aproxima de zero indicaria um baixo nível de competição, sugerindo uma estratégia de conluio; e próxima de um elevado nível de competição e de níveis intermediários estariam a maioria dos países. Se nós tomarmos essa estatística, o Brasil também, numa mostra ampla dos autores indicados, nesse caso Caessens e Laeven não aparece com um nível de competição baixo, mas, ao contrário, com o nível de competição relativamente alto. Os estudos citados pelo Secretário Marcelo têm várias estatísticas também sobre a estatística H. Nós fizemos também, a partir de uma mostra específica, cálculos que vão na mesma direção dos estudos indicados particularmente Nakane de 2005.

Mito número três: a concentração bancária teria crescido na última década. Também não verificamos isso. Houve de fato uma redução grande do número de Bancos; nós tínhamos muitos Bancos antes do processo de reestruturação dos anos 1990, em particular antes de 1988, e esse número foi bastante reduzido, porém não houve uma concentração no setor. O Banco Central tem em várias ocasiões indicado isso, com indicadores – aqui tomamos o Pontes, Araújo & Neto, um trabalho de 2005. Mas há vários trabalhos, em particular no departamento de normas, indicando uma certa estabilidade dos indicadores de concentração tomados em níveis agregados ou pela participação. Então, no caso dos depósitos das três, das cinco ou das dez maiores instituições nós não observamos uma tendência crescente. A mesma coisa

se verifica quando adotamos a variável *crédito* em vez da variável *depósitos*: também não se observa um crescimento. Algo semelhante com ligeiras variações ocorre na variável *ativo*: também não se verifica uma tendência crescente. Então, são essas as características, e se tomamos a estatística H, agora recorrendo novamente a Pontes, Araújo & Neto, verificamos visualmente uma ligeira queda da estatística H, mas também estatisticamente não significante, quer dizer, poderíamos dizer que não há uma tendência em relação à concentração bancária.

Mito número quatro: concorrência faria mal ou seria perigoso para o mercado de Bancos. Se isso fosse verdade, sugeriria que talvez não houvesse muito espaço para a defesa da concorrência no setor bancário, e que a SDE, a SEAE e o CADE talvez não devessem ter um papel maior no setor bancário. No entanto, o que notamos é que determinados exercícios, que vamos descrever e que estão mais detalhados no trabalho, sugerem que aumentando a competição diminui a probabilidade de crise no setor bancário. E, interessante, se nós discutimos a relação entre concentração e competição, notamos que aumentando a concentração verificamos uma associação positiva com o nível de competição. Portanto, nós podemos ter um mercado concentrado e mais competitivo e podemos ter mais competição e menor probabilidade de crise bancária. Esse é um dos resultados.

A doutora Cristianne insistiu para que eu descrevesse detalhadamente o exercício, mas eu não vou fazê-lo. Eu queria, no entanto, destacar o que foi feito, para depois submetê-lo à crítica e ao debate nos próximos seminários. Nós tomamos um trabalho que dava um resultado contrário ao que nós estamos apresentando, ou seja, que conclui que, se nós aumentássemos a concorrência, teríamos maior probabilidade de crise. E com a mesma especificação, com a mesma metodologia do trabalho, e na medida do possível a mesma mostra, nós introduzimos a estatística H como uma estatística de competição, e verificamos que aumentando a competição diminui a probabilidade de crise bancária. Esse foi o exercício realizado. Quais as implicações institucionais disso? Se for verdade, não só é razoável que o setor bancário tenha defesa da concorrência como é saudável para a dinâmica desse setor que isso venha a ocorrer, e portanto a conclusão institucional é de que concorrência e regulação são complementares, se reforçam e portanto devem ser implementados conjuntamente.

O *mito número cinco* é o que vimos tratando até agora, ou seja, é o de sempre falar em Bancos em geral, pois, quando tomamos variáveis de concorrência e olhamos com mais cuidado determinados segmentos do

setor de Bancos, verificamos que há diferenças significativas. Por exemplo, apenas a título de ilustração, isso foi feito para diferentes variáveis e diferentes mercados, mas tomamos *depósitos à vista*. Ao analisar variáveis como barreiras a entrada, economia de escala, economia de escopo, grau de fidelização etc., que normalmente são analisadas numa análise concorrencial, a consideração de pessoa física e de pessoa jurídica acarreta modificações significativas, diferenças significativas. A consideração de níveis de renda, ou seja, baixa média ou alta renda, também acarreta variações significativa, portanto a recomendação é de olhar com lupa, desagregar o mercado de Bancos e esquecer as discussões sobre variáveis agregadas. Aqui há um outro exemplo para crédito imobiliário: há diferenças inclusive mais marcantes quando nós fazemos essa desagregação, mas eu não vou entrar em detalhes, pois o trabalho faz isso. Há três recomendações que decorrem da análise realizada: é preciso uma melhor definição, obviamente, de formas de articulação entre concorrência e regulação do setor, o que, aliás, seria válido para vários outros setores, mas acho que talvez o mercado de Bancos seja ainda mais agudo. Há pouco sugeria que nossos secretários trabalhassem no setor aéreo, mas obviamente há vários outros segmentos que precisariam disso.

O desenvolvimento da cultura concorrencial, especialmente no regulador, o desenvolvimento que vem ocorrendo no Banco Central, é particularmente auspicioso. Se o Banco Central claramente está desenvolvendo capacidade de análise em defesa da concorrência, obviamente o trabalho do professor João Manoel tem contribuições importantes no desenvolvimento do roteiro de análises específicas que seriam necessárias para o setor. Por que o setor bancário é diferente? Há, como em vários outros segmentos, externalidades de rede, economias de escala e escopo, mas vários outros setores regulados também apresentam isso. Parece-nos que as características mais peculiares têm que ver com a importância da reputação, com a enorme velocidade de ajuste, com a simetria de informação, embora vários outros setores – a área de saúde em particular – apresentem essas características. No entanto, a combinação dessas variáveis, com a intensidade como elas aparecem no setor bancário, parece ser singular. O que chama a atenção é que nas várias operações do setor bancário detectamos duas que chegaram a ser, por vias diversas, apreciadas pelo CADE e houve a aprovação sem restrições. Mas, claramente há a necessidade de definição do papel das duas.

Do ponto de vista da divisão de trabalho entre as autoridades de concorrência e regulação, há quatro possibilidades conhecidas: uma seria a autoridade reguladora, ou seja, o Banco Central cuidar da lei de concorrência, das regulações técnica e econômica apenas, sem a participação das autoridades de defesa da concorrência. Essa seria uma possibilidade, e refletiria o teor do parecer, por exemplo, da Procuradoria Geral da União.

Uma outra possibilidade é haver competências concorrentes, então de alguma forma ambas as autoridades – regulador e autoridade de concorrência – implementariam a Lei de Defesa da Concorrência, algo que em certa medida ocorre no setor elétrico.

Outra possibilidade ainda seria a de competências complementares, em que a autoridade de concorrência teria maior importância na implementação da Lei de Defesa da Concorrência, e as regulações técnica e econômica ficariam com a autoridade reguladora, algo que a Lei Geral de Telecomunicações formalmente estabelece, mas que na prática não me parece muito comum, pelo menos não de forma clara. Ou, eventualmente, todas as funções passarem para a autoridade de defesa da concorrência, o que parece – e o setor onde a regulação é tão importante como no mercado de danos – não seria o caso. Não acho que exista algum tipo de articulação no setor bancário no mundo que siga o modelo quatro.

Quando nós olhamos o que ocorre nas agências reguladoras em geral, encontramos os modelos dois e três como os modelos modais. Nesse exercício nós atualizamos um estudo anterior, de 2001, para uma mostra de países apenas para o setor bancário, e novamente algum tipo de competência complementar e concorrência concorrente apareceu como a forma de articulação modal. Não é trivial estabelecer essa divisão, e os critérios que nós elencamos tem que ver com custos burocráticos de transação ou de coordenação, se quiserem, com a eficiência e capacidade de decisão e minimização do risco de captura. Então, esses foram os critérios utilizados, e eu não vou entrar em detalhe sobre cada um deles.

Novamente, o estudo completo estará à disposição mais tarde, mas parcialmente já está. Reitero os agradecimentos aos membros da equipe e obviamente a oportunidade de expor os trabalhos à nossa coordenação. Obrigado.

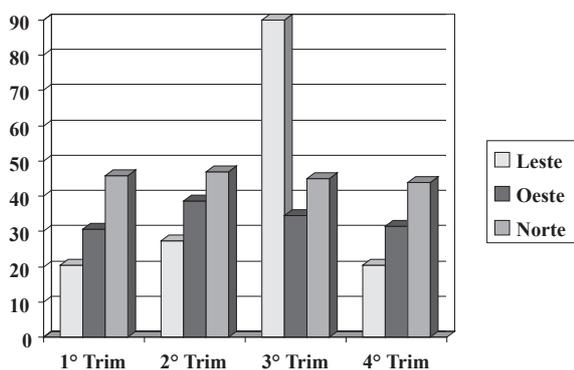
Defesa da concorrência no setor bancário: cinco mitos e três sugestões de política

Gesner Oliveira

Fundação Getulio Vargas
Instituto Tendências
12º Seminário Internacional do IBRAC
24 de novembro de 2006

Cinco mitos...

1. A concentração no mercado bancário é particularmente elevada quando comparada com outros setores
2. A concentração bancária é alta no Brasil relativamente ao resto do mundo
3. Esta concentração cresceu na última década
4. A concentração é funcional para a estabilidade do sistema, e portanto a regulação concorrencial é desnecessária
5. É possível tratar o mercado de forma agregada como "mercado de bancos"



O objetivo do trabalho é desfazer
estes *cinco mitos* e derivar *três*
recomendações de política

Desfazendo os cinco mitos...

Desfazendo mitos sobre concorrência no setor bancário...

- O nível de concentração bancária não é particularmente elevado no Brasil comparativamente a outros setores
- O nível de concentração bancária no Brasil não é excepcional quando comparado ao de outros emergentes
- A concentração bancária não apresenta tendência de aumento na última década
- A maior competição diminui a probabilidade de crise bancária
- Não existe um mercado de bancos, mas vários mercados de produtos relevantes.

Mito 1: “a concentração no mercado bancário é particularmente elevada relativamente a outros setores”

Evidências do setor bancário no Brasil: Comparação Intersetorial

HHI para setores da indústria manufatureira e setor bancário

		Indústria	
HHI 1997	0,1 < HHI = 0,18	HHI 1997	
os Artigos de Material Plástico	0,01	Fab. de Carroçarias p/ Veículos Automotores	0,11
s de Madeira, Vime e Junco	0,01	Metalurgia dos Metais Não-Ferrosos	0,11
stíveis e Lubrificantes	0,02	Fab. de Máq. para Inst. Indust. e Comerciais	0,12
r	0,02	Setor bancário*	0,13
e Acess. para Veic. Automot.	0,03	Fab. de Laminados Plásticos	0,13
los	0,03	Fab. de Cal	0,13
i Produtos Alimentares	0,03	Fab. de Celulose e de Pasta Mecânica	0,15
i Artefatos Têxteis	0,03	Fab. de Material Elétrico para Veículos	0,15
s Alimentícias e Biscoitos	0,03	Fab. de Veículos Automotores Rodoviários	0,18
e Preparação Conservas Carne	0,04	Prod. de Laminados de Aço	0,18
Papel, Papelão, Cartolina etc.	0,05	Prod. de Arames e Relaminados de Aço	0,20
ras Metálicas	0,05	Indústria	
entos Quím. e de Prod. Quím.	0,05	HHI > 0,18	HHI 1997
is Não-Alcoólicas	0,05	Fab. de Cervejas, Chopes e Malte	0,20
p/ Prod. e Distrib. Energ. Elét.	0,05	Fab. de Brinquedos	0,21
Padaria, Confeitaria e Pastelaria	0,06	Fab. Material p/ Uso Médico e Odontológico	0,22
Outros Serviços Gráficos	0,06	Prod. Ferro, Aço e Ferro-Liga em Forma Primária	0,23
Madeira e Art. de Carpintaria	0,06	Fab. de Escovas, Pincéis, Vassouras e Outros	0,23
Fertilizantes e Corretivos do Solo	0,06	Const. e Montagem de Veículos Ferroviários	0,26
as e Materiais Têxteis	0,06	Fab. de Materiais e Produtos Petroquímicos	0,26
i Artef. de Couros e Peles	0,06	Fab. de Material Elétrico – Excl. para Veículos	0,27
mento de Motores p/ Veículos	0,06	Fab. de Produtos do Fumo	0,29
inilaria e Lãraria	0,06	Fab. de Café e Mate Solúveis	0,32
al de Comunicações	0,07	Fab. de Farinhas Diversas e Óleos e Gorduras	0,34
to	0,07	Const. Embarcações e Fab. Equip. Marítimo	0,37
y/Obt. Prod. Anim. e Agrícolas	0,07	Fab. de Máq. p/ Uso Domést. Elét. ou Não	0,39
s e Placas de Madeira	0,07	Fab. de Bicicletas, Triciclos e Motociclos	0,40
r. de Minerais Não-Metálicos	0,07	Fab. de Derivados de Petróleo	0,49
le Fibras e de Borracha e Látex	0,07	Fab. Art. de Caça e Pesca, Esporte e Jogos	0,50
dos de Ferro e Aço	0,09	Fab. de Sabões, Detergentes e Glicerina	0,63
cores e Outras Beb. Alcoól.	0,09	Repar. Aeronaves, Turbinas e Motores Avião	0,65
ssamaria, Fitas, Filos e Rendas	0,09	Fab. de Máq. Motrizes Não-Elét. Industrias	0,75
mentos, Utensílios e Aparelhos	0,10	Construção e Montagem de Aeronaves	0,86

oreira (1999) e FMI (2001). Dado para 2000

**Mito 2: “a concentração bancária
no Brasil é elevada relativamente
ao resto do mundo”**

Evidências do setor bancário no Brasil: Comparação Internacional

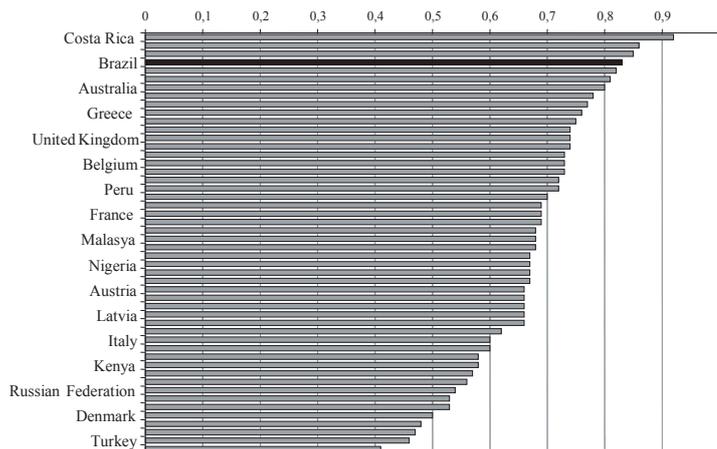
Número de Bancos e Concentração nos Sistemas Bancários de Países Emergentes

País	Participação em Depósitos Totais (%) - 1994				Participação em Depósitos Totais (%) - 2000			
	Número de Bancos (1994)	Três maiores bancos	Dez maiores bancos	HHI-1994	Número de Bancos (2000)	Três maiores bancos	Dez maiores bancos	HHI-2000
Ásia								
Coréia	30	52,8	86,9	0,13	13	43,5	77,7	0,09
Malásia	25	44,7	78,3	0,09	10	43,4	82,2	0,10
Philipinas	41	39,0	80,3	0,08	27	39,6	73,3	0,08
Tailândia	15	47,5	83,5	0,10	13	41,7	79,4	0,09
América Latina								
Argentina	206	39,1	73,1	0,08	113	39,8	80,7	0,09
Brasil	245	49,9	78,8	0,12	193	55,2	85,6	0,13
Chile	37	39,5	79,1	0,08	29	39,5	82,0	0,09
México	36	48,3	80,8	0,10	23	56,3	94,5	0,14
Venezuela	43	43,9	78,6	0,10	42	46,7	75,7	0,09
Europa Central								
República Tcheca	55	72,0	97,0	0,21	42	69,7	90,3	0,18
Hungria	40	57,9	84,7	0,16	39	51,5	80,7	0,12
Polónia	82	52,8	86,9	0,13	77	43,5	77,7	0,09
Turquia	72	40,7	79,1	0,10	79	35,9	72,0	0,07

Fonte: FMI, 2001.

Grau de competição do setor bancário no Brasil: Comparação Internacional

Estatística H para o setor bancário – países selecionados*

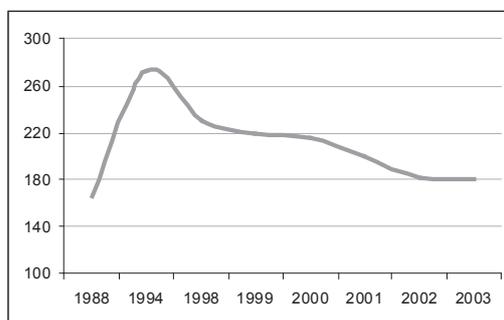


Fonte: Claessens e Laeven, 2003. Média estimada da estatística-H para os anos 1994-2001.

*Amostra de 50 países. Brasil em 4º lugar, atrás de Costa Rica, Holanda e África do Sul.

Mito 3: “a concentração bancária cresceu na última década”

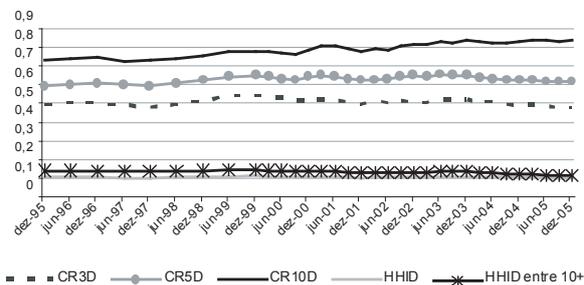
Caiu o número de instituições na última década...



Fonte: Relatório 2; Análise da Reforma da Concorrência no Setor Bancário

... mas a concentração não aumentou por depósitos

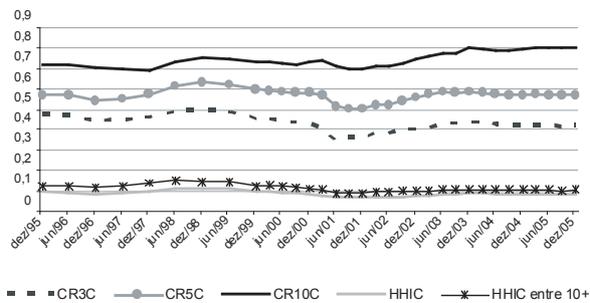
Evolução dos índices de concentração em depósitos



Fonte: Ponce, Araújo e Neto (2005)

... mas a concentração não aumentou por créditos

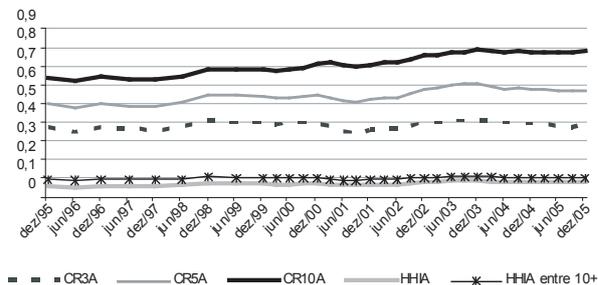
Evolução dos índices de concentração em crédito



Fonte: Ponce, Araújo e Neto (2005)

... mas a concentração não aumentou por ativos

Evolução dos índices de concentração em ativos

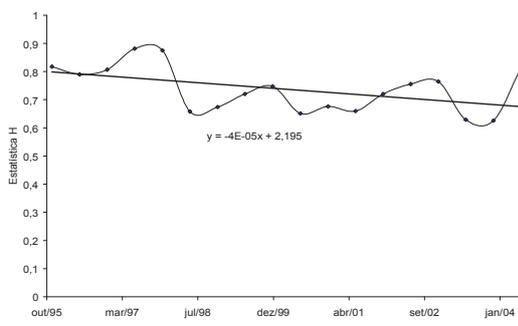


Fonte: Ponce, Araújo e Neto (2005)

Ou do Ponto de Vista da Estatística H...

Evolução da Estatística H no Brasil

Período	Estatística H	# Bancos
dez/95	0,8174	117
jun/96	0,7897	122
dez/96	0,8068	113
jun/97	0,8813	101
dez/97	0,875	101
jun/98	0,6579	102
dez/98	0,6737	101
jun/99	0,7201	112
dez/99	0,7475	108
jun/00	0,651	104
dez/00	0,6761	96
jun/01	0,6595	96
dez/01	0,7203	93
jun/02	0,7554	88
dez/02	0,7646	88
jun/03	0,629	86
dez/03	0,6254	80
jun/04	0,8142	78



Fonte: Ponce, Araújo e Neto (2005)

Mito 4: “a concentração é funcional à estabilidade do setor e portanto a regulação concorrencial é desnecessária”

Alguns resultados interessantes...

- Quanto maior o nível de competição (H), menor a probabilidade de crise bancária
- Além disso, verificou-se uma *relação positiva entre concentração e H* . Em outras palavras, maior a concentração maior o nível de competição do sistema bancário;

Crise bancária, concentração e competição

Real GDP growth	-0.145	-0.174	-0.171	-0.172	-0.283	-0.283	-0.272
	0.031	0.035	0.035	0.036	0.069	0.077	0.071
Terms of trade change	-0.009	-0.011	-0.011	-0.012	-0.020	-0.020	-0.018
	0.010	0.011	0.011	0.013	0.022	0.020	0.024
Real interest rate	0.009	0.010	0.011	0.010	-0.073	0.073	0.090
	0.004	0.004	0.004	0.004	0.026	0.027	0.025
Inflation	0.007	0.008	0.008	0.008	0.017	0.017	0.032
	0.008	0.009	0.009	0.008	0.022	0.023	0.018
M2/reserves	0.001	0.002	0.001	0.002	0.017	0.017	0.015
	0.001	0.001	0.001	0.001	0.010	0.011	0.011
Depreciation	0.667	0.462	0.508	0.827	1.710	1.710	2.054
	1.051	1.153	1.166	1.127	1.867	1.842	1.778
	0.008	0.009	0.009	0.009	0.014	0.014	0.013
Real GDP per capita	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
Moral Hazard Index	0.154	0.101	0.115	0.033	-0.062	-0.062	-0.108
	0.070	0.074	0.079	0.075	0.136	0.155	0.136
Concentration		-1.627	-6.574	-1.429	-1.981	-1.976	-1.572
		0.843	4.897	0.835	1.829	12.505	1.503
H			3.705				
Lerner					-7.825	-7.825	-7.074
Constant	-2.595	-1.375	0.057	-1.990	3.034	3.033	1.492
	0.284	0.620	1.484	0.560	2.039	2.033	1.873
Cbs	1103	903	903	903	452	452	452
F-Test					9.71	14.19	8.45

$$\begin{aligned}
 \text{Banking Crisis (Country=j,} \\
 \text{Time=t)} = & a + \beta 1 \text{Real} \\
 & \text{GDP growth} + \beta 2 \text{Terms of} \\
 & \text{trade change}_{j,t} + \beta 3 \text{Real} \\
 & \text{interest rate}_{j,t} + \\
 & \beta 4 \text{Inflation}_{j,t} + \\
 & \beta 5 \text{M2/reserves}_{j,t} + \\
 & \beta 6 \text{Depreciation}_{j,t} + \\
 & \beta 7 \text{Credit Growth}_{j,t} + \beta 8 \\
 & \text{Real DDP per capt}_{j,t} + \beta 9 \\
 & \text{Moral Hazard Index}_{j,t} + \\
 & \beta 10 \text{Average} \\
 & \text{concentration}_{j,t} + \\
 & \beta 11 \text{Concentration}_{j,t} + \\
 & \beta 12 H_{j,t} + e_{j,t}
 \end{aligned}$$

Implicações institucionais...

- O nível de competitividade no setor bancário afeta negativamente a probabilidade de crises bancárias
- Maudos e Nagore (2005) e Claessens e Laeven (2003) mostram que países com maiores restrições à entrada e ao funcionamento dos bancos apresentam setores bancários menos competitivos
- Portanto, *concorrência e regulação são complementares!*

O Mito 5: É possível tratar o mercado de forma agregada como “mercado de bancos”

Existe um mercado de bancos ?

Depósitos a vista	Pessoa Física			Pessoa Jurídica			
	baixa renda	classe média	alta renda	micro e pequena empresas	média empresa	corporativo	
Barreira à entrada	natural XXX	regulatória XX	XXX	XX	XXX	XX	X
Economia de escala	XXX	XXX	X	XXX	XX	X	
Economia de escopo	X	XX	XX	X	XXX	XX	
Fidelização	XXX	XX	X	XXX	XXX	XX	
Poder compensatório	X	X	XXX	X	XX	XXX	
Distorções de mercado	XXX	XX	X	XX	X	X	
Contestação potencial	XXX	XXX	XXX	XXX	XXX	X	
Homogeneidade	X	X	XXX	X	XX	XXX	
Elasticidade da demanda residual	XXX	XXX	X	XXX	X	X	
Inovação tecnológica	XXX	XX	XX	XXX	XXX	XXX	

Existe um mercado de bancos ?

Crédito Imobiliário e Empréstimos de Longo Prazo	PF			PJ		
	baixa renda	classe média	alta renda	Micro e pequena empresas	média empresa	corporativo
Barreira à natural entrada regulatória	XX	XX	X	X	XX	XXX
Economia de escala	XXX	XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
Economia de escopo	XX	XX	XXX	XX	XX	XX
Fidelização	X	X	X	X	X	X
Poder compensatório	X	XX	XX	XXX	XX	X
	X	X	XXX	X	XX	XXX
Distorções de mercado	X	X	XXX	X	XX	XXX
Contestação potencial	XXX	XXX	X	XX	XXX	XXX
Homogeneidade	X	XX	XX	X	XX	XXX
Elasticidade da demanda residual	X	XX	XX	X	XX	XXX
Inovação tecnológica	XX	XX	X	XX	XX	X
	X	X	X	XX	XX	X

Três recomendações de política

Prioridades para a concorrência no setor bancário...

- Melhor definição de *formas de articulação* entre concorrência e regulação no setor
- Desenvolvimento da *cultura concorrencial* especialmente no regulador
- Desenvolvimento de *abordagem e roteiro de análise específicos* para o setor

Por que o setor bancário é diferente?

- Externalidades de rede
- Economias de escala e escopo
- Mas outros setores regulados também apresentam estas características...

Peculiaridades do segmento bancário ...

- Importância da reputação
- Velocidade do ajuste
- Assimetria de informação
- Externalidades

Consolidação no setor bancário e o CADE

Adquirente	Adquirido	Ano	Adquirente	Adquirido	Ano
Itaú	Banerj	1995	Bradesco	Banco Continental	2000
Itaú	BFB	1995	Bradesco	Itabanco	2000
Unibanco	Banco Nacional	1995	Unibanco	Fininvest	2000
Banco Excel	Banco Econômico	1996	Unibanco	Credibanco	2000
Banco Rural	Banco Mercantil	1996	Itaú	Banestado	2000
Banco Banparaná	Banco Banorte	1996	Santander	Banespa	2000
Banco Pontual	Banco Martini	1996	Santander	Bozano, Simonsen/Meridional	2000
Banco Antonio Queiroz	Banco United	1996	Bradesco	Banco Boavista	2000
HSBC	Banco Bamerindus	1997	Bradesco	Banco das Nações	2000
Itaú	Banerj	1997	Banco BNP	UBS¹	2001
BCN	Credesi	1997	ABN Amro	Parabán	2001
Bozano, Simonsen	Mercantil	1997	Itaú	Beg	2001
Santander	BGC	1997	Itaú	Lloyds ¹	2001
Santander	Noroeste	1997	Bradesco	BancoCidade	2001
Interatlântico	Banco Boavista	1997	Unibanco	InvestCred	2001
Bradesco	BCN	1997	Bradesco	Banep	2001
Mellon Investment	Banco Brascari²	1997	Bradesco	Banepa Luxemburgo	2001
Caixa Geral de Depósitos	Banparaná	1998	Bradesco	BBV	2002
BBV	Excel Economico	1998	Bradesco	Finasa	2002
Unibanco	Dibens	1998	Itaú	Banco Fiat	2002
Sudameris	América do Sul	1998	Bradesco	Banco Ford	2002
Itaú	Berger	1998	Bradesco	BEA (Amazonas)	2002
ABN Amro	Banco Real	1998	Bradesco	Deutsche ¹	2002
ABN Amro	Banque	1998	Bradesco	JP Morgan ¹	2002
Bradesco	Banep	1999	Bradesco	Banco Mercantil de São Paulo	2002
Bradesco	Banco Pontual	2000	Itaú	BBA	2003
Unibanco	Banco Banparaná	2000	ABN Amro	Sudameris	2003
Bradesco	BCR	2000	HSBC	Lloyds	2003
HSBC	Banco CCF	2000	Itaú	Bank Boston	2008

¹ compra de empresa de gestão de recursos

² Joint venture

Fonte: BCB, McKinsey (2003), CADE.

**A divisão de trabalho entre as
autoridades de defesa da
concorrência e regulação não
é simples...**

**Os possíveis modelos de articulação são
conhecidos...**

- Existem quatro modelos principais de interação:
 - M1: isenção antitruste
 - M2: competências concorrentes
 - M3: competências complementares
 - M4: regulação antitruste

Modelo 1: Isenção antitruste

	LC	RT	RE
AC	—	—	—
AR	X	X	X

AC – Autoridade de Defesa da Concorrência

LC – Lei de Defesa da Concorrência / RT – Regulação Técnica

RE – Regulação Econômica / AR – Autoridade Regulatória

Modelo 2: Competências concorrentes

	LC	RT	RE
AC	X	—	X
AR	X	X	X

Modelo 3: Competências complementares

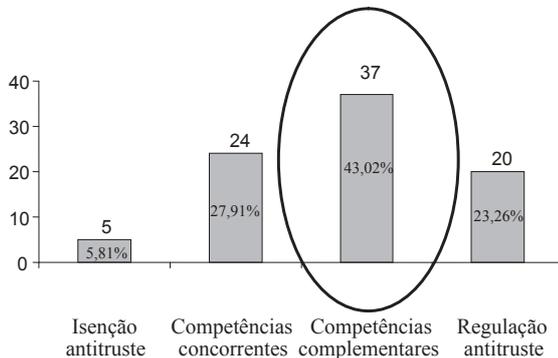
	LC	RT	RE
AC	X	—	—
AR	—	X	X

Modelo 4: Regulação antitruste

	LC	RT	RE
AC	X	X	X
AR	—	—	—

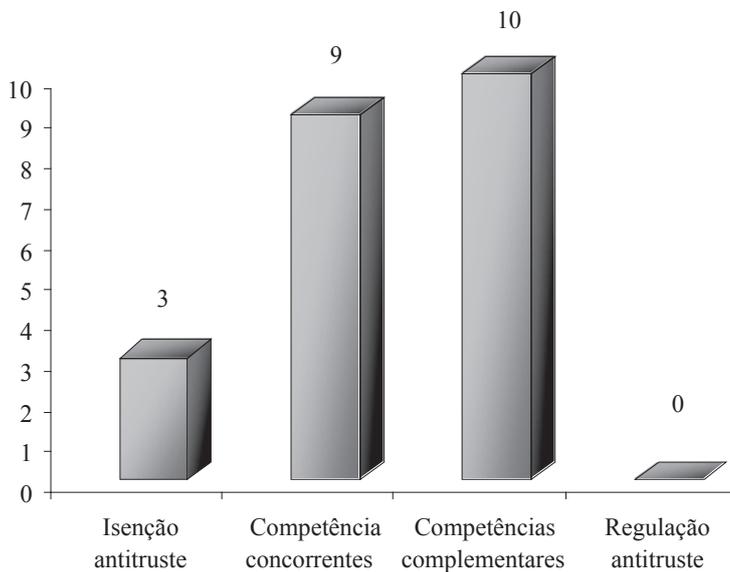
Interação entre autoridade de defesa da concorrência e agência reguladora

Valores totais e porcentagens



Fonte: Oliveira et al. (2005)

Possível configuração institucional para o setor bancário em 22 países da OCDE...



Fonte: Oliveira (2001), baseado em OCDE (1998)

Cr terios para escolha do arranjo devem levar em considera o...

- Custos burocr ticos de transa o
- Efici ncia e capacidade de decis o
- Minimiza o de risco de captura

Muito obrigado!

Equipe do projeto:
Gesner Oliveira
Ernesto Guedes
Fabio Miessi
Cinthia Konichi
Thais Pons

Participa o:
Juan P rez Ferr s
Andre Arida

Para mais informa es...
www.tendencias.com.br
www.gesneroliveira.com.br

gesner@tendencias.com.br

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Obrigada Gesner. Eu passo a palavra ao doutor Amaro.

■ **Amaro Luiz de Oliveira Gomes**

Enquanto ele está colocando a apresentação, gostaria de aproveitar para agradecer mais uma vez ao IBRAC pelo convite formulado ao Banco Central. Particularmente em nome do Diretor de Normas Alexandre Tombini, que infelizmente não pôde comparecer.

O Banco Central acho que teve uma fase particularmente ativa e muito diz respeito exatamente a pontos colocados aqui na conferência, que está associada a custos de troca. E em nome do Departamento de Normas, que atualmente eu chefo, também gostaria de agradecer.

Então, conforme solicitado pela Daniela, eu vou utilizar os próximos vinte minutos fazendo algumas considerações sobre os esforços do Banco Central, pelo menos os mais recentes em termos de regulação e voltados para a promoção da concorrência. Inicialmente, vou apenas ressaltar o aspecto de competência legal. Eu não sou advogado, como já foi esclarecido na apresentação; a minha formação é na área de Finanças e Contabilidade, portanto me perdoem qualquer falta em termos de adequada alocação de linguagem. Mas, enfim, vou apenas destacar rapidamente a competência legal da forma que está estabelecida na legislação em vigor, e em seguida quais são os objetivos que têm norteado os nossos esforços em termos de regulação recente e as medidas adotadas mais associadas à questão da promoção da concorrência, concluindo com alguns desafios que eu acho de certa forma já estão coerentes ou, pelo menos, na mesma linha das duas apresentações anteriores, da SEAE e do professor Gesner.

Esse é o artigo da competência legal especificamente, o artigo 18 da Lei 4.595. Provavelmente, como a audiência é praticamente integralmente composta de advogados ou de pessoas que militam diretamente na questão da concorrência, nesse é o que está estabelecido no § 2.º do artigo 18 da Lei 4.595, que é a lei recepcionada na Constituição na condição de lei complementar e especificamente com relação à competência legal, dois aspectos eu

gostaria de destacar no que diz respeito a sua limitação. Na realidade, essa competência, ao mesmo tempo em que estabelece ao Banco Central um determinado poder, estabelece também um dever que está associado a dois aspectos no que diz respeito à concorrência.

O primeiro aspecto é uma atuação *a priori*, ou seja, anterior ao ato de concentração, que é exatamente a análise desses atos; e o segundo aspecto é a responsabilidade também significativa, que por vezes não é expressada nos debates, que está relacionada à repressão de condutas anticompetitivas. Especificamente, ainda, no que diz à repressão, essa responsabilidade está associada à identificação de abusos ou infrações no que diz respeito à atuação em termos concorrenciais, e a conseqüente punição, nos termos estabelecidos no artigo 44 da própria Lei 4.595, que igualmente é ou deve ser do conhecimento da grande maioria de vocês, não de todos.

E quanto aos atos de concentração – a discussão mais recente que tem sido levada ao Banco Central, normalmente por ser um assunto que envolve uma avaliação legal –, nós recorreremos à Procuradoria Jurídica do Banco Central, e a Procuradoria tem ressaltado a importância da análise dos atos de concentração envolvendo dois aspectos: o primeiro, a que usualmente nós fazemos referência, que é o ato de concentração entre instituições financeiras e, se nós resgatarmos aí a apresentação anterior do professor Gesner, aqueles atos específicos ocorridos principalmente a partir de 1995 são atos entre instituições financeiras. Mas a Procuradoria tem indicado também que está no âmbito dessa responsabilidade do Banco Central, principalmente pelos efeitos associados à avaliação de outros atos e práticas de sujeitos que se enquadrem na definição de instituições financeiras nos termos também da Lei 4.595, definição esta identificada no artigo 17. De maneira geral, é uma avaliação ainda incipiente, e essa avaliação obviamente tem sido considerada no âmbito do esforço do Governo Federal de termos, talvez seguindo um pouco na linha da recomendação do professor Gesner, uma integração maior entre as agências, sendo que esse poder-dever não se limitaria, portanto, somente aos atos especificamente que envolvam instituições financeiras, externando-se um pouquinho mais. Os objetivos, portanto, tendo em conta essa competência, que tem norteado os nossos esforços na área de regulação especificamente, estão associados a dois grandes aspectos, o primeiro dos quais é a própria promoção da concorrência e o fortalecimento do sistema financeiro e o segundo que é o aumento na oferta de serviços e produtos, muito diretamente associado a um esforço do Banco Central na redução desse....

E no que diz respeito especificamente à promoção da concorrência, um debate que é recente – e eu fiquei feliz ao ouvir o trabalho do professor Gesner sobre aqueles mitos – um dos mitos recentes, um dos aspectos que tem surgido com relativa frequência é a confusão entre concorrência e concentração. Na realidade, o professor já citou vários estudos e o próprio estudo destacado e desenvolvido por ele. No entanto, um outro estudo recente, que provavelmente foi objeto de avaliação mas não foi mencionado, que é um estudo de 2005 do FMI, de fevereiro de 2005, apresenta uma comparação com índices de concentração bancária e nesse estudo nós igualmente, a exemplo do resultado, identificamos o Brasil como um terceiro em nível de menos concentração, ou seja, numa relação de países da América Latina seriam menos concentrados que o Brasil somente a Argentina e Colômbia, e mesmo em estudos utilizando comparações com países desenvolvidos, o Brasil se encontra entre os menos concentrados no mundo. Então, também os estudos do FMI identificam níveis de concentração que a princípio seriam alarmantes para o senso geral. Esse estudo do FMI identificou, por exemplo, que a Suécia tem um nível de concentração de 95%, a Suíça de 88%, a Alemanha de 65%, a Espanha de 64%, o México de 62%, a França de 57%, e o Reino Unido de 49%.

O Brasil, nesse estudo que envolve 146 países, aparece com um nível de concentração de 45%. Então, a primeira observação que não é muito distinta do resultado do trabalho do professor Gesner, é que, na realidade, ao contrário do que transparece no senso comum, concentração não tem uma correlação direta, positiva, com baixa concorrência. O que nós percebemos é que a concorrência é afetada por vários fatores domésticos e eventualmente, dependendo do grau de sofisticação do sistema financeiro, de integração desse sistema financeiro com parceiros regionais e internacionais, vários aspectos afetam o grau de concorrência, um dos quais sem dúvida talvez seja o mais marcante, que é a estrutura do sistema financeiro. O sistema financeiro que é competitivo, em que há reestruturação intensa com fusões e aquisições, buscando ganhos de escala ou em decorrência de programas oficiais, participação do setor público no caso doméstico, é uma participação relevante que afeta ou pode afetar sim a concorrência. Nos jornais de hoje, por exemplo, nós vimos a criação potencial de um fundo de 15 bilhões de dólares para criar um fundo de equilíbrio para habitação de baixa renda, e nos dias anteriores nós temos acompanhado aí decisões no sentido de utilização mais intensa dos Bancos oficiais federais na promoção ousada de concorrência no sistema financeiro. Portanto, não é o aspecto de concentração que está diretamente associado à concorrência. Há outros

elementos, como o grau de bancarização – e eu tenho um interesse particular em ressaltar isso –, o nível de especialização das instituições financeiras, o grau de diversidade de produtos, o nível de educação financeira da população como um todo e a estabilidade financeira, como um pressuposto básico pra o desenvolvimento de qualquer sistema financeiro. Portanto, eu só gostaria de ressaltar que a estabilidade é um pressuposto básico para que nós possamos então decantar um pouco o debate econômico e começar a pensar em ações de médio e longo prazos. Em termos microprudenciais, seria o segundo objetivo o aumento da oferta de produtos e serviços de maneira geral. Não só o aumento de produtos e serviços, mas também da oferta de alternativas para acesso a esses produtos e serviços é um elemento também essencial na promoção da concorrência, e está diretamente associado a um objetivo do Banco Central anunciado, que é a redução de *spread*. Portanto, entre as medidas recentes, eu gostaria de destacar apenas essas quatro, que de certa forma já foram também mencionadas aqui. Primeiro, a medida que está associada a acesso ao sistema financeiro, a transparência, a portabilidade e a bancarização.

Relativamente ao acesso ao sistema financeiro, marcadamente a partir de 1995, eu gostaria de destacar três aspectos: o primeiro é uma maior participação das instituições financeiras estrangeiras e o fato de essas instituições, principalmente aquelas que fizeram investimentos significativos no mercado doméstico, buscarem uma participação mais relevante no sistema financeiro não por outro motivo, mas pelo fato de que o investidor localizado no país de origem deseja o retorno sobre o investimento feito no país. Portanto, essas instituições financeiras, particularmente aquelas que chegaram ou passaram a atuar a partir de 1994, não vou citar nomes, essas instituições tendem a ser muito mais ousadas na busca de negócios, tendem a ter um maior esforço por inovação e lançamento de produtos, portanto forçando de certa forma as instituições domésticas a uma reação e se esforçando para reduzir aquele custo de troca que foi tão bem destacado aqui.

Especificamente ainda também no que diz respeito a acesso ao sistema financeiro, houve a revisão recente empreendida em 2002 no que diz respeito a exigências para autorização de novas instituições financeiras no Brasil, que demanda não somente a existência de capital e recursos financeiros, mas também a capacitação de dirigentes, um plano de negócios, um plano de viabilidade e um estudo de viabilidade econômico-financeira. Esses elementos são essenciais para que o Banco Central comece a exercer como já foi ressaltado aqui, essa disciplina não só associada à

rigidez do sistema financeiro, mas também à disciplina concorrencial. Nós buscamos a experiência em outros órgãos reguladores e a partir dessas experiências e a interação com os órgãos de defesa de concorrência no Brasil, começamos a perceber e tentar assimilar a questão concorrencial em determinados segmentos. Um dos exemplos mais recentes no que diz respeito a isso é uma proposta de audiência pública que se encerrou recentemente, em que o Banco Central vislumbra a possibilidade de criar uma instituição financeira específica, que nós chamamos internamente de Banco de Câmbio, a partir da identificação de uma dificuldade concorrencial, qual seja o custo elevado e identificado principalmente por pequenos e médios importadores e exportadores, no que diz respeito a transferências e a concretização de operações de importação e exportação. Um segundo elemento é o custo elevado de remessas, principalmente essas reclamações nos chegavam muito a partir de estudantes e beneficiários de remessas de pequeno valor, tanto para o exterior como para o Brasil, remessas essas que, devido ao custo elevado no sistema bancário, exatamente pelo fato de que as grandes instituições têm estruturas que precisam ser adequadamente remuneradas, se constituíam em valores muito relevantes em relação ao que era o objeto da transação propriamente e incentivava até mesmo a utilização de outros meios não oficiais para remessa tanto do Brasil para o exterior, como do exterior para o Brasil. Essa instituição, portanto, foi vislumbrada como alternativa para uma instituição especializada em operações de transferência de recursos, chamado de Banco de Câmbio, com capital menor, estrutura operacional mais enxuta e, portanto, potencialmente podendo oferecer para esses usuários uma alternativa mais adequada a esse fluxo de recursos. Então, são medidas voltadas ao acesso ao sistema financeiro e que estejam contribuindo mais significativamente para um processo concorrencial.

Internamente, o esforço associado ainda à estrutura do sistema financeiro que eu acho interessante destacar é a tentativa de maior participação de estruturas ou de segmentos que tenham estruturas de custo menos relevantes, menos pesadas, principalmente em regiões menos servidas por instituições financeiras, e aí o destaque se faz às cooperativas de crédito.

As cooperativas de crédito representam aproximadamente 2% do nosso sistema financeiro, número que esteve estagnado em 1% durante muitos anos, e que tem evoluído nos anos mais recentes de maneira um pouco mais intensa, havendo uma participação crescente em cidades pequenas, em microrregiões específicas, principalmente Sul e Sudeste, havendo um

esforço de desenvolvimento também no Norte, Nordeste e Centro-oeste. No entanto, as cooperativas de crédito, que em determinados países têm uma participação em relação ao sistema financeiro muito mais relevante, mesmo países mais novos em termos de experiência de cooperativismo de crédito do que o Brasil, como Estados Unidos e Canadá – no Brasil tem um pouco mais de 100 anos –, a participação desse segmento é muito maior, é três a quatro vezes maior do que o segmento no Brasil, e as cooperativas tiveram o aprimoramento na sua estrutura regulamentar, culminando com a possibilidade de cooperativas que nós chamamos de livre admissão, semelhantes a Bancos portanto, atuarem em regiões específicas, promovendo, portanto, a maior competição naquela região.

Relativamente à transparência, alguns elementos até foram destacados aqui pelo Marcelo da SEAE: as informações no talonário de cheques com relação a quanto tempo de relacionamento no sistema financeiro; as informações exigidas nas agências das instituições com relação a cobranças de tarifas; a própria divulgação dessas informações no *site* do Banco Central, reduzindo o *seaching close* que foi também comentado, dando maior amplitude e possibilitando que o usuário de serviços bancários tenha agilidade em termos de acesso à informação.

O terceiro aspecto mais recente, que foi igualmente destacado pelo representante da SEAE no que diz respeito à portabilidade, tem demandado um esforço significativo do Banco Central; não é uma regulação de natureza prudencial, é claramente uma regulação voltada para a promoção de concorrência visando ao consumidor de produtos e serviços financeiros, e são três essencialmente os esforços que estão sendo feitos nessa área.

Primeiro, é a portabilidade do que nós chamamos de cadastros. A portabilidade cadastral é uma norma que existe desde 2001 e que foi aprimorada recentemente em setembro, ao determinar a obrigatoriedade das instituições financeiras fornecerem essas informações cadastrais a qualquer pessoa, desde que devidamente autorizada pelo beneficiário. A informação cadastral é essencial principalmente no estabelecimento de uma nova relação com o Banco, seja ela qual for, e a instituição é obrigada a disponibilizar todo o histórico de relacionamento do cliente seja com conta corrente, operações de crédito ou investimentos de qualquer natureza.

A segunda portabilidade, que é a mais polêmica e a mais difícil de vermos implementada com a agilidade que gostaríamos, é a portabilidade de operações de crédito. Há um esforço significativo em promover de fato

a efetividade do instrumento. Não só foi estabelecida uma sistemática de portar operação de crédito que representa em última análise a liquidação antecipada de uma operação e a constatação de uma operação com outra instituição no mesmo momento, mas no caso do Banco Central foi desenvolvida uma ferramenta específica para liquidação, que é uma TED, uma transferência eletrônica. Já no caso do Governo Federal foi determinado que o IOF não é cobrado naquela parcela da operação que já foi objeto de tributação anterior, e está se discutindo ainda a agilidade na não cobrança da CPMF, mas há um esforço significativo. Um elemento importante nos estudos que vão se seguir obviamente, para que nós possamos avaliar a efetividade da norma, que é um esforço do Banco Central, é o departamento de pesquisa, que entre outros aspectos se dedica – e foram citados aqui dois ou três estudos do Márcio Nakani, que é um dos nossos especialistas que se dedica ao tema – a avaliar a efetividade da norma. E nas normas associadas a concorrência nem sempre a efetividade está refletida na quantidade de operações realizadas; muitas vezes a própria disponibilização do instrumento para o cliente já lhe dá melhores condições de negociação, promovendo, portanto, a concorrência. Esse é um elemento importante a destacar, porque eventualmente não tenho nenhuma operação realizada, mas estabeleci o melhor ambiente concorrencial, reduzindo custos operacionais, custos de transação e custos para o beneficiário, que é o cliente.

E o terceiro aspecto da portabilidade que também foi igualmente destacado e que está praticamente todos os dias na imprensa é a do salário. São cerca de 40 milhões de pessoas que recebem seus salários por intermédio de instituições financeiras. A sistemática, estabelecida também em 2001 por uma resolução, dava a opção às instituições financeiras de adotar aquele determinado procedimento, identificado com o que nós chamamos de conta salário, que é apenas uma conta de registro e possibilita que o beneficiário transfira esse recurso. Em setembro igualmente, dada a análise quanto à efetividade da norma, o que nós percebemos foi que pelo fato de ser uma opção pouquíssimas instituições financeiras adotavam o procedimento naquele formato, obviamente estabelecendo a negociação com o empregador da maneira que fosse operacionalmente mais ágil e fácil etc. A Resolução 3.402 do Conselho Monetário, de setembro, determinou a obrigatoriedade, a partir dos contratos assinados em 6 de setembro de 2006, de que a partir de 1.º janeiro, todos os pagamentos sejam feitos por intermédio de conta salário. O Conselho Monetário ainda está por decidir qual vai ser o tratamento a ser dado aos contratos assinados até 5 de setembro,

e há uma expectativa de que essa decisão esteja próxima, pois há estudos bem intensos associados a esse tema; mas a perspectiva é de que haja um benefício significativo para o beneficiário do recebimento de salário por intermédio de instituição financeira. Essencialmente, a medida garante a transferência imediata por intermédio de uma TED, que é um instrumento ágil, sem absolutamente nenhum custo para o beneficiário, que vai apenas identificar na instituição financeira qual deve ser a conta para crédito. Na imprensa, para quem acompanhou um pouquinho mais esse tema, isso foi chamado em algum momento de Doc reverso; apareceu em vários debates como sendo Doc reverso. Doc reverso, na realidade, na pesquisa, porque também foi surpresa para nós do Banco Central, e nós fomos pesquisar o que era o Doc reverso, e identificamos a experiência do Doc reverso na Espanha, onde foi a alternativa criada pelo regulador, talvez, que é o aspecto da estrutura do sistema financeiro.

O nosso sistema financeiro tem um sistema de pagamentos que é praticamente único no mundo; tem uma agilidade, um nível de tecnologia invejável, e não é o caso da Espanha. Aqui nós temos um instrumento, a TED, que faz transferência imediata, *real-time*, para qualquer Banco. E na Espanha, como eles não tinham o instrumento, eles criaram o instrumento do Doc reverso: por exemplo, se eu tenho uma conta no BBV, recebo meu salário no Santander, então eu comando a partir do BBV a transferência do meu salário do Santander para o BBV. A nossa sistemática é muito mais ágil, não estou dizendo que é melhor ou pior, mas é muito mais ágil, dadas as características do sistema financeiro. Então, a expectativa é que os contratos assinados até 5 de setembro sejam objeto de regulamentação o mais rápido possível pelo Conselho Monetário.

E, finalmente, no que diz respeito à bancarização, que é um elemento que a princípio não está na primeira leitura, não está associada à concorrência, mas é um elemento importante, sim, mesmo que gere um efeito, um *side effect*. A bancarização é marcada no Brasil pela atuação dos correspondentes bancários. Para que se tenha uma idéia do que representou o correspondente bancário, hoje no Brasil absolutamente todos os municípios têm à sua disposição uma entidade que presta ou que permite o acesso a serviços e produtos bancários. Os relatos com relação ao acesso a Bancos eram os mais singulares possíveis no início dos anos 2000. Até mesmo nas regiões menos favorecidas, principalmente no Nordeste, havia a contratação de caminhões e ônibus para que as pessoas se deslocassem às vezes 100/150 quilômetros para receber o benefício da aposentadoria ou do INSS. Essas

pessoas movimentavam economias distantes de sua residência, ficando muitas vezes sujeitos esses ônibus e caminhões a assalto, porque todo mundo sabia que naquele dia era pagamento de benefício ou de funcionários de alguma forma, e era muito fácil organizar. Hoje, absolutamente todos os municípios têm acesso a serviços e produtos financeiros, e as instituições financeiras tinham aproximadamente, em fins de 2005, cerca de 17 mil agências, e mais de 90 mil pontos de correspondentes bancários. Este, na realidade, ao promover a bancarização, começa também a contribuir de forma relevante no que diz respeito a desafios.

Os desafios igualmente seguem um pouco aqueles já levantados anteriormente, ou seja, tendo a estabilidade financeira como um pressuposto, a estabilidade essencial para que nós possamos destinar tempo e recursos humanos, principalmente intelectuais, a discussões de assuntos que mereçam esforços mais perenes, alguns aspectos são relevantes em termos de desafio. O primeiro desafio é o aprimoramento da regulamentação prudencial, um aprimoramento geral principalmente voltado para o fortalecimento das instituições financeiras. O desenvolvimento da disciplina de mercado como instrumento importante no acompanhamento dessas instituições e portanto da performance, trabalhando acessoriamente no processo de concorrencial, e a definição dos critérios de análise dos atos de concentração. Esse é um processo que estamos ainda aprendendo no Banco Central, e contando com a interação e concorrência com o CADE, com a SEAE e com a SDE, temos o convênio que foi destacado aqui. Recentemente, há cerca de duas ou três semanas, houve uma reunião com o diretor Tombini e a doutora Elizabeth Farina exatamente para discutir os próximos passos. Trata-se de um processo, e não temos vergonha de afirmar que estamos ainda num processo de aprendizado no Banco Central tanto em termos de regulação quanto em termos de aprovação dos atos propriamente, o que é um processo natural. Portanto, a integração já – talvez não ainda no nível ideal, mas tendo em conta essa estabilidade que hoje nos dá mais tranquilidade e tempo para dedicarmos a assuntos de relevância – vai ser possível, e há duas ações específicas que eu gostaria também de destacar: a primeira é a regulamentação voltada para os incentivos adequados e a promoção de concorrência. Exemplos dessas regulamentações são as que eu mencionei aqui de portabilidade, e uma melhoria geral do nível de educação financeira. Esse é talvez, por ter a preocupação acadêmica, também um elemento muito importante, ou seja, não adianta termos uma regulamentação avançada, as instituições preparadas, mas termos um nível de educação geral baixo e

um nível de educação financeira que começa então a ser uma preocupação mais recente. No caso do Banco Central, temos um programa de educação financeira que envolve desde o ensino fundamental até a universidade, e agora estamos discutindo com outros órgãos reguladores e em níveis adequados do Governo Federal uma ação integrada de educação financeira: é mais um passo voltado para a criação e o desenvolvimento de um ambiente adequado que promova a concorrência do sistema financeiro. Eu agradeço a atenção, deixo os contatos do Departamento de Normas, e fico à disposição também para debates. Obrigado.

**Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro
IBRAC**

Novembro de 2006

Amaro Luiz de Oliveira Gomes

Chefe

Departamento de Normas do Sistema Financeiro (Denor)

Agenda

Competência Legal

Objetivos

Principais Medidas Regulatórias

Desafios

Competência Legal

Art. 18, § 2º, da Lei 4.595, de 1964:

“ § 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes o abuso com a aplicação da pena nos termos desta lei”.

Objetivos

Promoção da concorrência bancária e fortalecimento do SFN
concorrência x concentração

estabilidade financeira

Oferta de serviços e produtos *versus* redução do “spread”

Principais Medidas Regulatórias

Acesso ao SFN
Transparência
Portabilidade
Bancarização

Desafios

Estabilidade econômica: pressuposto essencial;
Aprimoramento da regulamentação prudencial;
Desenvolvimento disciplina de mercado;
Critérios para análise de atos de concentração;
Integração Banco Central e órgãos de defesa da concorrência;
Ações específicas:
Regulamentação voltada para incentivos e ambiente favorável à concorrência;
Melhoria nível educação financeira.

Obrigado.

Amaro Luiz de Oliveira Gomes
amaro.gomes@bcb.gov.br
denor@bcb.gov.br
Tel.: (61) 3414-1503/1505
Fax.: (61) 3414-1499

■ Cristianne Saccab Zarzur

Obrigado doutor Amaro. Vamos fazer um pequeno intervalo de dez minutos. Eu só queria fazer um anúncio: no final do painel de hoje nós vamos ter a entrega do prêmio IBRAC-ESSO, e um coquetel da Editora Singular para lançamento de livros, com sessão de autógrafos dos autores presentes. Dez minutos.

■ João Manoel Pinho de Mello

(...) ao Toni Takeda, ao Vítor Chio e à Ana Carla Costa, que foi retirada do Banco Central para ir para a *Tendências*, o caminho contrário, e que produziram trabalhos excelentes, que ainda não conhecemos, e eu acho que vamos ficar sem conhecer durante muito tempo, porque por razões proprietárias e sigilosas – eu entendo a razão – só o Banco Central pode manipular os dados. Então, por problemas de escala, quantas pessoas podem estudar o setor bancário no Brasil, eu entendo as razões. Dito isso, gostaria de expressar o meu dissenso, pois eu acho que a evidencia é completamente inconclusiva e o que sabemos de fato é que o desempenho do mercado de crédito brasileiro não é exatamente ... , como dizem os norte-americanos. Então, não sabemos se é pelo lado da conduta ou da demanda; é preciso estudar. Eu acho que o acadêmico ainda precisa estudar muito o mercado de crédito no Brasil.

Dito isso, a pergunta é simples: tudo mais constante, , *ceteri paribus* , o primeiro jargão bonito que eu vou usar de dia, atos de concentração deveriam ser tratados de maneira especial no setor bancário? E o pano de fundo disso são os problemas informacionais, que são na realidade a razão de ser da existência da intermediação financeira. Eu quero ir um pouco além no nível de abstração e lembrar às pessoas que Banco, intermediação, só existe porque há um problema informacional. Essa é a primeira lição de um livro-texto de microeconomia bancária. Se não houvesse problemas informacionais, ou, em outro jargão ainda mais chique, inconcretudes contratuais, que é a incapacidade de você dizer para assim: “você só vai escolher os projetos não arriscados, e chegar ao Tribunal e o juiz verificar isso, essa incapacidade; se não houvesse essa incapacidade e os problemas informacionais, os recursos dos poupadores iriam para os investidores num mercado completamente impessoal de título e equity. A lição básica, primeiro microeconomia bancária I, ou seja, a essência dos problemas informacionais é que faz o setor bancário algo especial.

Vou falar alguma coisa sobre os institutos, porque é complicado o setor bancário, o seu arcabouço, e eu vou fazer uma conclusão rápida. É complicado por várias razões, de que já falamos: primeiramente, mercado antitruste e mercado regulado são complicados há muito, já sabemos – doutrina Bell 82, mercados regulados em telecomunicações, regulação e antitruste complicam o antitruste de fato. É diferente um mercado que tem alguma regulação de um mercado aleatório, digamos o do chocolate.

Do ponto de vista dinâmico temos regulação e regulamentação, ou seja, por exemplo, Basileia II, muda alguma coisa? Será que muda a barreira entrada, quem pode entrar, quais são os requerimentos de capital, as quedas de barreiras regionais alteram alguma coisa? Ou seja, em termos absolutos, é complicado; em termos dinâmicos, é complicado.

Quanto à mudança tecnológica, evidentemente eu vou me inspirar muito no caso norte-americano, onde há uma observação aqui. Os norte-americanos definem o mercado localmente, isto é, não há muita discussão a respeito disso. A definição de mercado relevante na dimensão produto é *clustering*, relevante – falamos muito disso. As pessoas consomem um pacote de produtos bancários, ou vão tomar empréstimo no cheque especial, vão para o mercado e buscam os melhores termos e aí compram um CDB, vão para o mercado de novo e buscam os melhores termos, ele tem *clustering*? não tem? Como é que se define mercado relevante? Caíram as barreiras de entrada nos últimos tempos. Será? Evidentemente isso já foi falado várias vezes, e eu vou abordar rapidamente, múltiplos principais. O principal é o jargão de teoria dos contrastes para múltiplos reguladores. A resenha olha para a metodologia, olha para a teoria, quais são as razões para a adaptação, as razões teóricas.. Há alguma evidência empírica de casos e lei e que foi feito em outros lugares. São só exemplos do que a literatura já estimou do ponto de vista empírico. É chover no molhado aqui só para lembrar uma coisa que foi dita: que eu acho que não difícil exagerar a importância, a diferença entre concentração e poder de mercado. Essa é a confusão que já foi levantada – é importante ressaltar aqui. Primeiro, achamos que aumento de concentração, que na realidade não é nem condição suficiente nem necessária para aumento de poder de mercado, nós usamos meio como condição necessária, porque é um jeito barato de fazer um *screening* em coisas que evidentemente não são anticoncorrenciais. É barato, enquanto isso aqui é caro. Eu acho que o pessoal da SDE, da SEAE e do CADE sabem muito melhor do que eu que é caro fazer isso. E as defesas e remédios? Essas coisas que estão em vermelho aqui são coisas que a resenha conclui que são razoavelmente especiais no setor bancário. Eu vou tentar passar uma por uma. Para a definição geográfica de mercado, por exemplo, eu vou usar o caso norte-americano, que tem uma desvantagem, é evidente: a indústria bancária norte-americana é muito diferente da nossa, por outro lado é onde há experiência, então é preciso olhar às vezes de forma diferente. Já me disseram assim: não adianta você olhar numa sala clara na qual você sabe que não está o seu objeto de análise. Mas eu prefiro olhar ali do que numa sala escura, onde eu não vou conseguir ver

nada para começar. A razão é normativa, na realidade, a preocupação do ponto de vista de proteção não é nem uma preocupação de bem-estar no sentido de ciência econômica; é a preocupação com o tipo de tomador. Porque eu acho que os norte-americanos fazem isso: se preocupam com bens específicos, principalmente com as firmas pequenas e depois com pessoas físicas. E a razão é que são estes que dependem de crédito bancário basicamente. As firmas grandes ainda têm alguma opção de ir para o mercado de títulos ou para o mercado de *equity*.

Talvez isso no Brasil seja menos relevante, porque o mercado de dívidas e ações no Brasil é pouco desenvolvido, e as firmas grandes também precisam de crédito bancário. Isso ainda é relevante. Na realidade, a literatura diz que sim, na literatura empírica a melhor evidência é que sim, e eu vou passar rapidamente, pois não tenho tempo para ir um por um.

Mas a verdade é que, sim, você em São Paulo não vai demandar serviços bancários no Rio de Janeiro enquanto firma pequena ou enquanto pessoa física; uma grande corporação talvez. Quanto à dimensão produto, à tecnologia de consumo, há economia de escopo no consumo? Evidentemente há! Ninguém precisa estimar isso; é só cada um de nós fazer um exercício de introspecção para perceber que, quando você precisa de algum serviço bancário, você reluta muito em ir ao mercado e procurar o mais barato, que é o que o Marcelo colocou aqui, há um custo de troca. Ou seja, há *clustering*. Se há *clustering*, então a razão de defesa da concorrência que eu acho importante, com um *clustering*, é que eu posso pegar uma medida que seja homogênea, por exemplo depósitos, e calcular concentração pré e pós-fusão olhando para depósitos, alguém pode dizer assim: “Não, mas o importante é cheque especial, o importante é conta garantia. Por que você está olhando para depósitos? Porque se há *clustering*, as coisas em média são consumidas juntas, então calcular um aumento de concentração baseado em depósitos, que é uma medida razoavelmente homogênea, muito mais que empréstimo, porque empréstimo é diferente de risco. Em vez de risco, eu tenho uma medida imperfeita como qualquer outra medida que qualquer economista apresente para qualquer pessoa, porém é uma medida barata e potencialmente pega o aumento de concentração em todos os outros produtos bancários, principalmente se nós definirmos pessoa física e firmas pequenas; no caso das grandes é outra coisa. Então, deixa eu só dar um exemplo aqui: o DOJ usa uma regra diferente para o setor bancário do que para outros setores. Então, é da regra do 1.800.200.20. A regra normal é 1.850; é um aumento de 50 no

índice de Herfindal pra ultrapassar o primeiro *screaning* para dizer assim: índice pós-fusão de pelo menos 1.800? O mercado normal seria 1.850. Por que 200 no mercado bancário? Porque há a percepção de que o Banco concorre com outras instituições financeiras, de que Banco comercial concorre com, por exemplo, as associações de crédito ou Thrift Institutions, que são as associações de recrutamento de poupança. E o 200 é porque se considera localmente mas pode haver alguma substituição geográfico para lugares longes; e o 20 porque na conta do total de depósitos se inclui 20% dos depósitos feitos em Thrift Institution, porque há a percepção de que um Banco comercial concorre com outras instituições financeiras. De alguma maneira, na regra de *screaning* isso é levado em conta.

O FED já usa uma conta um pouco diferente, dá um pouco mais de importância às Thrift Institution. Eu já tentei interpretar muito isso, mas hoje em dia sou mais cético. Eu achava que era uma coisa de economia política, que o regulador está mais preocupado com a estabilidade e o outro mais com a concorrência. Então, evidentemente, se calcularmos assim, a chance de passar no *screaning* para análise é menor, porque os depósitos de poupança, 50% deles, entramo mercado já começa menos concentrado. Se você passa no *screaning*, há alguma análise detalhada, e nessa análise detalhada o tipo de cliente, a definição de mercado relevante, não é necessariamente pessoa física e firma pequena, mas vão variar produtos caso a caso como nós esperaríamos. Então, citando alguns exemplos de diferentes fusões e tipos de coisas que foram analisadas em cada fusão, notamos que barreira de entrada é uma coisa muito importante no setor bancário; há barreiras de entrada regulatórias, o que é especial do setor bancário, há essas barreiras na entrada que são assim, que é o Citibank nunca vai quebrar. Então, o meu incentivo como entrante diminuiu porque eu sei que não vou conseguir deslocar esse concorrente porque o regulador nunca vai deixar ele quebrar; essa é uma barreira à entrada. (Barreiras) tecnológicas não específicas ao setor bancário. A evidência na literatura não é muito favorável a grandes economias de escala em Banco. E há as famosas barreiras à entrada informacionais, que o Marcelo citou um pouco *en passant* por conta do tempo, que é: eu entro no mercado e eu vou ser agressivo no apresamento, vou fazer um crescimento orgânico para recrutar clientes bancários. Nós achamos que o Banco estrangeiro que entra no Brasil faz isso para recrutar quais clientes, os bons ou ruins? Isso é um chute. Os ruins, evidentemente.. Então, os clientes que têm incentivo para sair do seu próprio Banco são os piores, o que aumenta a barreira informacional, e essa é uma coisa bastante específica ao setor bancário que deve ser levada em

consideração quando você pensa em guia. Há os defeitos coordenados, e isso não é tão específico. O que é específico em defeito unilateral é o fato de que os concorrentes não fundidos provavelmente não responderiam de maneira muito agressiva a alterações de preços postos, e a razão pela qual isso ocorre é a mesma por trás da barreira informacional, ou seja, que você vai recrutar os piores clientes se você é muito agressivo.

Eu vou passar de novo rápido por isso. É uma coisa importante principalmente no mercado brasileiro, em que a expansão e a contração do mercado são importantes, porque no mercado em expansão você espera que vá haver entrada. Então, de novo voltando um pouco ao dissenso aqui na mesa, o fato de que o mercado brasileiro não é muito concentrado precisa ser corrigido por tamanho de mercado: mercados maiores tendem a ser menos concentrados por natureza, e quando o mercado vai aumentando, isso justifica a entrada. Então, no caso geral, entrada e competição aumentam com o tamanho do mercado. Isso é uma coisa meio estabelecida.. Os efeitos são assim: na realidade o mercado aumenta, tem entrada para o mesmo regime de concorrência, a concorrência aumenta e pode mudar o regime de concorrência. No mercado bancário você tem custo “afundado”, esse é um jargão que eu não vou ter tempo de explicar, mas quer dizer que, para entrar no mercado bancário, muito provavelmente a sua agressividade não vai ser recompensada, porque você vai recrutar os piores clientes; são variações sobre o mesmo tema. Então, deixa eu só dar uma olhada assim factualmente: é comum a contestação? Se você pegar os dados americanos entre 1989 e 1995, há algo em torno de 9 mil fusões, que é um número brutal. O mercado norte-americano é especial pelas barreiras à entrada locais: há 43 contestações, que é um número ridículo. E qual é a previsão para o Brasil? Quanto a essa parte aqui, se haveria mais aumento, mais análise, mais fusões que passariam no *screening*, o contato multimercado no Brasil é maior do que nos Estados Unidos. O que eu quero dizer com isso é o seguinte: grande parte dessas fusões norte-americanas era entre Bancos que não participavam dos mesmos mercados relevantes locais; já no Brasil sabemos que isso provavelmente em média não vai ser verdade, porque se o Unibanco for comprado pelo Bradesco, eles provavelmente vão ter muita intersecção de mercado local, então é por isso eu não quero entrar no debate sobre se o mercado é mais ou menos concentrado ou menos concorrencial; eu acho que haveria mais *screening*, mais passagem do simples aumento de concentração para a fase de análise.

Eu vou passar rapidamente para uma coisa muito específica do setor bancário, que é a defesa da firma falida, que é aquela coisa, se vai quebrar mesmo, então a concentração aumentaria de qualquer maneira, e não é tão ruim adquirir essa firma. Essa é uma coisa que é bem diferente do setor bancário, e seria de se esperar, porque eu gosto de citar isso aqui, e certamente o legislador norte-americano encara o setor bancário de maneira especial aqui. Eu gosto dessa frase, porque um Banco, se quebrar, é um pouco diferente de se quebrar uma fábrica de sapato, porque há possibilidade de corrida bancária. Então, é uma defesa que, como os americanos dizem *flies*, mais no setor bancário do que em outros. Eu vou encerrar porque já estourei o meu tempo provavelmente. Então, só para resumir, quanto aos principais pontos de adaptação – mercado relevante e aumento de poder de mercado, barreiras à entrada, efeitos colaterais e expansão de mercado – há muitos casos brasileiros porque o mercado brasileiro tende a se expandir, e as defesas informacionais, que eu não citei mas estão no trabalho, e principalmente firma falida são coisa que devem ser adaptadas para o setor bancário.

Só para terminar, eu queria fazer uma propaganda, eu trabalho num lugar que é muito associado à formação de política macroeconômica no País, a PUC/RJ, e não é a toa: entre 1985 e 2002 o departamento cedeu dez diretores e cinco presidentes de Banco Central. A despeito disso, nos últimos quatro anos, devido à mudança na agenda do País, e à mudança na preferência da profissão, o departamento contratou nove jovens doutores, oito deles microeconomistas ou microeconometristas – e três deles em organização industrial. É só para dizer assim: “Yes, I have macroeconomics”. Obrigado.

Análise de Atos de Concentração Horizontal no Setor Bancário
João Manoel Pinho de Mello (PUC-RIO)

Pergunta

- Atos de concentração (horizontal) devem ser tratados de forma diferente no setor bancário?
- Pano de fundo: problemas informacionais como *raison d'être* da existência de intermediação financeira (bancos)

Cronograma da apresentação

- Quais as vicissitudes da análise de atos de concentração (horizontal) no setor bancário?

Por que é mais complicado?

- O arcabouço
- O que é específico ao setor bancário?
O que não é específico mas se sabe para o caso do setor bancário?
- Conclusão

Atos de concentração bancária: por que é complicado?

- Antitruste em mercados regulados
Preocupação de estabilidade
- Regulação e desregulamentação
Basileia 2: muda algo para antitruste?
Queda de Barreiras Regionais

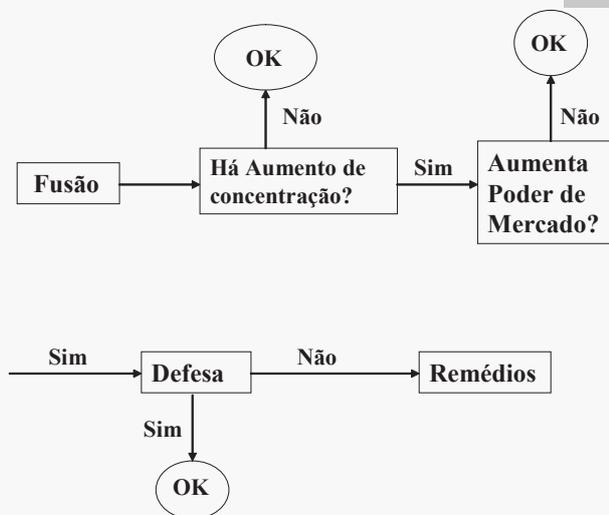
Por que é complicado?

- Mudança tecnológica
Definição de mercado relevante: ainda local?
Definição de mercado relevante: *clustering* ainda relevante?
Caíram as barreiras à entrada?
- Múltiplos principais
Regulador bancário vs. autoridade de defesa da concorrência: funções objetivo (potencialmente) diferentes
Estabilidade vs. concorrência

Metodologia

- Teoria: quais as razões teóricas?
Problemas informacionais
Estabilidade
Economias de escopo no consumo
- Evidência empírica 1: olhar diretamente lei, doutrina e casos
Benefício: é o que ocorre de fato. Custo: foco excessivo no caso norte-americano. Estrutura de mercado diferente da brasileira
- Evidência empírica 2: testes diretos da teoria
Exemplo: economias de escala e escopo
Estimação de elasticidades cruzadas

O Arcabouço: Atos de Concentração



O Arcabouço

- Há aumento de concentração?
 - Definição de mercado
 - Medida de concentração relevante
- Há aumento de poder de mercado?
 - Por mercado e produto
 - Mudança do regime de competição
 - Barreiras à entrada
- Defesas
 - Eficiência de Custos Clássica / Eficiência Informacional
 - Firma falida
- Remédios
 - Proibição
 - Divestiture*

Há aumento de concentração?

- Dimensão geográfica: pré-definida no caso norte-americano
Local: MSA (urbano) ou condado (rural). US vs Philadelphia National Bank (1963)
Considerações normativas: preocupação com clientes específicos (firmas pequenas e pessoas físicas)
Dependem mais de empréstimos bancários

Brasil: menos relevante. Pouco desenvolvimento do mercado de dívida e ações.
Firmas grandes dependem muito de crédito bancário

Há aumento de concentração?

- Local: ainda relevante?
Firmas pequenas. Caso brasileiro?
Ellihausen e Wolken (1990, 1999): evidência favorável. Petersen e Rajan (JF 2002): evidência contrária
Fato curioso: usam dados muito similares! PR: SSBF 93, EW: SSBF 87, 93 e 98
De Mello (2004): em 1998, para 88% firmas principal instituição financeira localizada na mesma MSA ou condado. 92% em 1987

Indivíduos

Amel e Starr (2002) 90% dos depósitos à vista e poupança ainda eram adquiridos localmente em 1998. 93% em 1989. SCF

Há aumento de concentração?

- Dimensão produto: Tecnologia de consumo
Há economias de escopo no consumo?
Clustering?
US vs Philadelphia National Bank (1963). Ainda relevante?

Há aumento de concentração?

- Amel e Starr-McCluer (AB 2002)
Evidência que clustering deve ser redefinido de forma mais restrita
Usam Survey Data (Survey of Consumer Finances)
- Kwast, Starr-McCluer e Wolken (1998)
Alguma evidência de diminuição de clustering para firmas pequenas
Também usam Survey Data (Survey of Small Business Finances)

Há aumento de concentração?

- Cynrak e Hannan (AB 1999): evidência indireta de relevância de clustering.
Usam o dados de empréstimos do CRA (Community Reinvestment Act)
Mostram que medidas de concentração baseadas em empréstimos não têm melhor desempenho que medidas baseadas em depósitos para explicar taxas de juros nos empréstimos para firmas pequenas

Há aumento de concentração?

- Medida de concentração: Depósitos?
Depende da suposição de clustering para ser usada como proxy para mercado de crédito.
Para serviços de depósito ainda é uma boa medida
Amel e Hannan (AB 2000): estimam diretamente a elasticidade de demanda cruzada entre poupança e depósitos à vista. Baixa elasticidade (0.20)
Só bancos comerciais? DOJ usa, evidência empírica contrária
Entrantes não comprometidos

Há aumento de concentração?

- EUA, DOJ: Regra Depósitos, 1800/200/20, MAS ou condado
HHI depois da fusão de pelo menos 1,800
Aumento de HHI de ao menos 200
HHI calculado usando 20% dos depósitos em thrift institutions
- Outros setores: 1800/50

Há aumento de concentração?

- Suposição crucial: clustering
Por que 200 ao invés de 50?
Competição de instituições não bancárias e bancos afastados
Por que /20?
Thrift institutions são competidores próximos
- FED: /50. Por que a diferença?
FED acredita mais em clustering

Há aumento de concentração?

- FED: 1800/200/50
A discordância vem, provavelmente, das diferentes funções objetivo dos dois órgãos
Discordância quanto ao clustering.
Diferentes funções objetivo podem também se alinhar. Caso brasileiro: ajuda aos bancos médios (Ontém Valor Econômico).

Há aumento de poder de mercado?

- Análise detalhada
Produtos relevante e clientes mudam caso a caso
Society-Ameritrust, First Hawaiian-First Interstate of Hawaii e Comerica-Manufacturers National: empréstimos para capital operacional, firmas pequenas
Bank of America – Security Pacific: empréstimos de capital de giro para firmas médias.

Há aumento de poder de mercado?

- Barreiras à entrada: entrantes comprometidos?
Regulatórias
Requerimento de capital
Muito grande para falir? Percepção de segurança
Tecnológicas: escala
Informacionais: Seleção Adversa. Della Riccia (EER 2001), Pagano e Japelli (JF 1990)

Há aumento de poder de mercado?

- Efeitos coordenados
Redução no números de competidores facilita conluio
- Efeitos unilaterais
O banco resultante pode aumentar unilateralmente seus preços para os tomadores.
Competidores não responderiam
Assimetria informacional inter-bancos
Não há entrantes não comprometidos

Há aumento de poder de mercado?

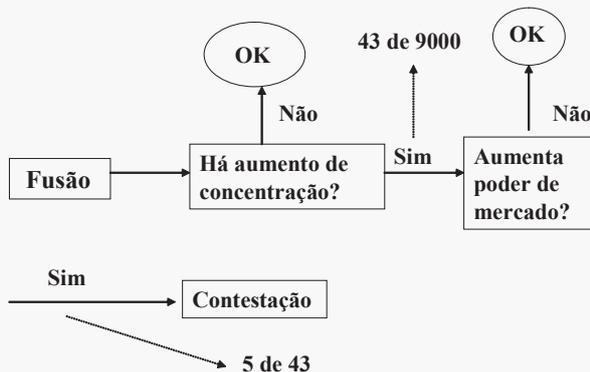
- Exemplo interessante: efeitos unilaterais
Society-Ameritrust e Comerica-Manufacturers National
Mesmo aumento do índice de Herfindhal
Decisões opostas
Expansão recente da capacidade outros incumbentes no Comerica-Manufacturers

Há aumento de poder de mercado?

- Expansão ou Contração do Mercado. Litan (DOJ 1994)
Competição aumenta com tamanho do mercado
Caso Geral: Bresnahan e Reiss (JPE 1991)
Bancos: Custos Afundados Endógenos: BR não se aplica necessariamente. Sutton (1991) e Dell'Ariccia (EER 1991)
Brasil: provavelmente muito relevante

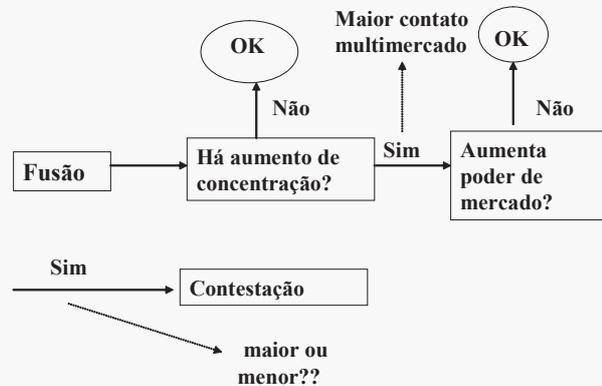
Há aumento de poder de mercado?

- Contestação é comum? 9000 candidaturas de fusão entre 1989 e 1995, nos EUA



Há aumento de poder de mercado?

■ Cenário no Brasil?



Defesas

- Eficiência de custos clássica
 - Economias de escala e escopo: pouca evidência empírica, especialmente para mega fusões (Berger e Humphrey (1992))
 - Alguma evidência de diversificação
 - Escala pode piorar o desempenho conforme o tipo de tomador. Stein (JF 2002) e Berger, Miller, Petersen, Rajan, Stein e Udell (2004)
 - Eficiência-X: fora da fronteira de produção Alguma evidência (Berger e Humphrey (1992)). Caso brasileiro: compra de bancos públicos, Costa e Nakane (2004): evidência indireta

Defesas

- Eficiência informacional
 - Poder de mercado pode ajudar alguns tomadores (firmas pequenas e indivíduos). Petersen e Rajan (1995)
 - Mas estrutura bancária influencia esse efeito (Berger et al sup cit e De Mello (2004))
 - Caso brasileiro: há quão relevante dado tamanho dos bancos?

Defesas

- Firma falida: geral
Concentração aumentaria de qualquer forma
Doutrina: Supreme Court em Shoe Co. vs FTC (1930). Iminência de falência
- Há outra solução menos anticompetitiva?
Doutrina: Supreme Court em Citizen Publishing Co. vs United States (1969)

Defesas

- Firma falida: especificidades teóricas do setor bancário
Estabilidade Estrutura de Mercado e Competição
Competição: substituto ou complemento? Keeley (ERA 1990) vs eficiência
Concentração: substituto ou complemento? Diversificação de risco vs propagação de choques. Restrição ao número de agências.

Defesas

- Firma falida: especificidades documentadas
Lei, doutrina e casos no setor bancário
Convenience and needs defense. Lei: Bank Merger Act
Doutrina: United States vs Third National Bank in Nashville (1968):
“... Congress seems to have felt that a bank failure is a much greater catastrophe than the failure of an industrial or retail enterprise ...”

Defesas

- Um exemplo interessante: venda, pela FDIC, dos ativos do falido Bank of New England para o Fleet/Norstar
Conflito entre os três reguladores, DOJ e FDIC/FED

Remédios

- Proibição/Litígio
Raramente adotada
DOJ em Bank of New England-Fleet/Norstar
- Divestiture
Venda de agências nos mercados locais onde há efeitos anticompetitivos
Venda da “marca”: Compra do *First Interstate of Hawaii* pelo *First Hawaiian*
Desejável que seja para um competidor de fora, se as agências vendidas têm escala suficiente

Conclusões

- Principais pontos de adaptação
Mercado relevante
Clustering
- Aumenta poder de mercado?
Barreiras à entrada
Efeitos unilaterais
Expansão de mercado
- Defesas
Eficiência informacional
Qualificado para efeito do tamanho do banco
- Firma falida

■ Cristianne Saccab Zarzur

Muito obrigada doutor João. Nosso próximo palestrante é o doutor Marcos Cavalcante.

■ Marcos Cavalcante de Oliveira

Enquanto ele coloca a apresentação na tela, eu gostaria de dizer que estou aqui com temor e tremor diante dos senhores e senhoras, primeiro

porque eu não sou economista, não sei falar desses índices, desses “agás” e não estou habituado com os jargões dessa matéria. E segundo porque, embora eu seja advogado, nunca atuei na área da concorrência. Eu sou um bicho meio híbrido, eu sou advogado de formação, atuei na área jurídica a maior parte da primeira etapa da minha vida dentro do departamento jurídico de um Banco – dois Bancos a rigor, um deles estatal –, e depois passei algum tempo aperfeiçoando a minha formação no exterior, voltei e durante doze anos atuei como diretor de produtos e de marketing de rede de agências, de planejamento estratégico, de controle, de gestão de riscos, e nos últimos anos eu voltei para o departamento jurídico. Então eu não tenho condições aqui de lhes trazer uma apresentação que use os jargões de concorrência, mas trago algumas provocações que talvez possam ser úteis para os senhores e senhoras que são especialistas no assunto refletirem.

Já se falou aqui bastante sobre informação, custo de troca, mas eu ainda assim vou insistir na questão da diferença, porque eu vejo uma diferença, sem descartar a questão da informação e do custo de troca, um outro fator de que normalmente não damos conta porque é algo que flui na nossa mão – de tal maneira que é meio como o ar, nós respiramos e não percebemos que existe, só percebemos quando ele falta –, que é a moeda.

O que caracteriza o sistema financeiro é que ele cria a moeda, é o ambiente onde a moeda é criada e circula, e ele faz isso pelo instrumento do crédito; não há moeda sem crédito. A arqueologia consegue achar lá moedas que eram conchas, moluscos etc. Isso passou. A nossa sociedade hoje vive num ambiente em que a moeda é intrinsecamente ligada ao crédito, e isso é do sistema financeiro. E a moeda e o crédito são os meios pelos quais a riqueza nacional é estocada.

A atividade real é que cria a riqueza, mas a atividade financeira é que estoca a riqueza da sociedade. Esses números são do PIB de 2005. Desse PIB, se somarmos os diferentes agregados monetários, chegaremos a algo pouco abaixo de 70% da riqueza do país estocada em agregados monetários, em moeda, dos quais cerca do mesmo PIB (62/63%) depende umbilicalmente do correto funcionamento do direito das obrigações. Então, o crédito acaba sendo um instrumento que liga aquelas atividades empresariais que são bem-sucedidas e geram excedentes àquelas oportunidades de investimento que precisam de capital para poder se estabelecer ou expandir. E isso faz que todos os mercados financeiros e de ativos reais da economia tenham uma interligação cujo vínculo, o elo condutor, é a moeda. Essa nota que saiu no *Valor Econômico* estava especialmente bem escrita e por isso eu guardei. O

que ela está reportando provavelmente não vai dar para ler, e mesmo que desse não ia gastar o tempo aqui nisso, mas o que ela está dizendo é que naquele dia, na véspera, a GM tinha anunciado que a expectativa de lucro dela iria cair por que ela não tinha conseguido implantar um bem-sucedido programa de reação à Toyota, que estava entrando no mercado americano e comendo vendas de compradores, de consumidores que antes compravam carros da GM. E ao anunciar que o lucro dela ia cair, ela provocou um movimento de venda de ações dos fundos de pensão e das pessoas que detinham ações da GM, porque se a empresa vai dar menos lucro o papel vale menos, e isso fez que caísse a cotação, a rentabilidade dos grandes gestores de fundos, e num mercado em que esses gestores de fundo são remunerados pela rentabilidade da sua carteira, eles precisavam apropriar nos seus balanços ganhos tais que compensassem as perdas com a GM, e naquele momento eles encontraram a chance de ganho vendendo títulos da dívida pública brasileira. Assim, a Toyota, ao roubar mercado da GM nos Estados Unidos, causou o aumento da taxa de juros no Brasil. Esse é o sentido dessa nota. Isso é a interligação de mercados, que cruza barreiras e não tem nada que ver com o poder que o Banco Central tenha para discutir qualquer coisa do que acontece, ou do que o CADE tenha para discutir sobre o que acontece dentro do Brasil.

Uma outra coisa sobre a qual eu queria provocar a reflexão dos senhores e que felizmente foi um ângulo que ainda não foi abordado aqui, é: quem é que tem posição dominante no mercado financeiro brasileiro como tomador de crédito? Sessenta por cento de todo o crédito concedido no Brasil é dado para a União Federal, mais dez por cento é dado para os Estados e Municípios (não está nessa conta a dívida que os Estados e Municípios têm para com a União, pois isso não passa pelas contas do sistema financeiro). Sobra para o setor privado 1/3 do volume total de crédito na economia. Só para compararmos isso, para se ter uma idéia, o governo federal americano tem apenas – e esses números são de setembro de 2006, depois de todo grande endividamento que o Bush está fazendo para a guerra no Iraque – 17% do crédito concedido na economia americana. Então, numa situação como essa podemos dizer: Ah! mas pode haver o domínio pelo lado da oferta do crédito. Olhando o lado de cá, vejamos essa pizza aqui primeiro. Os Bancos controlados pela União e pelos Estados, e aí nós estamos falando basicamente de quatro Bancos – Banco do Brasil, Caixa Econômica, Nossa Caixa e Banrisul; tem mais um outro pequenininho, mas que não é expressivo no volume – concedem 1/3 do crédito concedido no Brasil; os estrangeiros mais 23%, e os privados nacionais, 40%. Ah! mas serviço financeiro não é só crédito, é também meio de pagamento, cartão de crédito etc. Novamente, as instituições controladas pela União e pelos Estados

detêm 44% dos serviços financeiros medidos aqui como quantidade de agências, e acreditem: ninguém abre agências se não tiver mais ou menos um certo padrão de volume de negócios, de serviços prestados por aquela agência: 18% tem os estrangeiros, e os privados nacionais tem 38%.

Uma outra coisa ligada à concorrência é a questão do acesso. Normalmente as discussões de atos de concentração surgem nas discussões das fusões, das aquisições, e coisas do gênero, mas não é demais lembrar que, além do artigo 18 e toda a discussão que há – e eu não vou entrar aqui na polêmica entre o parecer da AGU, artigo 18, lei complementar, não é isso –, eu quero chamar a atenção para a coisa como funciona na vida real. Na vida real, a lei confere ao Banco Central o poder de decidir se a instituição pode ou não funcionar no Brasil. Eu não posso levar à Junta Comercial a ata de constituição de uma sociedade destinada à intermediação financeira sem antes tê-la aprovado no Banco Central; eu não posso decidir onde é a minha sede nem colocar a agência sem ser previamente autorizado pelo Banco Central, e eu não posso fazer nenhuma modificação seja na companhia seja nas minhas unidades comerciais sem o controle do Banco Central. Muito bem. Além disso, eu fui diretor de instituição financeira desde 1986, e ano após ano eu tive que preencher um cadastro, um formulário e a cada ano que eu era reeleito o Banco Central tinha que reaprovar a minha indicação e a minha eleição para ser diretor do Banco Central. Significa que o controle da conduta do setor financeiro é feito pelo Banco Central não apenas genericamente nas condições gerais de estrutura do mercado, mas também na própria aprovação dos nomes, do caráter, da integridade profissional, técnica, ética de quem senta no cargo de dirigente da instituição financeira. Se ele faz isso com maior ou menor rigor é uma discussão do mérito do ato administrativo, mas não do arcabouço legal que permite ao poder público dominar, controlar ou interferir nas condutas desse mercado. Também é dado ao Banco Central, que é uma autarquia da União, fiscalizar as instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas. Isso parece meio vago, mas eu vou contar alguma coisa que talvez aqueles que não tiveram a chance de trabalhar ou no Banco Central ou numa instituição financeira não tenham idéia de como acontece, e posso falar, é público, não estou violando nenhum segredo comercial, nenhum dever de confidencialidade. Os grandes Bancos, como Bradesco, Itaú, Unibanco – não sei o que acontece no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica –, mas certamente nos grandes Bancos privados temos permanentemente entre 70, 80 a 100 inspetores do Banco Central sentados em diferentes unidades administrativas nossas examinando diferentes documentos e informações nossas – eles têm as senhas para entrar

nos nossos sistemas e obter qualquer informação que desejam, e eles exercem esse poder. Eles não decidem o que nós fazemos, eles sentam muitas vezes nas nossas reuniões de comitês, de Conselho de Administrativo, de Diretoria, de comitê de auditoria, comitê de risco, eles não dizem faça ou não faça, mas eles opinam depois e dizem: você vai ter que fazer mais provisão porque essa sua decisão foi errada, e a provisão é um dos maiores castigos que o Banco Central pode impor a um Banco. Então, a fiscalização existe, ela opera, está presente nas macro e microdecisões. Evidentemente que não consegue saber tudo, e ele muitas vezes leva a bola no meio das pernas e papa frango mesmo, como várias quebras de Bancos em que houve fraude evidenciam, porque qualquer processo de fiscalização e auditoria é por amostragem, e sendo por amostragem é uma corrida permanente de gato e rato. Ele exerce o controle do crédito sobre todas as forças dizendo que crédito pode ser dado, que crédito não pode ser dado, e ele faz isso no agregado ao estabelecer as regras mas ele faz isso entre aspas também no varejo.

E eu quero chamar aqui a atenção sobre o varejo. Quando eu era diretor de riscos, houve um momento em que o supervisor do Banco Central chegou e disse: olha, você tem aqui tantos reais de crédito para essa empresa que está com este nível de provisão. Eu não posso te dizer, mas eu sei que essa empresa em outros Bancos tem mais crédito tomado, e os seus concorrentes têm mais provisão proporcionalmente para este cliente do que você. Quero que você faça provisão adicional. O que ele está dizendo: não dê crédito para essa empresa, ou se der, dê com mais cautela. E eu tive que discutir com ele porque a nossa classificação era correta e eu não sei, não me cabe opinar porque que os outros classificaram diferentemente a provisão deles. E uma outra coisa é a imposição de recolhimentos compulsórios. Eu vou falar um pouquinho sobre isso. Compulsório o que é? De cada real depositado no Banco, um certo percentual pode o Banco Central determinar que seja recolhido ao Banco Central com ou sem remuneração, dependendo das circunstâncias. No Japão isso é zero, nos Estados Unidos a taxa 1,9% , isso aqui é um estudo da Mackinsey , é o último que eu consegui, de 2003, eu não tenho o número mais recente, não sei de mudou de 2003 para cá. O número do Brasil ainda está correto, dos outros países eu não tenho certeza, era zero no Japão, 0,2... está aí, os números estão aí, 33% no Brasil. Evidentemente, se do volume que eu capto eu tenho que deixar um pedaço esterilizado no Banco Central, eu tenho que cobrar mais caro do pedaço que eu posso emprestar para poder obter a rentabilidade, e vou tentar mostrar um pouco isso. Vamos supor que o Banco capta R\$ 1.000,00 de uma PJ – esse exemplo eu calculei há dois meses, graças a Deus, o número está

alto demais agora –, pagando 15% ao ano, e que ele não tenha compulsório, e que possa, portanto, emprestar R\$ 1.000,00. É o que está lá em cima, e que ele quer ganhar apenas 15% líquido no ano, bem longe do cheque especial. Quanto ele tem que cobrar? Então, o investidor aplica R\$ 1.000,00, e o Banco empresta R\$ 1.000,00. Para ele ganhar esse 1%, zero de compulsório, ele vai ter que pagar para o investidor R\$ 1.150,00 porque são os 15% que ele está pagando. Nesse mundo, na verdade, ele vai ter cobrar R\$ 1.293,00, porque ele paga 25% de Imposto de Renda, 9% de Contribuição Social, 4% de Cofins, 0,28% de PIS, 1,5% de OC. Sobre o valor do pagamento que fizer, vai pagar a CPMF e vai pagar CPMF também sobre a tributação. Então, para que ele possa ter aquele 1% sobre o que ele está pagando lá, ou seja, para que sobre R\$ 11,50 ele faz a conta de trás para frente e ele tem que cobrar R\$ 1.293,00. Por sua vez, o tomador vai pagar 25% de Imposto de Renda, 9% de Contribuição Social porque é PJ, mais a CPMF na hora em que ele aplicou, mais a CPMF na hora em que resgatar ou creditar na conta e sacar para ele usar no negócio dele, e vão sobrar líquido para ele R\$ 90,00. O que isso aqui quer dizer? Que no espaço entre os R\$ 1.150,00, dos R\$ 1.000,00 do início do ciclo do empréstimo, R\$ 191,00 são gerados de impostos, R\$ 90,00 são pagos de remuneração ao investidor e R\$ 11,00 ficam de receita líquida para o Banco. O que significa que a cunha fiscal, a diferença entre o que o investidor recebe e o que o tomador paga, de 30%, 10% ficam para o investidor, 20% ficam para o governo e tira os quebradinhos, sobra 1% do lucro que era o que o Banco queria ter. Agora imaginem um mundo em que o compulsório efetivo seja de 15%. Esse mundo não é muito diferente do real, porque o 33% que eu mostrei antes tem uma parte remunerada, tem uma parte que não é, tem uma parte que é sobre o agregado – a fórmula é complicada, e eu estou simplificando um pouco a fórmula. Nesse mundo, o que acontece? Os mesmos R\$ 1.000,00 vão, mas como eu retenho R\$ 150,00 eu só empresto R\$ 850,00, e continuo tendo que pagar os mesmos R\$ 1.150,00, e continuo querendo ganhar R\$ 11,50. Para eu ganhar os R\$ 11,50, como eu tenho a cunha fiscal e eu estou emprestando sobre menos, eu tenho que cobrar mais; a diferença entre o investidor e o tomador subiu para 38%, dos quais 9% para o investidor, 28,75% para o governo na forma de tributos, R\$ 150,00 ficaram no Banco Central para diferentes finalidades e 1% ficou com o Banco. Se a gente acrescenta um índice de provisão que é isso, um índice de perda de crédito de 3%, que é um índice bem comportadinho, no Brasil a gente está girando entre 9 e 11%, aí o efeito é ainda maior, porque eu pego R\$ 1.000,00, empresto os mesmos R\$ 850,00, pago os mesmos R\$ 11,50, mas com a aplicação conjunta

de cunho fiscal etc. e mais a provisão, a diferença da taxa de juros aumenta ainda mais, ou seja, há a disposição da União. E aqui eu queria mostrar um conjunto de ferramentas – eu só estou dando dois exemplos para mostrar como é complexa essa operação – que influenciam diretamente a operação do sistema financeiro e a conduta e a própria estrutura desse sistema.

Moeda, crédito e juros então, só para resumir o que eu disse, definem a essência dos mercados financeiros tanto em termos de suas estruturas como nas condutas, no seu funcionamento. E essa tríade, essa santíssima trindade, cria um ambiente de extrema mobilidade para tudo aquilo que pode ser oferecido para satisfazer as necessidades monetárias das pessoas. E essa é uma outra característica sobre a qual eu gostaria de provocar a reflexão. É verdade, não dá para falar em mercado financeiro como um todo, mas também não dá para pensar em mercado como mercado financeiro da conta corrente, do cheque especial, porque há uma extrema fluidez nisso, há uma extrema facilidade de substituição de produtos.

Os agentes econômicos, e as pessoas físicas também consciente ou inconscientemente, mas especialmente os empresários da área comercial, industrial e financeira percebem as suas necessidades e as disponibilidades de recursos e atuam nisso com muita rapidez. O Banco concorre com outros Bancos, com cooperativas, e também com consórcios, e os consórcios são mecanismos de substituição do financiamento ao Banco e por aí vai. O poder de influência sobre o mercado financeiro e sobre a oferta de moeda no Brasil do financeiro de uma CSN, de uma Votorantin é muito maior do que o de 90% dos financeiros dos Bancos no Brasil, dado o volume de moeda, de crédito e de juros que eles têm na mão, e a característica do mercado, por exemplo, em que mesmo o Banco que não atua no varejo influencia o comportamento do varejo, por exemplo, nas operações de compra ou de venda. O que é isso? Eu dou o crédito para o empresário e ele refinancia diretamente o tomador do crédito. Então, o desafio que eu trago aqui é que temos que encontrar novas ferramentas, novas concepções de análise das estruturas que considerem a posição dominante da União nesse processo seja como formadora seja como fornecedora seja como tomadora de recursos, seja como reguladora, e que não esqueçamos de que o Banco Central não é um regulador qualquer, é o guardião do portal; ele interfere diretamente na operação como um todo. E aqui já falamos, outros já falaram, sobre essas questões: onde é mais fácil, economicamente mais eficiente fazer o controle da concorrência sobre isso. Obrigado.

12º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Concorrência e regulação no sistema financeiro

Algumas provocações

- O que faz o sistema financeira ser diferente dos outros setores?
- Até que ponto a experiência americana pode ser útil para nós?
- Quem tem posição dominante?
- Quem influencia as condutas?
- Que tipo de estrutura de controle faz mais sentido na realidade brasileira?

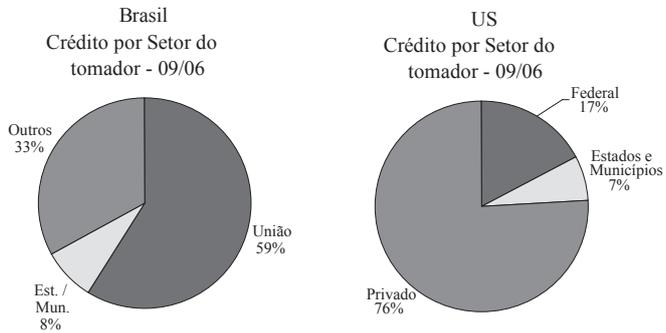
O que é que faz o sistema financeiro diferente?

- Moeda e Crédito
- A maior parte da moeda nacional é uma criação da atividade bancária
 - PIB do Brasil em 2005 = R\$1,917 trilhões
 - Base Monetária (papel moeda mais reservas bancárias) = 5,3% do PIB
 - BM + Depósitos à vista = 7,6% do PIB
 - BM + DV + depósitos a prazo, poupança e similares = 30,1%
 - BM + DV + DP + Fundos = 60,5% do PIB
 - Tudo acima + títulos públicos = 68,2% PIB
- Crédito é o elo de união entre os ganhos de produtividade das atividades bem sucedidas e as novas e promissoras oportunidades de investimento

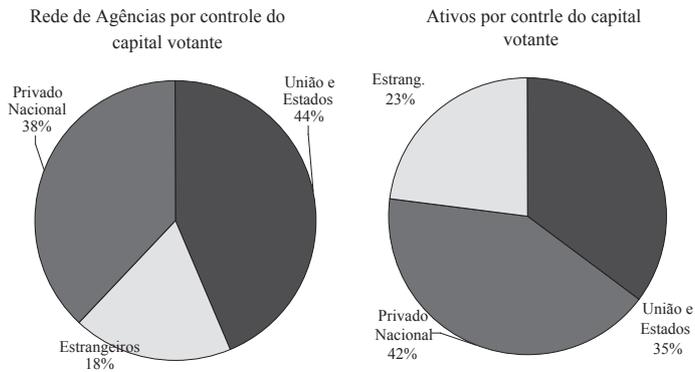
Fatores de interligação entre os mercados: Moeda, Crédito e Juros

- Valor Econômico, 17/03/2005

Quem tem posição dominante como tomador de crédito?



Quem tem posição dominante como fornecedor?



Quem controla o acesso de novas empresas aos mercados financeiros no Brasil?

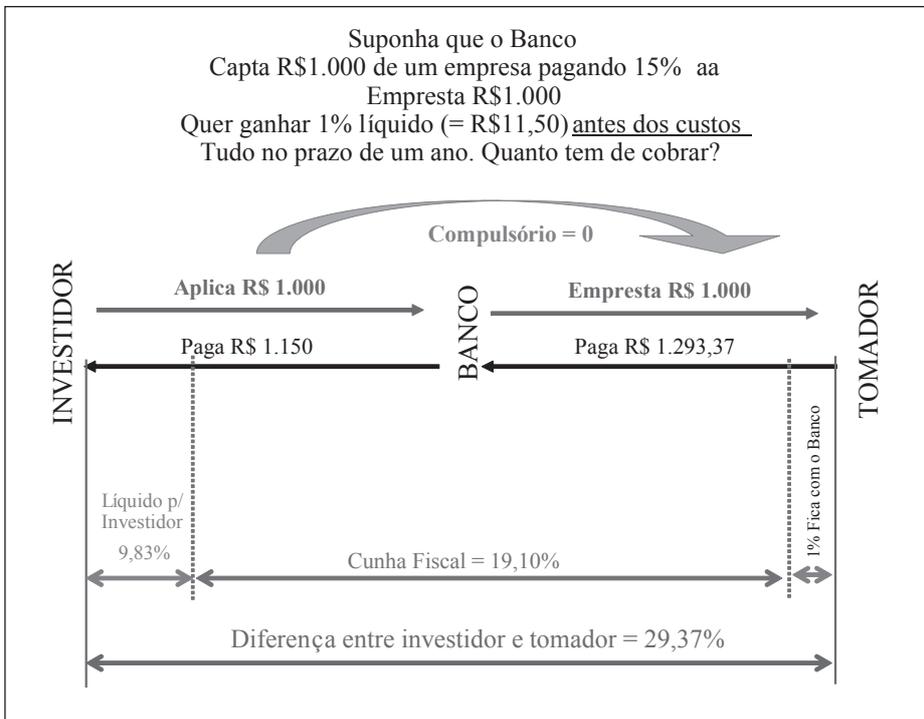
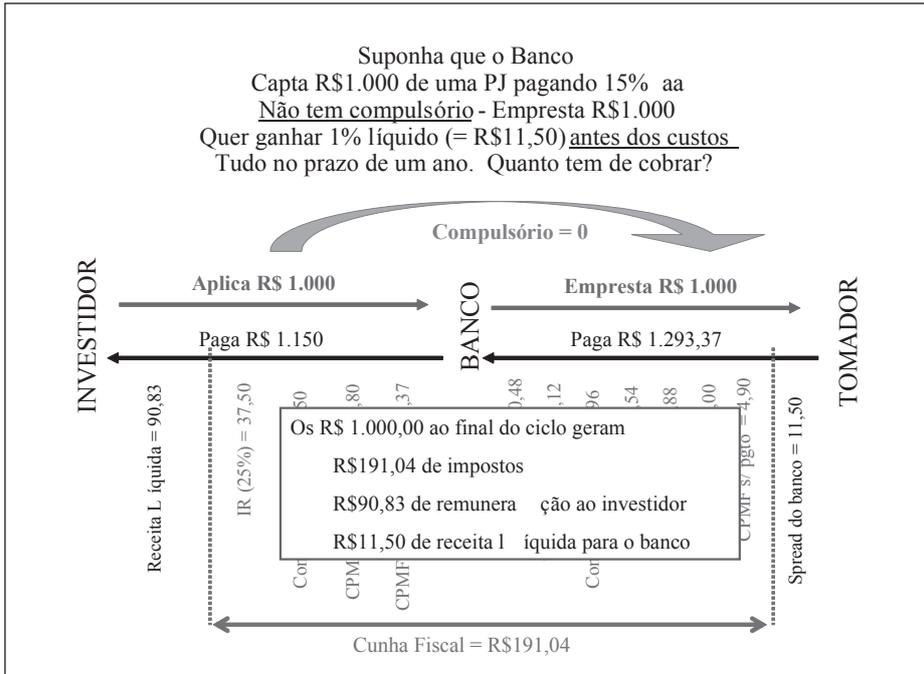
- Lei 4.595/64, art. 10 – Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:
 - X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:
 - a) funcionar no País;
 - b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
 - c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
 - ...
 - f) alterar seus estatutos.
 - g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

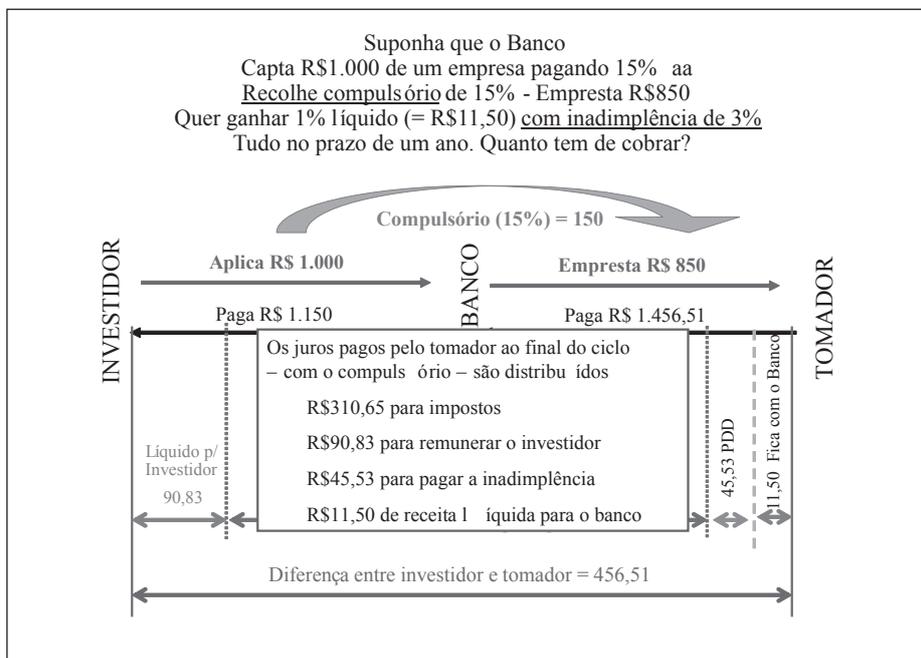
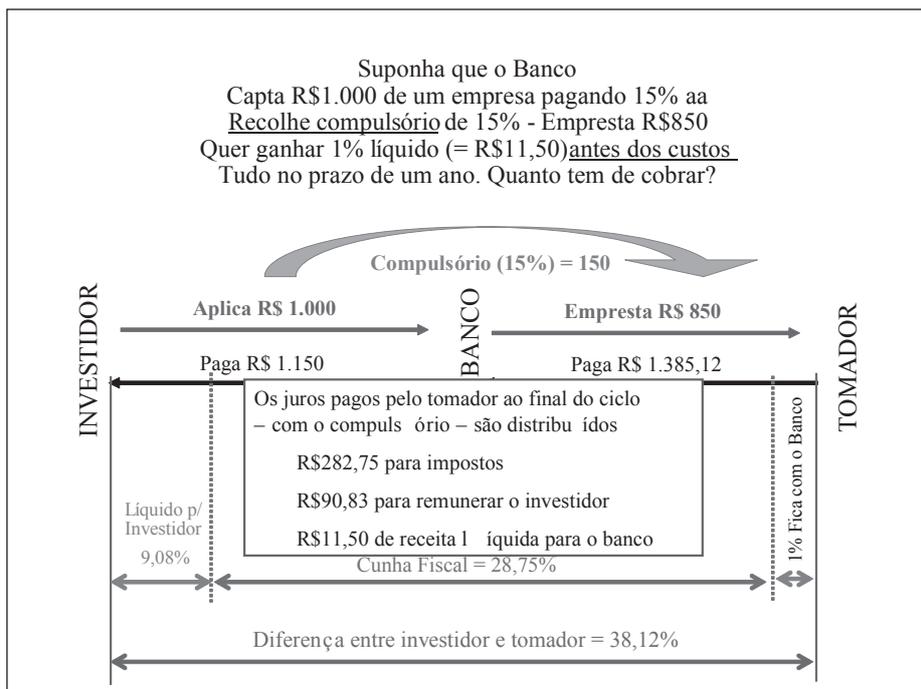
Quem tem maior influência sobre as condutas das instituições financeiras?

- Competência privativa ao BACEN para:
 - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes
 - Fiscalizar as instituições financeiras e aplicar penalidades previstas;
 - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;
 - Impor recolhimentos compulsórios

Depósitos compulsórios

- Banco Central do Brasil exigir depósitos compulsórios de até 100% sobre os depósitos à vista e até 60% sobre outros títulos contábeis
 - Custo efetivo dos compulsórios em 2003
 - Japão 0,0%
 - Canadá 0,2%
 - Reino Unido 0,3%
 - USA 1,9%
 - Brasil 33,0%
- Quanto maior o compulsório
 - Mais caro fica o crédito
 - Menor o seu volume





Só para pensar

- Moeda – Crédito – Juros
 - Definem a essência dos mercados financeiros
 - Condutas e estruturas
 - Criam ambiente de extrema mobilidade para tudo aquilo que pode ser oferecido para satisfazer as necessidades monetárias
 - Fluidez e substituição de produtos e agentes
 - Intra e entre mercados financeiros e reais
 - Conceito de produto é definido pela necessidade ou desejo que ele satisfaz
 - Tecnologia acelera os processos de comunicação

Só para pensar

- Desafio para que se encontrem novas concepções e ferramentas de análise das estruturas e condutas
- Posição dominante da União nos mercados financeiros
 - Fornecedor
 - Tomador
 - Regulador de estruturas e condutas
 - Necessidade de uma reflexão crítica ao se olhar sobre a experiência e doutrinas americanas

Só para provocar

- O Banco Central
 - Emite a moeda
 - Controla todo o ciclo de crédito = criação e destruição da moeda pelos bancos
 - Compulsórios e Cunha Fiscal são determinantes dos juros
- BACEN como “guardião dos portais” do mercado
- Direta influência do BACEN sobre
 - Quem conduz as instituições
 - Como as instituições são conduzidas
 - Aumento ou redução da assimetria de informação característica do mercado financeiro

Só para pensar

- Aumento das condições de competição nos mercados financeiros depende preponderantemente
 - Regulamentação determinada pelo BACEN
 - Compulsórios
 - Direcionamento do crédito
 - Carga Fiscal
- Que tipo de organização administrativa teria
 - Maior poder de entender as variáveis críticas à eficiência econômica deste setor?
 - Maior capacidade de influenciar o ambiente concorrencial no setor?

■ Cristianne Saccab Zarzur

Muito obrigada doutor Marcos. Doutor Daniel.

■ Daniel Goldberg

Em 1947, o então diretor da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos acordou de manhã, abriu o *Wall Street Journal* e viu uma grande emissão de capital, uma abertura de capital, de uma das grandes empresas da época que tinha sobrevivido à recessão de 1930; olhou no final do anúncio da abertura de capital e viu o símbolo do Banco de investimento que tinha sido responsável pelo *underwriting*, pela garantia firme da emissão de ações desse tal Banco, dessa tal empresa. Ele olhou no canto direito do jornal e viu um outro símbolo de um outro Banco que se dizia co-responsável pela emissão de ações dessa grande companhia, olhou no fundo do anúncio e viu outros três Bancos contratados pelos co-responsáveis pela emissão de capital dessa grande companhia. Duas semanas se passaram, ele abriu o jornal de novo, viu uma outra abertura de capital de uma outra companhia não tão grande, menor, com cinco outros Bancos com seus respectivos logotipos no fundo do anúncio do jornal e chegou à conclusão: peguei um cartel de Bancos.

Instaurou um processo da Corte do Distrito de Columbia contra 17 Bancos, num caso que ficou famoso, conhecido como *US X Harold Morgan*, o fundador do Banco Morgan Stanley na época, a torcida do flamengo atrás do Banco, 17 Bancos, todos Bancos de investimento, à exceção da Merryll Linch, que soltou uma nota na imprensa dizendo que não entendeu por que ficou de fora, pois todos os Bancos foram arrolados nesse precedente *US X Harold Morgan*, que foi o primeiro caso de uma série bastante infeliz de processos instaurados por autoridades antitruste ao longo do tempo contra instituições do sistema financeiro que estabelecem, criam, desenvolvem e implementam arranjos sofisticados de cooperação e compartilhamento de riscos, e ilustrativo de uma longa história conflituosa e de incompreensões de parte a parte.

Em nossa conversa de hoje eu pretendo de forma bastante coloquial, porque afinal de contas estamos todos cansados, falar de alguns desses equívocos, dos erros, e o que as autoridades de antitruste aprenderam sobre um assunto com o qual lidamos mais, que é o assunto da cooperação ao invés do assunto da competição. Estamos acostumados nas nossas caixinhas mentais, que a autoridade antitruste vê cooperação e já acende uma luz vermelha. E, em mercados característicos do que chamamos de sistema financeiro, mexer com arranjos cooperativos é bastante mais complicado do que o então diretor da divisão antitruste achou quando ingressou com a ação para processar o cartel do *underwriting*, dos Bancos de investimento, em 1947.

Para que esta nossa conversa de hoje seja absolutamente prática e utilizável no dia seguinte aos militantes que atuam junto ao Sistema de Defesa da Concorrência, eu vou falar muito pouco de Bancos e falar de todo o resto, porque em todo o resto não há discussão sobre jurisdição, sobre competência, quem é que faz, de que jeito faz. Eu vou falar, por exemplo, de meios de pagamento muito hoje. Não há discussão sobre se o CADE tem ou não jurisdição, se a SDE pode ou não pode investigar, se a SEAE pode ou não pode avaliar, se o Banco Central deve ou não cooperar; não há parecer da AGU. Vou falar de cartão de crédito, de cartão de débito, de meio de pagamento, de *ticket* refeição, e de uma série de outras coisas que são comuns no cotidiano antitruste tanto no que diz respeito ao controle de estruturas quanto no que diz respeito à investigação de condutas abusivas que refletem de imediato nessa discussão que a gente teve até agora e traduzem grande parte dos problemas que discutimos. Então, o tema da nossa conversa é: *competição e cooperação no sistema financeiro*, especificamente como lidar com cooperação, qual é o enquadramento jurídico da cooperação, quais são as dificuldades que arranjos cooperativos trazem e por que não podemos sair lidando com isso como se

cooperação fosse lícito de acordo com a tal da regra *per se*, sem nenhuma ressalva, sem nenhuma cautela. Sobre isso se circunscreverá a nossa conversa de hoje, assim que passarmos para o próximo slide.

Há uma longa história de intervenções e uma grande incompreensão quanto à natureza dos diversos mercados em que se discutem investigações antitruste tanto em sede de estruturas quanto na questão das condutas associadas ao sistema financeiro. Muito já foi falado sobre cada uma dessas características, então em vez de repassar cada uma delas, vou tentar, de novo, de maneira bastante informal, explicar os problemas que essas características trazem para uma análise antitruste e traduzir para o português algumas dessas questões que angustiam os órgãos reguladores e os órgãos antitruste.

Primeiro, a grande característica que foi debatida até agora, a indústria de rede, e se vê isso muito no caso dos caixas automáticos, dos ATMs, que eu conheço como caixa automático mas não é só. Um grande problema no caso dos meios de pagamento é o que os economistas chamam de mercado de dois lados, que cria problemas bastante específicos para a análise antitruste e causaram alguns equívocos na experiência comparada que vamos discutir daqui a pouco. Então, essa é a segunda característica. E a terceira característica é uma forma muito peculiar pela qual a inovação se dá nesse tipo de mercado e que nos aconselha cuidado e cautela. Essas são as três características que tornam os casos antitruste no sistema financeiro não únicos, não peculiares, não idiossincráticos, porque cada uma dessas características está presente em outros mercados com os quais temos experiência e com os quais vocês estão habituados a litigar ou a trabalhar, mas ainda assim é a combinação dessas três características que representa um desafio especial para órgãos reguladores e certamente para os advogados e economistas.

Primeiro, as Indústrias de Rede. O meu jeito de traduzir isso para quem não está acostumado a debater esse capítulo da economia industrial é: a indústria de rede é aquela na qual o que seu vizinho faz é misteriosamente mais importante para você do que em outras indústrias, e a utilidade do que você consome, do produto que você utiliza, aumenta não apenas à luz do que você faz com aquele produto mas à luz do que o seu vizinho está fazendo, isto é, uma coisa que acaba caracterizando a indústria de rede e que cria problemas dos mais variados para a análise antitruste. Meio de pagamento, cartão de crédito, cartão de débito são exemplos que vamos discutir hoje especificamente nos casos antitruste, porque evidentemente não adianta ter aquele cartão maravilhoso de crédito, que é um *platinum* para funcionário público, que é o cartão *platinum* para quem está quebrado, que é bonito, é lindo, parece ter

um montante ilimitado de crédito, mas ninguém aceita, não adianta nada. Evidentemente, o valor do meu cartão de crédito aumenta na medida em que outras pessoas, tanto os consumidores quanto os estabelecimentos comerciais, consideram aquele cartão de crédito como de uso corrente, válido e legítimo. Mas não é o único exemplo, eu tenho um milhão de outros exemplos e um milhão de outras indústrias. Evidentemente o valor de ter um telefone aumenta na medida em que outras pessoas também têm telefones, e o serviço de telefonia é marcado por altíssimas externalidades de rede: não adianta eu ter um telefone se o meu vizinho não tem. A segunda característica importante do ponto de vista dos casos antitruste de indústria de rede, em especial no sistema financeiro dos meios de pagamento, é essa coisa de que, na hora em que a empresa, tenha ela a posição dominante ou não, vai escolher uma determinada tecnologia, a escolha dela é extremamente pautada pelo que veio antes, é extremamente contingente a escolha tecnológicas que vieram antes daquela decisão de fazer aquele investimento, de colocar aquele equipamento, de fazer aquela mudança, de empacotar aquela tecnologia, de usar aquela estratégia de marketing, e assim por diante. Exemplo no sistema financeiro, nos meios de pagamento: você vai para os Estados Unidos e vê aqueles POS, aquelas maquininhas que os restaurantes e outros estabelecimentos usam para você passar o seu cartão. A tecnologia que eles usam tanto no POS quanto nos caixas automáticos quanto nos ATMs é profundamente diferente da do Brasil; é bastante mais "antiquada" do que a tecnologia que o Brasil usa, por há razões históricas. Eles começaram primeiro, o Brasil começou depois, havia inflação no Brasil, havia uma rede de infra-estrutura implantada que era muito maior e muito mais capilar do que os americanos jamais sonharam ter, não tendo vivido num ambiente hiperinflacionário. O hábito de ir à agência é completamente diferente nos Estados Unidos. Aqui no Brasil você faz quase tudo no caixa automático hoje em dia, o que é completamente diferente de mexer num caixa automático ou passar um cartão num restaurante nos Estados Unidos. Isso quer dizer que os americanos não têm essa tecnologia? Não, não quer dizer. Só quer dizer que não é econômico hoje para os americanos mudarem toda a rede implantada deles de POS e caixas automáticos apenas para que a tecnologia deles seja de ponta. Eles estão discutindo agora implementar, por exemplo, a biometria para fazer pagamento via cartão de crédito, cartão de débito, e assim por diante, o que suscita questões constitucionais que não vamos debater aqui hoje, mas, enfim, a discussão tecnológica agora é implementar a biometria ou não. Então, do ponto de vista do regulador americano, a discussão é por que vou obrigar todo mundo a trocar a infra-estrutura por uma infra-estrutura igual à que há no Brasil se já estamos dando

o próximo passo, que é mudar completamente o passar o cartão na maquininha e usar a biometria, ou seja, botar o dedão lá para incorrer num débito ou tomar crédito. A tecnologia, a mudança tecnológica, funciona de um jeito diferente e esquisito em indústrias. Dessa forma, temos que ter muito cuidado quando dizemos que a inovação não segue no ritmo que achamos adequado ou segue. É muito difícil julgar progresso tecnológico em indústrias desse tipo, porque a tecnologia funciona em saltos e muda a indústria inteira. Você acha que uma empresa tem posição dominante, e de repente a tecnologia mudou e a empresa que tinha posição dominante tem posição dominante com uma clava na mão, a empresa virou neolítica da noite para o dia.

A próxima característica que é importante do ponto de vista dos casos antitruste é essa história do mercado de dois lados, que eu estou chamando aqui de dilema da boate em homenagem aos livros-textos de economia industrial, que é o seguinte: os mercados de dois lados são aqueles em que não há a definição tradicional que os advogados, consultores e economistas habituados à militância no Sistema de Defesa da Concorrência usam para a relação empresa com poder de mercado e consumidor. Então, há uma empresa que oferta um determinado bem ou serviço, e que tem um sobrepreço que é capaz de impor àquele bem ou serviço. Isso se traduz numa redução de quantidade e numa exclusão de consumidores que batizamos de poder de mercado, porque não há um consumidor só. Nesse mercado de dois lados, como já diz o nome, eu tenho mais de uma figura caracterizada como consumidor: o exemplo comum de casos antitruste não do sistema financeiro que envolvam o mercado dos dois lados são os mercados de mídia. Imagine um jornal, quem é o seu consumidor? Quando você vai definir mercado relevante, quem é o consumidor numa fusão de dois grandes jornais? O consumidor é quem lê o jornal mas é quem anuncia também, e o preço que o jornal vai cobrar do anunciante depende de quantas pessoas estão lendo, mas paradoxalmente o número de pessoas que compra o jornal depende fundamentalmente do tamanho dos classificados e da quantidade de pessoas que são interessantes do ponto de vista daquele consumidor que vai anunciar no jornal. Então, um lado depende do outro. Quem é o consumidor das grandes redes de TV? É você que assiste a TV, mas evidentemente é também o anunciante. O anunciante só coloca o anúncio porque você assiste à TV, e você assiste à TV porque você tem acesso a uma série de facilidades, inclusive aos maravilhosos anúncios que nos dão a oportunidade de assistir todas as noites.

No caso do sistema financeiro, especificamente no caso do sistema de pagamentos, que vamos discutir um pouco mais detalhadamente hoje, o con-

sumidor não é só o detentor do cartão. Não é só você que recebeu na sua casa aquele cartão de débito e crédito e um milhão de outras facilidades quando você liga lá no telefone do Banco para ativar o *chip*. O consumidor é o lojista também, e há uma rede bastante sofisticada de cooperação e competição das duas coisas convivendo ao mesmo tempo para criar um sistema onde seja possível ter esses dois consumidores e as redes de entidades do sistema financeiro competindo mas colaborando para fazer com que essas externalidades de rede não sejam destruídas de forma a impossibilitar um mercado que funciona com essas características e com esses dois consumidores, tanto o consumidor que quer receber o cartão em sua casa e quer usar o cartão da forma o mais fácil e conveniente possível, quanto o lojista que quer não perder o consumidor que aparece com aquele cartão ali, que não quer que o consumidor procure o concorrente dele porque ele não aceita aquele determinado cartão. Mas como é que se fixa o preço dessa coisa, como é que se avalia? Se eu sou um órgão de defesa da concorrência, se é tão fácil, em tese, observar o poder de mercado se é fácil conceitualmente dizer poder de mercado eu tenho na medida em que um ofertante de bem ou serviço impõe um sobrepreço naquele bem ou serviço acima do equilíbrio competitivo, então o preço está acima dos custos marginais, então se isso é o jargão usual, se é o câmbio com o qual estamos acostumado no nosso dia-a-dia profissional, no caso de mercado de dois lados como é que se faz, como é que se avalia esse preço? O dilema da boate é o seguinte: todo mundo acha que uma boate exitosa é uma boate que tem um número razoavelmente equilibrado de homens e mulheres, mas quando você vai lá e observa, no comércio alguém não acha isso aí... Enfim, na hora dos debates evidentemente vamos poder discutir essas coisas, mas esse exemplo é um exemplo de manual, de livro-texto para dizer o seguinte, se a maioria das pessoas acha que uma boate exitosa do ponto de vista comercial é uma boate que consegue atrair um número equivalente de homens e mulheres, por que será que é tão comum que você encontre preços diferentes para homens e mulheres no comércio. E uma série de livros-texto dos mais famosos e dos mais elegantes que discutem a questão do mercado de resultados começa com essa análise empírica, por que boates cobram tarifas "tão diferentes" para homens e mulheres, quando em tese o que ela queria ter era um número equilibrado de homens e mulheres. Porque o que importa no mercado de dois lados é a remuneração total da boate, ou da administração de cartão ou da telefonia, somando todos os preços que ela coleta e todos os preços que ela cobra. Mas não necessariamente ela precisa fazer isso de forma simétrica e na presença do que o João chamou de incompletude contratual, vale dizer, na presença de circunstâncias institucionais que possibilitem a todos os agentes

econômicos negociarem isso antes de ir para a boate, o que acontece é que é preciso ter mecanismos contratuais que se substituem a essa história e fixem um preço que é completamente assimétrico. Como é que eu transporto isso para a história do mercado de mídia? Você vai encontrar uma série de jornais cujo modelo de negócio acaba sendo vender o jornal para você baratinho e cobrar um anúncio caro, mas agora você encontra bastantes jornais que dão o anúncio quase de graça e cobram um sobrepreço, porque esse é o jornal que tem os melhores classificados. As tarifas são completamente assimétricas. Se você olhar só uma tarifa, se você olhar só o que ele cobra pelo anúncio você comete um erro se disser numa análise antitruste “observamos poder de mercado aqui”, porque um *Primeira Mão* da vida – sei lá se o *Primeira Mão* ainda existe –, que era um jornal muito famoso de classificados, de bens usados em São Paulo, se ele cobrar por um anúncio mais do que *O Estado de S. Paulo*, isso quer dizer que o *Primeira Mão* tem poder de mercado? Não sei, eu não sei quanto custa comprar o jornal, é preciso ver as duas tarifas de ambos os lados, somar essas duas tarifas e entender a estrutura de preços. O mercado de dois lados é um mercado superdifícil de analisar quando se fala de poder de mercado, e mais difícil ainda de analisar quando se avaliam os efeitos sobre o bem-estar do consumidor, o bem-estar agregado decorrente de um eventual poder de mercado por conta da estrutura tremendamente idiossincrática dos preços.

No caso dos meios de pagamento, dos sistemas de pagamento, é assim que a coisa funciona: há de um lado o consumidor, que tem o cartão, e do outro o lojista. O sujeito que tem o cartão tem um Banco, que manda o cartão. Ele recebe o cartão e diz: eu quero o programa desse Banco, quero tal cartão, quero débito e crédito, eu quero Visa Electron, enfim ele escolhe lá a sua modalidade – não estou fazendo propaganda disso, e vou citar todas as redes até o final da nossa conversa hoje para não fazer propaganda de nenhuma delas em especial – ele escolhe o seu Banco, e o lojista também escolhe um Banco.

Mas como é que, na ausência de uma rede cooperativa, o sujeito que ganhou um cartão de crédito ou de débito que tem um Banco se comunica no espaço no mercado com o lojista, que também tem um Banco que não necessariamente é o mesmo – em geral não é –, para fazerem as suas transações por via dos seus cartões de pagamento? Eles fazem isso através de uma rede de cooperação. No Brasil, há duas grandes redes de cooperação constituídas de forma razoavelmente parecida, e uma rede proprietária, que é a American Express, que funciona de um jeito um pouco diferente, que casa

esses dois lados do mercado. Então, o grande desafio do mercado de dois lados é como entender os preços e construir mecanismos e arcabouços para casar esses dois consumidores, o leitor do jornal e o anunciante, o lojista e o detentor do cartão.

No caso do Brasil e ao redor do mundo há variações e estruturas que divergem e variam um pouquinho, mas há dois grandes modelos: o modelo da American Express, que é o modelo onde não há esses dois lados do mercado, onde eles não estão divididinhos em duas partes, cada um com seu Banco e com uma rede que conecta essas duas partes, como acontece, por exemplo, com a Visa e com a Mastercard, que são respectivamente Visanet e Redecard nas suas redes de transações. Há esses dois exemplos, que são os mercados divididos em dois lados, e há a American Express, que resolveu, em vez de fazer essa divisão no meio do mercado, cada um com seu Banco e fazendo a transação por meio da rede, em vez de fazer esse quadrado, ela fez um triângulo: em vez de ter o Banco do emissor, de ter o Banco do estabelecimento adquirente, o estabelecimento comercial e uma rede entre eles, ela faz a ponta entre esses dois e criou um sistema fechado, um sistema proprietário. Esses são os dois grandes modelos, o modelo digamos Visa e o modelo American Express, mas ambos apresentam problemas típicos do mercado de dois lados, porque este é um mercado que tem dois lados, tanto o detentor do cartão quanto o lojista.

Como vocês estão começando a perceber com a minha descrição de como é que funcionam os sistemas de pagamento e essas redes que fazem a compensação, no caso dos sistemas de pagamento entre esses dois lados do mercado, os arranjos cooperativos no âmbito do sistema financeiro são em geral bem mais complexos e sofisticados do que os arranjos que se encontra quando da análise de *joint ventures* ou associações ou cooperativas em outros setores. Em geral, o que nós fazemos? Surgiu uma associação, uma *joint venture*, uma cooperativa, e a primeira decisão da SDE ou da SEAE ou do CADE vai tratá-la como um cartel clássico ou vai seguir para a análise de *joint venture* e vai fazer uma avaliação das eficiências que essa associação, essa *joint venture* traduz. Então, há dois caminhos: o primeiro é tratar a associação ou *joint venture* como uma casca de noz, que é um jeito chique de tratar o que é um cartel em última instância; e o outro é ingressar na análise para a qual algumas autoridades antitruste já emitiram um guia, que é a análise de eficiências tradicional de associações, cooperativas e *joint ventures*. Nesse caso os arranjos são muito, muito mais complicados, porque dentro de uma mesma rede de compensação, de transações, há os membros

dessa *joint venture*, dessa cooperativa ou dessa associação cooperando e competindo ao mesmo tempo dentro da rede, e há os efeitos que militam em direções opostas muitas vezes, como veremos com os casos específicos e os precedentes antitruste daqui há três minutinhos.

Para tornar a nossa conversa prática, no caso do sistema de pagamentos, eu fiz um pequeno guia do que pode se tornar um problema nos órgãos de defesa da concorrência, do que os órgãos de defesa da concorrência fizeram em outros lugares do mundo e o que é sujeito a discussão e ambíguo do nosso ponto de vista. Eu estou deixando de lado aqui questões regulatórias e intervenções híbridas – regulação mais concorrência – porque acho que está um pouco fora do nosso turfê e certamente bastante fora do nosso tempo, então vou falar especificamente de casos antitruste puros e como lidar com esses casos antitruste nesse contexto que eu acabei de descrever: mercado de dois lados, externalidade de rede, tecnologia funcionando desse jeito bastante idiossincrático do ponto de vista da mudança de mercados inteiros e da conquista de mercados inteiros por mudança de padrão tecnológico no contexto do antitruste.

Primeiramente: então, afinal de contas, que tipo de arranjo de cooperação é lícito e que tipo de arranjo de cooperação é ilícito? Já está bastante óbvio a essas alturas do campeonato que não estamos falando da aplicação da regra *per se* para os que acham que existe aplicação da regra *per se* no Brasil ou para os que acham que existe uma presunção (*iure et iure*) de ilicitude nos arranjos cooperativos no Brasil. Mesmo para os que acham que não estamos falando disso aqui, já está bastante óbvio que estamos falando de uma coisa bastante mais complicada do que esses casos tradicionais onde, quando há cooperação, eles caem matando. Claramente esse aqui não é um caso desses, é um caso bastante mais complicado.

Vamos começar com uma coisa muito, muito simples, e supercomum. Temos bancos como Bradesco, Itaú e Unibanco que participam de mais de uma rede de cartões. Isso é lícito ou ilícito? Imagine que os distribuidores da Coca-Cola resolvem ingressar na associação dos distribuidores da Pepsi. Esse é um caso que acenderia uma luz vermelha em qualquer autoridade antitruste: de repente se vê numa sala o pessoal da Coca e da Pepsi com todas as suas redes de distribuição sentado num auditório como esse conversando. Mas aqui é supercomum, há Bancos que são membros da Visanet e da Redecard, que usam ambas as bandeiras e se auxiliam no trabalho de ambas as administradoras de cartão. Como é que se lida com isso? Isto por si só é legal, órgãos antitruste lidam com isso de forma particularmente recalcitrante ou não, e

hesitamos em interferir nisso. Houve casos na experiência comparada em que se processou um Banco porque ele faz parte de duas redes de compensação de meios de pagamento? Sim, houve! Mas em que circunstâncias? Em duas. Primeiro, curiosamente, autoridades antitruste e órgãos reguladores encenaram com estatutos e governança de redes de compensação que proibissem os Bancos de ser membros de outras redes. Ocorre aqui o contrário: então, se você se você entrar na minha rede, você não entra na rede rival, essa minha rede é a rede entrante que está tentando ganhar escala para competir no Brasil, tem um Banco que eu não vou citar o nome que tem investido muito em tentar fazer isso, e aí de repente todo mundo começa a dizer: olha, se mexer com essa rede, já não pode mexer com essa, e os Bancos que atuarem nessa rede não pode atuar nessa. Isto, na experiência comparada, costuma virar uma investigação antitruste, então atenção advogados de *compliance* para os seus clientes, se há nos seus estatutos uma cláusula dizendo: entrou aqui não entra lá, é questão para se reavaliar.

Segundo, o contrário pode acontecer também. Bancos participando de mais de uma rede também pode ocasionar problemas para os Bancos e para as redes dependendo do tipo de governança associada à transmissão de dados. Em um país da Europa, por exemplo, depois de uma investigação de uma autoridade antitruste, se descobriu que numa dessas redes de compensação – ela era plasmada juridicamente como associação –, nos estatutos havia o seguinte: a divisão entre membros principais e membros associados e/ou filiados, o que é muito comum, e é em geral o modelo que se adota no mundo inteiro. Mas nesse país especificamente havia um truque, que era o seguinte: se você era um membro associado da rede ou um membro filiado à rede, não membro principal, você tinha que preencher no computador os dados que indicavam teus fluxos todos de caixa desagregados por tipo de negócio, estabelecimento comercial e qual que era o Banco que esse estabelecimento usava para fazer outros serviços financeiros, e mandar cópia para os membros principais da rede – não era bem para a rede – e era um fluxo de dados só numa direção, dos membros filiados para os grandes Bancos, que tinham fundado aquela determinada associação nesse determinado país e que eram os membros principais dessa grande rede. Atenção advogados de *compliance*, isso costuma dar problema.

A segunda questão de cooperação são os tais acordos de interoperabilidade. Então, há duas redes diferentes às vezes funcionando com tecnologias diferentes ou, falando em português claro, você chega no restaurante e você pede a conta, chega um garçom, coitado, que mal consegue trazer os pra-

tos quanto mais aquelas maquininhas inteirinhas, o cara vem equilibrando umas quatro maquininhas para saber qual é o teu cartão, se é Dinner's, se é Mastercard, se é Visa, se é American Express. Cada um com uma maquininha diferente, cada um com uma estrutura diferente, com as ineficiências em princípio decorrentes aparentemente dessa circunstância e aí você descobre que essas redes começam a fazer acordos para possibilitar a operação entre elas e a transmissão de dados ou a convergência de dados entre elas. Isto em princípio parece absolutamente pró-competitivo e eficiente, e as autoridades de defesa da concorrência deveriam ter muito cuidado ao lidar com esse tipo de acordo entre redes de compensação, em especial porque o que é muito claramente pró-competitivo pode ser uma faca de dois gumes na seguinte circunstância: lembra que eu falei que em todo mercado de dois lados há dois tipos de preços – para os respectivos associados aos respectivos lados e aos consumidores de mercado –, é a história de quanto você cobra pelo jornal e quanto você cobra pelo anúncio. No mercado de meios de pagamento, esses dois preços são respectivamente uma taxa de desconto, que o Banco do estabelecimento comercial cobra dele na hora de repassar, depositar o dinheiro que ele recebeu na hora em que você passa o cartão. e então, se você fez uma compra de R\$ 500,00, então no fundo o valor daquele financiamento, o valor monetário do dinheiro no tempo está embutido, mais o valor da intermediação, numa taxa de desconto que é o Banco que vai cobrar depositando menos do que aqueles R\$ 500,00 na conta do lojista. Então, a taxa de desconto é uma remuneração.

Como é que se faz do outro lado do mercado? Do outro lado do mercado, há uma taxa que se chama taxa de intercâmbio, que é a taxa que este lado do mercado paga para o outro lado do mercado na hora que o Banco do lojista liga e se comunica com a rede, a rede se comunica com o Banco do emissor, o Banco onde ele tem o cartão, para ver se ele tem dinheiro no Banco, pois afinal de contas não sabe se ele tem dinheiro do outro lado do mercado, se tem dinheiro na sua conta bancária ou se tem condições pelo menos de tomar o crédito. Então, o que acontece é que essa rede permite que o lojista se comunique com essa rede para verificar através do seu Banco se o outro Banco que é o Banco do sujeito que tem o cartão tem fundos, se o consumidor tem dinheiro no Banco. E tudo isso custa. Isso é remunerado pela taxa de intercâmbio. Evidentemente, a taxa de intercâmbio é um piso para a taxa de desconto. Se o Banco da loja cobrar menos do que ele tem que pagar para o outro Banco só para ter acesso e saber se o fulano tem dinheiro na conta, ele vai perder dinheiro a cada vez que você fizer uma compra. Então,

ele tem que cobrar pelo menos o que ele tem que pagar para o outro lado do mercado, para o outro Banco.

Mas as autoridades antitruste descobriram a América, e os Bancos Centrais pensaram: se a taxa de intercâmbio é um piso para a taxa de desconto, um jeito de reduzir o poder de mercado, que não sabemos calcular se existe ou não essas indústrias de rede, é ir lá e baixar a fôrceps a taxa de intercâmbio, porque se baixarmos a remuneração que um Banco tem que pagar para o outro nessa compensação, automaticamente criamos competição e baixamos a taxa que se cobra estabelecimento comercial. No limite o que se fez foi, por exemplo, o que a Austrália fez, em que o Banco Central, em parceria com os órgãos antitruste, foi lá e tabelou a taxa de intercâmbio literalmente. Na Colômbia fizeram um pouco diferente: a autoridade antitruste – isto é uma coisa que a SDE nunca faz, então vocês vão achar muito estranho – instaurou um processo administrativo contra as administradoras de cartão e disse: isso não vai dar em nada, mas eu viria com bons olhos se vocês baixassem a sua tarifa de intercâmbio. E então instaurou-se um processo administrativo que ficou lá se desenrolando na Colômbia e acabou sendo arquivado. No México se fez a mesma coisa.

E o que vocês acham? Vocês acham que isso deu certo ou errado? Houve resultados mistos, como veremos daqui a dois *slides*. Mas o importante, do ponto de vista desses acordos, é que se de um lado não podemos tabelar a tarifa de intercâmbio, de outro quando olharmos para esses acordos em que as redes combinam de cooperar umas com as outras, é preciso prestar muita atenção ao tipo de preço que elas estão cobrando das suas redes rivais e dos Bancos filiados a outras redes, porque nesse caso discriminação de preço pode ser uma prática anticompetitiva. Em resumo, para os advogados do *compliance*, esses acordos são ótimos, mas cuidado com discriminação de preços. A discriminação no bojo desses acordos pode ser bastante anticompetitiva e sujeita e suscetível de investigação e condenação por parte do órgão de defesa da concorrência. Então, o que é em princípio pró-competitivo pode apresentar problemas nesses aspectos que eu ressaltai, o que não significa que se deva fazer como a Austrália, e sair tabelando taxa de intercâmbio.

Terceiro: Co-branding. Eu procurei a tradução disso para o português, mas não achei. E o que é esse *co-branding*? É a prática de você apor mais de um logo no mesmo cartão, que representa no fundo muito mais do que simplesmente colocar mais de um logo de mais de um Banco ou de mais de uma rede e, dependendo do caso, se tiver redes internacionais e redes domésticas no mesmo cartão, significa muito mais do que isso, significa uma tentativa de novos entrantes muitas vezes ingressarem nesse mercado.

No passado, órgãos antitruste diziam: Ih! Cartão com logo de todo mundo? Quem nem o diretor da divisão antitruste, que olhou o jornal e falou: ih! *underwriting* com uma série de símbolos de Banco, vamos entrar com processo? No passado, órgãos antitruste olhavam para essa prática de *co-branding* e diziam: trata-se é um clube entre amigos, todo mundo entra nessa coisa da rede. E achavam que em princípio isso era anticompetitivo. Depois de algum amadurecimento e muita avaliação se descobriu que no saldo líquido (*co-branding*) é altamente pró-competitivo, porque possibilita a novos entrantes ingressarem e ganharem massa crítica em mercados aos quais eles não têm acesso.

Deixa eu falar o português claro e dar o contexto brasileiro: é o caso dos supermercados. Quer dizer, o supermercado é o competidor óbvio dessas grandes empresas incumbentes, dessas empresas de posição dominante nesse mercado. Os supermercados estão ingressando nesse mercado, obviamente eles são os entrantes, eles estão ingressando. Num primeiro momento eles sempre ingressam com *co-branding*, vão ajudando o consumidor a se adaptar a esse mundo em que o supermercado virou uma empresa que participa desse mercado de meios de pagamento, trabalhando junto com essas redes, e aí depois eles vão criando as suas redes próprias ou marcas ou administradoras próprias, às vezes financeiras próprias, e se tornam competidores bastante importantes. Se se veda o *co-branding*, eliminam-se por exemplo supermercados de uma competição com as financeiras estabelecidas.

Por último, a cláusula “*honor all cards*” (honre todos os tipos de cartão). É aquela coisa, você vira para o lojista e diz: olha, você está aqui, você está operando com a nossa rede, então você tem que aceitar todos os nossos produtos e não especificamente um determinado cartão ou um determinado produto. Aqui eu tenho duas decisões antitruste ou duas avaliações antitruste, para ser mais exato, completamente opostas. Nos Estados Unidos, no caso Walmart, a Federal Trade Commission, suspendeu a validade para o território nacional dessa cláusula, e desde então nos Estados Unidos se considera ilícita a prática de uma determinada rede com posição dominante impor aos estabelecimentos comerciais uma cláusula segundo a qual eles devem aceitar todos os produtos daquele determinado leque da rede.

Na União Européia, curiosamente, fizeram a mesma investigação sobre a mesma prática e acharam que era pró-competitiva e recomendaram no relatório que fizessem a cláusula “*honor all cards*” por conta da característica de mercado de dois lados, que tende a estimular a competição entre redes em mercados de dois lados. O que vai acontecer no Brasil, o que vai sair no

tal relatório SDE-SEAE-Banco Central sobre essa cláusula eu não sei, mas estamos pensando a respeito, e estamos sujeitos a opiniões mais fundadas de todo mundo. Realmente não sei, estamos fazendo o diagnóstico ainda.

No caso dos cartões de crédito, uma peculiaridade muito complexa, e que é típica do Brasil, mas que ocorre em quase todos os outros países, ainda que não por conta do Código de Defesa do Consumidor, é o fato de que por conta da vedação de discriminação de preço, do Código de Defesa do Consumidor, da jurisprudência aplicada e consolidada por Procons no Brasil inteiro – lembra aquela história de a loja não poder cobrar um preço diferente na venda com cartão do que na venda com cheque? –, o problema é que você impede a loja de cobrar um preço diferente quando ela cobra com cartão ou recebe um cheque. O que acontece é que, do ponto de vista da eficiência econômica, o consumidor, que é o sujeito que tinha que associar os custos associados aos diferentes instrumentos de pagamento que competem entre si, não enxerga esses custos, porque, por mais que usar cartão seja muito mais caro do que usar cheque, independentemente se é ou não é no caso concreto, assumindo em tese que usar um determinado tipo de cartão muito específico seja muito mais caro do que o cheque, o consumidor não enxerga isso, porque a loja não pode cobrar pela garrafa de água R\$ 6,00 se você comprar com cartão e R\$ 4,00 se você comprar com cheque. Por conta disso, o consumidor não enxerga os custos adicionais impostos pelo uso do cartão e você oficializa um subsídio cruzado entre outros meios de pagamentos e os meios de pagamentos mais caros, o que gera toda sorte de problemas do ponto de vista da forma como essas redes operam. Por conta disso, órgãos antitruste em alguns outros lugares chegaram a abrir investigações para declarar ilícitas as cláusulas das redes que vedam a discriminação de preço. Muitas redes dizem o seguinte ao lojista: se quiser usar cartão, estará proibido de cobrar um sobrepreço quando aceitar uma transação com cartão.

No Brasil acabamos dando uma mão para essas redes com a jurisprudência dos Procons. No fundo, a jurisprudência dos Procons em defesa do consumidor consolidou uma prática que chegou a ser considerada ilícita em outras jurisdições, posto que anticompetitiva. Para ser justo com relação ao que aconteceu, em dois países onde se suspendeu essa vedação à discriminação de preços, os lojistas continuaram cobrando a mesma coisa, acharam que a reputação de cobrar preços diferentes era muito ruim, e o efeito reputacional de cobrar preços diferentes era muito ruim e, portanto, continuaram na maioria dos casos cobrando a mesma coisa, o que não significa, voltando a um ponto anterior que foi levantado na primeira metade do nosso painel, que isso não

tenha alterado as condições de concorrência. Alterou, porque a barganha do lojista mudou substancialmente na hora que esses países lhe permitiram dizer: no pior dos casos eu aceito o seu cartão porque eu não quero perder o cliente, mas eu vou cobrar mais por usar o cartão. Ainda que ele não o tenha feito, o fato de que ele pode fazer essa ameaça mudou sensivelmente as condições de barganha entre o lojista e a administradora de cartão.

Por fim a conclusão dessa história toda é que há um espaço para a intervenção antitruste pura no sistema financeiro, não estou falando de Bancos, estou falando de todo o resto, de toda forma de meios de pagamento, de intermediação. Só aqui nessa nossa discussão de meia hora eu discuti quatro tipos de conduta que viraram casos específicos em outros países, inclusive com decisões contraditórias, como por exemplo na cláusula *general cards*: uma decisão na União Européia e uma decisão contrária nos Estados Unidos. Ainda assim, mesmo na intervenção antitruste pura é preciso ter muito cuidado, porque arranjos cooperativos aqui requerem uma análise que não é trivial, como vocês perceberam dessa rápida análise que fizemos. Muito mais cautela ainda é requerida com a intervenção regulatória para fomentar a concorrência nesses mercados que são caracterizados por essas externalidades de rede; o que eu faço aumenta a qualidade para mim de acordo com o que meu vizinho faz, que é aquela primeira característica; e a segunda é estas elevadíssimas características de mercado de dois lados e tecnologia mudando da forma disruptiva que eu descrevi. Essas três características requerem uma tremenda cautela do órgão regulador. O que a Austrália fez – fixar a tarifa –, é muito cedo para avaliar os efeitos que isso trouxe para o consumidor e para o lojista, mas claramente uma coisa que aconteceu, e eu vou citar isso porque está na literatura do primeiro ano de avaliação, quando a Austrália foi lá e fixou a tarifa de intercâmbio, é que a rede proprietária no mercado de dois lados que é a American Express, que não funciona com intercâmbio entre os dois lados do mercado, ganhou 20% do mercado da Visa e da Mastercard numa canetada, sem que necessariamente tenham sido observadas quedas nas taxas de desconto para o lojista, o que no fundo era o objetivo.

É cedo para avaliar o que aconteceu, mas não é cedo para dizer o seguinte: órgãos reguladores e autoridades antitruste, quando mexerem numa estrutura de preços que é compatível com a estrutura de preços do dilema da boate, do mercado de dois lados, devem ser extremamente cautelosos. O diagnóstico que a SDE, a SEAE e o Banco Central estão fazendo hoje sobre essa indústria em nenhum momento os afastará dessa cautela que é necessária e bem-vinda. Muito obrigado.

Competição e cooperação no sistema financeiro

Daniel Goldberg

Uma longa história de intervenções...
E incompreensão quanto à natureza de:
Indústrias de rede
Mercados de dois lados
Inovação via tecnologia torna eficiência de arranjos cooperativos ambígua

Indústrias de rede

O que seu vizinho faz é importante para você...
#1 utilidade do consumidor aumenta com o consumo do produto (e.g. valor de ter um telefone aumenta se outros tb. têm) e
#2 empresas escolhem tecnologias depende da escolha de outras empresas (e.g. microsoft virou o padrão para programadores)

Mercados de dois lados

Dilema da boate: estruturas de preços variam e a soma total é que importa.
Sobretudo nos setores de cartões pagamentos
Consumidor é quem tem o cartão, mas tb. o lojista (outros exemplos: mercados de mídia)

Arranjos de cooperação

Arranjos cooperativos são em geral bem mais complexos do que em mercados tradicionais
Custos de mudança de tecnologia são altos e inovações precisam de massa crítica

Controle de condutas e meios de pagamento

Que cooperação é lícita e que cooperação é ilícita?
Participação de bancos em mais de uma rede (troca de dados)?
Acordos de interoperabilidade?
“Co-branding”
Cláusulas “honor-all-cards” (caso Wall-Mart)
No caso de cartões de crédito, uma peculiaridade: graças ao CDC, o custo das transações é rateado com TODOS os consumidores e não só os que usam cartão.

Intervenções regulatórias: muita cautela

Meios de pagamento: diagnóstico BACEN/SDE/SEAE em curso . . .
Experiências de intervenção em tarifas (i.e. Austrália) até agora com resultados controversos

■ Cristianne Saccab Zarzur

Muita obrigada doutor Daniel. Eu gostaria de abrir para perguntas, se alguém tiver.

■ Amadeu Ribeiro

Boa tarde. Daniel, uma pergunta, eu não sei se é possível adiantar com relação ao estudo que está sendo feito, sobre meios de pagamento concorrerem entre si, meios de pagamento outros que não o cartão de crédito concorrerem com o cartão de crédito, qual é o grau de concorrência?

■ Daniel Goldberg

Voltando um pouco ao ponto do João, na apresentação dele, eu acho que essa pergunta tem respostas diferentes para efeitos antitruste e regulatórios, então a pergunta é a seguinte: quando se discute política regulatória e eventuais medidas que determinem um compartilhamento de infra-estruturas entre diferentes redes, é preciso ter em mente que meios de pagamento competem entre si e que ao tentar acelerar a inovação naquela indústria acaba-se impedindo que alguém invente um jeito de fazer que ninguém inventou ainda, e que possibilite, por exemplo, abarcar setores inteiros da economia que hoje funcionam com caixa, por exemplo o táxi.

Na Europa, hoje em dia, já há tecnologia em alguns países para pagar táxi com cartão. São os setores caracterizados aqui pela literatura, sem nenhu-

ma ofensa, pela informalidade tributária, setores intensivos em caixa, dando o exemplo. E de repente, quando você fixa padrões na tentativa de fomentar a competição intratecnologia de um mesmo tipo de meio de pagamento, acaba esfriando a competição entre meios de competição mesmo não *cash*, meios de pagamentos diferentes inventados e que ainda não foram inventados num *cash*. Então, do ponto de vista regulatório, acho que sempre se deve em mente que sim, os meios de pagamento caixa e não caixa competem uns com os outros.

Do ponto de vista antitruste em geral, claro que isso é caso a caso, mas em geral me parece que os órgãos da defesa da concorrência tenderão a definir de jeito bastante diferente, do ponto de vista do aumento de preços não transitório exigido pelo teste do monopolista hipotético. Eu acho que é muito difícil dizer: dentro de um prazo curto o outro meio de pagamento não *cash* vai disciplinar um aumento de preço. São questões diferentes. Do ponto de vista da regulação, sim, sem dúvida a política antitruste depende muito do caso, mas em geral acho que não. Claro, nada do que eu falei pode ser usado contra mim num caso.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Doutor Sicsú.

■ **Doutor Sicsú**

Eu achei extremamente interessante a mesa, extremamente rica as exposições que foram feitas, mas acho que nós temos uma pergunta básica que eu acho que é a preocupação que deve ter levado à constituição dessa mesa, que sabiamente foi marginalizada no processo. A questão básica me pareciam ser as questões regulatórias e da concorrência, como podem ser tratadas, obviamente. Quer dizer, qual o arranjo institucional para tratá-las ou as suas especificidades. Eu acho, por exemplo, que a exposição do João, do doutor Daniel, do doutor João deixaram claro isso, embora o doutor Daniel falasse mais não do caso em si. Embora, na verdade, se for para o caso em si também existem especificidades no setor que indicam ser interessante que as autoridades

antitruste se manifestem nos casos concretos de concentração e de conduta no setor bancário, por exemplo. Essa era a questão, me parece, ou pelo menos foi essa a minha leitura, quando eu vi o programa que estaria por trás dessa mesa. E todos nos trouxeram inúmeras informações sábias, eu fiquei extremamente agradecido pelas informações, mas eu acho que em algum momento vamos ter que discutir essa questão, não sei se necessariamente dentro do aparato do Estado, mas talvez seja um momento interessante de colocarmos pelo menos essas angústias gerais que afetam aqueles que estão envolvidos no setor.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Daniel, você quer comentar alguma coisa sobre isso?

■ **Daniel Goldberg**

Eu acho que assim. Acho que o ponto de todo mundo, ainda que talvez não com a ênfase e com os detalhes desejáveis e requeridos, é que no fundo a estamos dizendo que com cautela, com técnica e com precauções que são necessárias, há lugar para intervenção antitruste certamente no sistema financeiro em todos os seus mercados. Como institucionalmente organizar a cooperação entre órgãos antitruste e Banco Central eu acho que é uma discussão complicada. Temos diferentes opiniões, mas pelo menos um projeto de lei tramitando no Congresso. Então, a despeito das diferentes opiniões, acho que é importante fazer força já que todo mundo concordou que há lugar para isso, para que esse projeto de lei, que é consenso dos três órgãos, CADE, SDE, SEAE e Banco Central, ainda que não seja o modelo ideal, seja aprovado. Resposta institucional.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Só um segundinho doutor. A doutora Elizabeth quer fazer uma pergunta e depois ela dará a palavra para o senhor.

■ Elizabeth Farina

Obrigada. Eu queria fazer uma pergunta. E fiquei interessada num estudo que o Gesner desenvolveu, e eu tinha algumas perguntas, pois você não teve tempo de se debruçar por sobre elas. E eu queria fazer também uma pergunta para o João. Para o Gesner eu queria perguntar o seguinte: você podia explicar um pouquinho melhor como é que se chega à sua conclusão entre concentração e crise daquele teste, porque eu não tive tempo de entender o que era aquela equação toda, nem deu tempo de eu acabar de ler, então se você pudesse explicar ainda que de maneira sucinta. A segunda coisa é o seguinte: você tocou num aspecto que eu acho que é muito correto e que tivemos até oportunidade de discutir numa das milhares de bancas de que andamos participando sobre Bancos, inclusive de orientandos meus, que é a questão de que o setor bancário como um todo e as medidas de concentração contam muito pouco para não dizer absolutamente nada a respeito nem de concentração e nem de concorrência. Então, como você disse, os mercados de depósito são diferentes dos de crédito, o de crédito pessoal diferente do de crédito corporativo, de ativos etc., e cada medida dessa vai dar um resultado eventualmente diferente; no entanto, você apresentou algumas evidências sobre concentração que têm que ver com um tratamento muito agregado, do ponto de vista por exemplo de crédito, de ativos, enfim porque há a questão geográfica etc. Então eu queria que você falasse um pouco mais se isso foi sucinto, porque você tinha pouco tempo, se o trabalho trata de maior abertura. Eu me lembro nas teses que eu orientei que tinha uma dificuldade gigante ter acesso à informação, por exemplo, de crédito pessoal, corporativo ou do cheque especial *vis-à-vis* outros tipos de crédito, e era essa uma razão por que acabamos sempre tratando essa questão com um indicador que no fim não indica nada. Porque a relação entre concorrência e concentração não dizer muita coisa não é típico do setor bancário, é típico de qualquer setor.

Bom, e a pergunta para o João. Eu queria entender um pouco melhor como é que você introduz uma questão que você colocou e que também eu gosto de tratar, que é a seguinte: se você enxerga o setor de Bancos como uma indústria que tem altos custos e recuperáveis endógenos, ela tem a característica de que a relação entre tamanho de mercado e concentração não operam dessa maneira, ou seja, na verdade há uma inversão de causalidade pelo menos na abordagem do Sutton, quanto maior a concorrência, maior a concentração, quer dizer, o resultado é invertido e então, como é que se insere esse tipo de característica dentro da análise que você fez? Obrigada.

■ João Manoel Pinho de Mello

Eu particularmente acredito em custo afundado endógeno no setor bancário. Então, a relação entre tamanho de mercado, concentração e concorrência não é nada clara. A minha relação entre tamanho de mercado e concentração, e entre concentração e concorrência – no mercado normal nós imaginávamos que concentração causa concorrência de maneira estocástica –, aumenta a probabilidade de concorrência, mas não a determina. Eu acho que não sabemos, para o setor bancário de maneira geral, na experiência internacional e para o Brasil muito menos, eu não conheço na literatura empírica algo que estime diretamente custo de entrada endógeno no setor bancário nem exógeno. E como o tamanho do mercado afeta a concentração, então simplesmente não sabemos, o estado da arte é muito... Eu acredito teoricamente, mas sem nenhuma evidência empírica, eu acredito pelas razões e informações.

■ Gesner de Oliveira

Muito bem, muito obrigado pelas perguntas. São dois pontos. Em primeiro lugar, em relação a um mito que seria “a concorrência não é boa para o sistema bancário porque comprometeria a estabilidade”. Então, um dos capítulos do trabalho toma um estudo de 2003, toma as mesmas especificações de uma variável independente, aquela variável que vamos explicar que é uma variável discreta para crise bancária. Então, pega alguns eventos específicos para a crise bancária e há um modelo no GIT no qual como variáveis independentes há várias variáveis macro, variáveis institucionais e no trabalho original havia uma variável de concentração diretamente. O que nós procuramos mostrar é que, seguindo a mesma metodologia, aproximadamente a mesma mostra, o mesmo período, conseguimos melhorar o resultado com a estatística H, substituindo a estatística de concentração e encontrar um resultado, a estatística H mostrando que se você eleva o nível de competição, isso afeta negativamente a sua probabilidade de crise bancária. Quer dizer, esse foi o exercício montado que sugere o rechaçar essa quarta assertiva de que a concorrência não é boa para o sistema bancário. Isso é um ponto. O outro ponto é, de fato, como nós explicitamos – talvez a apresentação não tenha ficado tão clara mas nós topamos o jogo –, vamos tratar dados agrega-

dos apenas para mostrar que com dados agregados não deveríamos aceitar algumas premissas que são muito usuais. Eu me surpreendi nessa discussão recente de *spread*, como facilmente se nota: é óbvio que o mercado bancário é concentrado, é óbvio que aumentou a concentração, e é óbvio que é um cartel. Então, é muito comum apresentar esse tipo de argumento, talvez haja problemas concorrenciais seríssimos, mas os dados agregados não demonstram isso, então a nossa preocupação foi num primeiro momento afastar isso. Mas daí nós partimos para um exercício que é o de considerar diferentes segmentos, por entender que isso vai explicar muito mais do que o mercado agregado, e ao fazer esse exercício nós tomamos algumas variáveis concorrenciais importantes. Ao examinar cada mercado específico, de fato vemos que aquelas nossas matrizes ficam muito diferentes, e a avaliação de barreiras à entrada e de um mercado para pessoa física em uma determinada faixa de renda discrepa muito de um outro mercado para outra faixa de renda, para pessoa jurídica e assim por diante. Então, a diferença entre as matrizes sugere que uma abordagem muito mais profícua para a concorrência seja uma abordagem desagregada, que corresponde mais à análise do mercado relevante. Eu conversava há pouco a respeito de um trabalho anterior em que nos concentramos um pouco no *middle market*. Eu acho que alguns problemas concorrenciais importantes estão relacionados a mercados regionais para crédito, para pessoa jurídica numa faixa de tamanho intermediário, onde, digamos, as alternativas de obtenção de crédito são menores, embora a tecnologia também esteja mudando bastante nesse ponto. Então, esse foi o esforço, mas eu acho a sua pergunta muito interessante porque no fundo ela reflete essa aflição que a temos por estudar os mercados agregados, mas eu mesmo sei, aliás eu tive o privilégio de acompanhar alguns trabalhos sobre sua orientação, que isso era um problema real, quer dizer, não dava para superar os trabalhos. Apenas um comentário institucional que eu acho que decorre dessa discussão: a minha sensação é que importam menos as fronteiras jurisdicionais, quem faz o que, mas eu tenho a impressão de que evoluímos muito bem quando esse tipo de discussão ocorre e passamos para os casos, para os roteiros comuns de análise. Esse avanço é perceptível no Banco Central, eu comentava com o Amaro no intervalo. Esse avanço do ponto de vista da cultura concorrencial no regulador e o diálogo com os órgãos de concorrência em casos concretos e roteiros comuns de análise me parecem o caminho mais eficaz e eficiente e talvez mais previsível sobre o qual tenhamos controle do que o trâmite num projeto no Congresso. Obviamente é bastante importante esse projeto no Congresso, mas é uma variável nem endógena nem exógena, é completamente fora de qualquer tipo de controle da nossa parte.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Eu queria só acrescentar que nossa discussão, que é muito importante, agora está do ponto de vista teórico, mas quando se conseguir um consenso sobre qual *proxy* de mercado que se usa e qual o efeito de uma determinada concentração, vamos colocar os remédios para corrigir essa concentração, que é o grande efeito prático dessa discussão. Doutor Prado.

■ **Conselheiro Prado**

Na minha intervenção, primeiro um comentário e depois uma pergunta. O comentário inicial é que nos últimos tempos a própria cooperação entre o CADE e o Banco Central levou a avançar muito, a meu juízo, e também dos outros órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a visão da relação entre concorrência e regulação no setor financeiro. Em especial, eu entendo que isso é que é fundamental deixar claro: que em momento nenhum se possa imaginar que a questão do *spread* no setor bancário seria ou possa vir a ser resolvida com política de concorrência. Isso é uma questão macroeconômica, que certamente não é objetivo nosso. Eu entendo que muitas vezes há uma impressão fora do nosso âmbito na sociedade que de alguma maneira o CADE ou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência entraria intervindo de alguma maneira, interferindo sobre essa questão do *spread*, que é uma questão bastante complexa, como foi apresentado e certamente não é o nosso foco. O que não quer dizer que eventualmente possa haver outros problemas concorrenciais. Eu entendo que nesse caso a apresentação do Daniel foi muito rica ao levantar aspectos – não pegando especificamente o setor bancário – onde é possível vislumbrar eventualmente alguns problemas nesse setor. Então, a meu juízo, considero fundamental realmente a questão da aprovação da lei, que só falta agora ser finalmente votada, para justamente podermos superar essa fase e entrar numa segunda fase, que é efetivamente tratar das questões concretas do cotidiano, da vida do setor financeiro e do setor bancário especificamente. A outra pergunta é para o Pinho. Eu tenho lido os trabalhos seus, acho bastante interessantes os trabalhos que você tem feito nesse setor, e a pergunta é justamente sobre a questão concorrencial no setor bancário: você analisou bastante o caso americano, e eu sei que há limitações do acesso

a dados, mas a sua percepção é que haveria algum tipo direto ou indireto de indícios de problemas concorrenciais nesse setor, alguma indicação. Eu quero entender um pouquinho, eu estou provocando, você é o acadêmico aqui, pode falar livremente.

■ João Manoel Pinho de Melo

Eu acho que não há um consenso a respeito de nada, mas há uma percepção de que o desempenho do setor é menos do que satisfatório. Se é um problema de oferta/condução ou, como foi apresentado, de cunho fiscal, explica bastante o *spread*, já sabíamos disso, os relatórios de *spread* e juros bancários do Banco Central já tinham mostrado isso; ou se é um problema de demanda não sabemos. O que eu particularmente estimei, e estava conversando com o Marcelo sobre isso, num artigo meu com o colega Valter Novaes, foi a respeito de cheque especial, e nós estimamos uma relação que é entre agressividade de apressamento especificamente para o cheque especial e portfólio do Banco em períodos subsequentes. O que documentamos ali é que, se os Bancos que são agressivos do ponto de vista de apresamento, têm que ter horas nos seus portfólios, ou seja, eles induzem piores tomadores a tomarem mais ou recrutam piores tomadores. Isso explica porque os Bancos relutam em concorrer na dimensão preço nesse produto específico. Eu interpreto esse resultado não como um problema de condução e sim como um problema informacional, mas, de novo, eu acho que nós sabemos pouquíssimo, e por saber pouquíssimo temos que caminhar com muito cuidado em relação, por exemplo, a concentração, concorrência, tamanho de mercado. Sabemos muito pouco, e eu como acadêmico fico muito ansioso ao dizer alguma coisa quando sei muito pouco. Em particular, eu digo que nesse produto específico não há problema de condução *per se*, mas falta de incentivo à concorrência na dimensão preço por razões informacionais mais de demanda do que de oferta. É como eu interpreto o resultado.

■ Cristianne Saccab Zarzur

Doutor Mauro.

■ Mauro Grinberg

Eu quero perguntar ao Daniel. Sou eu, Mauro Grinberg. Eu quero perguntar ao Daniel: quanto ao mercado de dois lados, sabemos que são em geral unidos por uma plataforma, quer dizer, no caso do *shopping center*, ele junta lojistas e compradores todos dentro da mesma plataforma. Ou seja, você vai fazer compras dentro daquele sistema criado pelo *shopping center*, no cartão de crédito a mesma coisa, há duas redes, o jornal etc. Mas quem concorre com quem aí, é a plataforma contra a plataforma ou existe algum sistema que eu ainda não consegui vislumbrar?

■ Daniel Goldberg

Existe um sistema, e não é só plataforma contra plataforma, mas é curioso notar, antes de eu responder, que sistema é esse. Se você ler os textos mais antigos sobre mercado de dois lados, olhando para a evolução da indústria financeira, o lugar onde a competição está quente no Brasil pelo menos não é o lugar onde a literatura do mercado de dois lados imaginaria que estivesse. Então, antes de responder, existe. E curiosamente é um negócio no Brasil que tem gente do mercado na ponta, mas o negócio de credenciamento, que é a coisa de você dentro da rede tentar buscar o maior número possível de lojistas nas mais variadas condições comerciais e colocar dentro dessa determinada rede, é extremamente competitivo no Brasil. Vale dizer, dentro desse sistema de compensação, dentro dessa plataforma nos diferentes Bancos, todos os membros dessa associação competitiva cooperativa competem ferozmente hoje em dia mais do que na parte da emissão, mais pelo negócio que é aparentemente lucrativo porque é um negócio via credenciamento, o negócio de credenciamento, porque me parece, por conta do seguinte, que na hora que o lojista é credenciado pelo Banco, então todos os recebíveis que ele tem das transações cotadas em determinada rede de cartões vão para esse banco, e quanto mais aceita a externalidade de rede, quanto mais ele aceite o cartão, mais recebíveis ele tem que vão ser depositados naquela conta do Banco. Na hora em que ele vira cliente do Banco, o Banco também passa a prestar outros serviços para ele baseado no fato de que ele recebe, só pode receber o dinheiro daquelas transações comerciais naquela continha lá que tem tudo que ver com os custos de troca do Marcelo e do João. Então, a competição

de credenciamento no Brasil hoje é grande mais do que até da competição entre plataformas. Além disso, você tem, por conta do *co-branding*, novos entrantes, por exemplo supermercados, que tomam, que erodem mercados das firmas incumbentes, ainda que no início o façam associados a essas próprias redes. Então, há toda forma, todo tipo de emissão, e como a estrutura de preços é assimétrica, de novo o dilema da boate, as tarifas são diferentes; na prática o que acontece hoje no Brasil é que o preço que cobram para você receber o cartão é muito baixo, eles mandam de graça, é quase que nem o celular hoje em dia, eles mandam o celular de graça, querem que você use o celular depois os serviços. Mandam o cartão de graça, pois hoje em dia a taxa de emissão é quase zero, porque as taxas depois são a de intercâmbio, em que ele é remunerado. De onde o Banco que não te cobrou nada está tirando dinheiro para remunerar o cartão que ele te deu “de graça”, considerando que aquilo tem um custo. Da tarifa de intercâmbio. E de onde vem a tarifa de intercâmbio? Daquela outra tarifa que é a de desconto, que ele cobra do comerciante. Então, o dinheiro faz a volta toda até chegar ao outro lado. Portanto, a competição é feroz, sobretudo no negócio de credenciamento.

■ **Cristianne Saccab Zarzur**

Doutor Laércio.

■ **Doutor Laércio**

Eu gostaria de fazer uma pergunta um pouco mais prosaica, baixando um pouco o nível acadêmico como foi tratado até agora, boa parte do qual eu não entendi, aliás grande parte do qual, já que riram, muita gente não entendeu assim como eu. Algumas coisas eu entendi e me assaltou uma dúvida muito mais como cidadão do que como profissional da área, principalmente a dúvida daquele que não é afeto aos segredos do sistema financeiro. Pelo que eu entendi e foi dito aqui, a começar pelos dados agregados do doutor Gesner, parece que se entende ou pelo menos foi demonstrado que o mercado financeiro brasileiro é pouco concentrado. Também foi dito que é um mercado altamente competitivo. Desculpem se eu estou mesclando várias

apresentações, pois perdi duas. Com muita propriedade, muito didatismo, eu agradeço ao doutor Marcos, pois nós aprendemos também que é um mercado fortemente fiscalizado, além do que é fortemente pressionado por impostos e empréstimos compulsórios. A pergunta que eu gostaria de fazer, e me perdoem pelo nível de prosaísmo, é: como é que um mercado com essas características aqui descritas e que foram ditas hoje a tarde, pode muito além do que simplesmente estocar a riqueza nacional, apropriar-se de boa parte dela, que é o se depreende das altíssimas taxas de lucratividade que o setor bancário apresenta nesse país. Doutor Marcos, o seu didatismo por gentileza.

■ Marcos Cavalcante de Oliveira

Obrigado. Primeiro, eu só gostaria de fazer o *disclaimer* aqui de que eu deixei de ser diretor de instituição financeira em março, mas continuo advogando para elas.

A primeira coisa, só uma pequenina recapitulação: o que eu quis mostrar é que há um impacto da carga tributária, há um impacto da fiscalização e eu usei isso como exemplo para mostrar o impacto do dirigismo do Estado, inclusive pela atuação direta que em pouquíssimos setores no Brasil ainda remanesce, nos Bancos públicos. Então, é um mercado que é forçado a agir em determinadas direções e em determinados patamares de preço e de produto devido à ação da União, esse é o ponto, e qualquer discussão de concentração tem que passar pela União, e não necessariamente fazer a quantificação do impacto, do *spread* ou da cunha fiscal no *spread*.

Quanto a esses aspectos, a questão é a seguinte: pela própria natureza de sua atividade, os Bancos no Brasil como em qualquer outro lugar no mundo estão entre as maiores empresas da economia. Em qualquer relação que se faça por exemplo dos dados públicos disponíveis das empresas de capital aberto, eles ocupam entre 70 e 75% das vinte ou trinta maiores empresas de qualquer economia de qualquer país aberto, independentemente de sua capitalização no mercado, quando olhamos para o seu volume de ativos. Todavia, o volume de ativos que essas empresas geram têm que gerar uma margem que remunera um patrimônio líquido proporcionalmente muito menor. O patrimônio líquido de um Banco, qualquer que seja, é muito menor proporcionalmente falando do que o patrimônio líquido de uma siderúrgica, de uma indústria química ou de uma indústria de papel e celulose. Isso impulsiona os preços a buscarem

margens maiores para poderem remunerar aquele capital menor quando há uma estrutura regulatória muito pesada. Não sei se estou conseguindo me explicar. Ter lucro grande é meio natural para uma empresa grande, porque o lucro é o resultado do seu volume de ativos. Se eu estou entre as dez maiores empresas, como é no Brasil – sete Bancos estão entre as dez maiores empresas brasileiras –, e é natural que entre os dez maiores lucros brasileiros estejam sete Bancos, o problema é que olhamos sempre para o número absoluto e não para o retorno sobre o patrimônio líquido, que é o que o acionista leva no final do dia para casa. Quando se olha retorno sobre patrimônio líquido, primeiro temos duas características: a primeira é que na média os Bancos brasileiros têm retorno sobre o patrimônio líquido semelhante ao dos Bancos internacionais de primeira linha; segundo, quando se compara o retorno sobre patrimônio líquido dos Bancos brasileiros com outros setores que se destacam em termos de liderança empresarial nesse país, como a indústria do aço, a indústria de papel e celulose, a indústria química, e de petróleo, os retornos sobre o patrimônio líquido nesses setores são menores ainda do que os retornos sobre a atividade financeira. Não sei se eu consegui responder à pergunta.

■ Daniel Goldberg

Além dessa questão, que é o fato de que o lucro é uma função do risco do ponto de vista de quem está bancando a conta, ou seja, o acionista, então é preciso olhar o tamanho dos ativos que estão sob risco, e tem um detalhe que é o seguinte: se você perguntar qual é o lucro da indústria brasileira de caixas de papelão, ou qualquer coisa assim, então é só ir lá e ver o lucro da indústria brasileira. Como é que você faz essa conta do lucro brasileiro daquele produto? Você pega todas as empresas que tiveram lucro, todas as empresas que tiveram prejuízo, as que têm prejuízo há dez anos, as que têm lucro há dez anos ou vinte anos, soma tudo, faz determinados ajustes e calcula o lucro do setor. Mas no Banco, quando o Banco tem prejuízo e fecha, o vermelho do Banco não entra na conta. No Banco que quebrou e fechou, você fechou o fundo garantidor de ativo e cobriu a conta; isso não entrou na conta do prejuízo do Banco. Ele zerou na conta. Então, ao contrário da indústria de caixas de papelão, em que a que teve prejuízo de 200 milhões é compensada pela que teve lucro de 500 milhões, e o setor teve lucro de 300 milhões, o Banco que teve um prejuízo de 200 milhões entrou como zero, ele fechou as portas; alguém bancou, pagou os acionistas, e não continuou

funcionando no vermelho com prejuízo por conta dessas características. Então, o que os estatísticos e economistas chamariam de viés de seleção é no fundo o seguinte: quando você conta o lucro dos Bancos, você só está selecionando na amostra os que ganharam o jogo; os que perderam não entraram porque os que perderam saíram. Ao passo que em todos os outros setores que não são regulados, como é o setor financeiro, quem perdeu o jogo entra na conta, conta-se o prejuízo e compensa-se o prejuízo com o lucro e tira-se o saldo. No Banco não, você só conta quem ganhou o jogo. Então isso enviesará um pouquinho a conta, se não fizer esse ajuste. Se você fizer ajuste com todos os Bancos que quebraram e você contar o prejuízo que eles deram na conta da lucratividade do setor, você vai descobrir que os Bancos que deram certo ganharam muito dinheiro e que os Bancos que deram errado perderam muito dinheiro.

■ Mauro Grinberg

Permita-me só um adicional, completando o raciocínio do doutor Daniel, é que há uma outra característica no mercado brasileiro quando comparado com os mercados mais desenvolvidos, que é a extrema informalidade da informação. A qualidade da informação sobre a maioria dos setores econômicos, principalmente nos agregados, é muito ruim. Qual é a rentabilidade média do setor da indústria de alimentos no Brasil? Quantas empresas na indústria de alimentos no Brasil têm capital aberto para publicar seus balanços e eu poder realmente confiar naquele número? Qual é a rentabilidade da indústria de papel, de caixa de papelão ou qualquer que seja? Então, somente os setores mais rentáveis têm dados publicados e auditados. Há um segundo viés nessa linha de comparação também na própria disponibilidade da informação.

■ Cristianne Saccab Zarzur

Mais alguma pergunta? Eu queria agradecer muitíssimo aos nossos convidados de hoje pelas ilustres palestras, e agradecer a todos pela presença. Nós vamos ter a premiação do Prêmio IBRAC-ESSO e gostaria que todos ficassem para acompanhar a premiação. Obrigada. (pausa) **(final do painel)**.

**Painel III – O CADE, A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA E AS TENDÊNCIAS / CADE –
CASE-LAW: RECENT DEVELOPMENTS
AND NEW TRENDS**

Coordenadores / Chairpersons: Sérgio Varella Bruna e Dra. Elizabeth Farina

Mesas de Debate

Tema 1. Condições para aprovação de atos de concentração: medidas estruturais ou comportamentais? A negociação com os administrados; sua adequação a cada caso concreto; a participação de terceiros interessados na proposição de tais condições; a implementação e seu monitoramento.

Debatedores

Arthur Badin – Procurador-Geral do CADE

Luis Fernando Rigato Vasconcellos – Conselheiro do CADE

Luis Fernando Schuartz – Conselheiro do CADE

Mauro Grinberg – IBRAC

Marcelo Procopio Calliari – IBRAC

Sérgio Varella Bruna: Bom dia. Queria convidar aos nossos participantes que estão ainda do lado de fora para entrar no plenário, e vamos começar os trabalhos desses painéis, que tomam a manhã agora do segundo dia do nosso Seminário. Cabe-me fazer em primeiro lugar um esclarecimento sobre, vamos dizer assim, a dinâmica deste painel. A idéia que tivemos foi organizar algo diferente aqui para o nosso sábado, foi tentar trazer os Conselheiros, o Procurador, enfim, as autoridades aqui presentes para discutir temas que são de interesse da comunidade. Então, fizemos uns levantamentos, consultas sobre os temas que haveria interesse em discutir com os membros do CADE, e selecionamos, vamos dizer assim, três grupos de problemas. São esses que nós vamos tratar em três painéis pela manhã. A idéia é fazer isso com o maior nível de informalidade possível, com a maior interatividade possível com o plenário, de sorte que o meu papel nessa mesa se resume a tentar organizar o debate e controlar o tempo para que seja possível cobrir esses três grupos de temas na parte da manhã. Então, a idéia é fazer isso em três horas, sendo que cada grupo de temas terá uma hora para discussão, e vamos fazer um intervalo entre o segundo e o terceiro grupo. Cada hora dessas três será distribuída mais ou menos assim, e, vamos dizer assim, a organização interna dos painéis vai variar porque houve conversas em separado e cada um dos grupos vai ter a sua própria conformação. Mas os representantes do IBRAC vão expor um problema, não exatamente fazer uma apresentação, dar

a palavra aos representantes do CADE, que vão fazer considerações sobre esse problema e, uma vez que isso tenha sido feito, vamos abrir perguntas ao plenário e tentar estabelecer um diálogo com o plenário, de modo que o tema vá e volte da mesa. Então, basicamente acho que eram essas as condições que me cabia explicar. Eu vou passar a palavra para o Marcelo Calliari e para o Mauro Grinberg para que eles comecem esse nosso primeiro painel.

Marcelo Procópio Calliari: Bom dia a todos. Como o Sérgio falou, eu e o Mauro vamos apenas apresentar o tema, colocar algumas das questões importantes que se destacam nesse tema e passar a palavra para os membros do plenário, para que discorram sobre isso, comentem, dêem exemplos, discordem.

Interessante que a atuação das autoridades de defesa da concorrência engloba em análise de atos de concentração duas tarefas básicas, que é identificar quais são os atos que podem gerar prejuízo à concorrência e depois decidir o que fazer com eles. E se discute muito mais a primeira tarefa do que a segunda, há muito mais discussão sobre como é feita a análise em fóruns como esse e mesmo na doutrina do que a discussão efetivamente sobre o que fazer quando se identificam esses problemas. Na verdade, essa tarefa é igualmente importante, e é talvez por isso que os membros do IBRAC tenham selecionado esse tema como importante para a discussão.

Eu queria trazer alguns pontos que foram na verdade levantados pela OCDE numa discussão que houve, numa mesa redonda há cerca de dois anos, sobre exatamente esse tema, em que se levantaram questões de todos os países-membros: quais seriam os pontos-chave cruciais que as autoridades de concorrência têm que abordar, na hora de determinar os remédios ou as restrições a serem usadas nesses casos. Não vou falar de todos, vou apenas levantar alguns e também um que não foi levantado pela OCDE, curiosamente para nós, que vai ser objeto de uma pergunta mais elaborada pelo Mauro depois. Assim, então, ao identificar quais seriam os princípios gerais a serem seguidos pelas autoridades de concorrência quando vão impor restrições a operações, um deles é que o remédio não deve ser tão restritivo ao mínimo necessário para resolver o problema. As autoridades têm que se preocupar em não impor uma restrição além daquilo que é o estritamente necessário. Isso eu acho que é algo que é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o CADE, na sua atuação, tem que compatibilizar princípios constitucionais diferentes da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência. E a necessidade de não restringir mais do que o necessário para proteger o outro, acho que impõe essa mesma preocupação ao CADE na

hora de sua aplicação. Uma preocupação grande das autoridades pelo mundo é que as restrições têm sido muito focadas, e não devem ser utilizadas para melhorar o mercado, a operação, ou disfarçadamente tentar avançar objetivos de política industrial. Na verdade, eu estou colocando esse tema porque eu gostaria depois de ouvir as reações dos Conselheiros e do Procurador Geral com relação a como o CADE tem atuado e se eles concordam ou não concordam com isso, e se isso tem se refletido nas decisões do CADE.

Uma grande discussão que surgiu é a relação entre restrições estruturais e comportamentais. Ainda que haja uma discussão grande sobre a definição estrita entre os dois tipos e uma zona cinzenta entre eles, houve mais ou menos um consenso de que em geral há preferência por remédios estruturais, mas essa preferência vem diminuindo, não é tão forte quanto foi nas últimas décadas, na medida em que há diversos tipos de operação em diversos tipos de mercado em que restrições comportamentais podem ser preferíveis. Foram citadas, por exemplo, operações com efeitos verticais que podem ter seus efeitos anticompetitivos mais bem abordados de maneira comportamental em alguns casos e mercados de alta tecnologia, de grande inovação, em que há risco da intervenção da autoridade mais definitiva gerar distorções na evolução, especialmente porque tanto as autoridades quanto as próprias partes não sabem quais serão os desenvolvimentos. Eu acho que um exemplo disso é dado por um estudo que a União Européia fez tentando identificar quais os resultados de suas decisões de restrição nos últimos anos. A Federal Trade Commission havia feito esse estudo um tempo atrás, e a União Européia completou o dela recentemente. Aliás, uma outra sugestão para o CADE, que é bastante interessante, é olhar para trás e ver qual foi o efeito concreto de suas decisões. A União Européia, por exemplo, concluiu em alguns casos que houve uma categoria de remédios inúteis de restrições que foram impostas que eram absolutamente desnecessárias dado o que aconteceu com o mercado, especialmente, por exemplo, na área de Internet, em portais *business-to-business* e *business-to-consumer*, em que houve uma época em que muitas restrições foram impostas pelo mundo todo, e a conclusão deles olhando para trás foi que foram inúteis, e não era necessária uma intervenção excessiva da autoridade. Esse temor de intervenção excessiva em relação a esses mercados é algo que foi destacado.

E, finalmente, só para complementar um ponto, é interessante a discussão que há com relação aos casos de desinvestimento, que supostamente seriam os preferíveis de uma reestruturação estrutural que recrie condições de concorrência, para eles investirem num negócio completo, inteiro. É uma empresa que tem tudo funcionando, ou pegar pedaços de diferentes negócios e criar um

pacote e ofertar para o mercado. A maioria das autoridades apresentou uma preferência pela venda do que eles chamam *on going concern*, de uma empresa já funcionando no mercado, mas na prática não é o que se viu.

A União Européia, também como exemplo, só identificou que os casos de desinvestimento, para cada três casos de *mix and match remedies*, de soluções, aliás, que juntavam pedaços de diferentes negócios, havia dois de venda de negócios de empresa. Quer dizer, na prática, ela utilizava mais o outro e por uma série de razões. Seria interessante também que os Conselheiros se manifestassem quanto à dificuldade às vezes de se identificar um negócio completo; às vezes a atividade em que você quer desinvestir pode não estar concentrada numa empresa, ou os ativos necessários podem não estar concentrados, ou o próprio comprador pode não ter interesse nisso.

Eu vou só introduzir o tema para o Mauro, mas o que me chamou a atenção foi que nesses pontos levantados pela OCDE não se levantou a questão da negociação entre as partes e a autoridade. Isso me chamou muito a atenção, porque isso não foi considerado um ponto importante, e então eu comecei a analisar as submissões de cada uma das diferentes autoridades que apresentaram, e o que percebi foi que, na verdade, não é uma discussão para eles, porque todos dão como fato da realidade que há essa negociação prévia. Acho que não existe a discussão se é importante ter ou não negociação fora do Brasil porque em todos os casos ela existe. Eu fui a Austrália, Canadá, Dinamarca, Alemanha, Japão, Lituânia, Holanda, Noruega, Suécia, Reino Unido, evidentemente Estados Unidos e União Européia, e de maneira até notória essas negociações são bastante acirradas, mas o curioso é que há países em que destacam, por exemplo a Alemanha, em que o próprio *Bundestag*, o órgão alemão, reconhece que é em geral incapaz de determinar quando recessões potenciais são praticáveis, são realizáveis do ponto de vista técnico e econômico sem o acordo das partes. Quer dizer, as autoridades reconhecem a importância e a necessidade para o atendimento eficaz da negociação com as partes, que é algo que não é da tradição do CADE. Nós reconhecemos a dificuldade institucional de estabelecer isso, mas permanece como uma questão importante, pois é algo que é feito no mundo inteiro, e todas as autoridades reconhecem que isso é fundamental, mas não é feito no Brasil. Quer dizer, é uma colocação que fazemos e que o Mauro vai elaborar um pouco mais.

Mauro Grinberg: A idéia básica que nós queremos desenvolver aqui é o que já se denominou de o princípio da não surpresa. Muitas vezes estamos diante do plenário e ficamos conhecendo ou passamos a reconhecer uma restrição naquele momento. Certo que eventualmente já existem pareceres prévios recomendando, mas também é certo que muitas vezes o CADE não tem essa preocupação com todos esses pareceres. Então, basicamente, a idéia é negociar as restrições.

Eu estava conversando com o Conselheiro Cueva hoje de manhã e ele me dizia que a dinâmica de um órgão colegiado, sobretudo a dinâmica do CADE, não pode ser adaptada plenamente ao que ocorre nos Estados Unidos e na União Européia. Isso é verdade. Com quem nós vamos negociar? Com o CADE todo, com o Conselheiro-relator. Enfim, é preciso reconhecer que há essa dificuldade, todo órgão colegiado tem a sua própria dinâmica. Mas houve recentemente um caso em que um termo de compromisso de desempenho era lido com a sua formulação para o plenário aprovar e, em dado momento, dada a discussão instaurada, o Conselheiro-relator sabiamente tirou o processo de pauta para negociar com as partes, e as partes vieram a negociar um TCD, que reconhecidamente pelo Conselheiro-relator foi melhor do que na sua formulação original, e a Conselheira-presidente até sugeriu que esse procedimento fosse tomado doravante em casos de TCD. E eu posso acrescentar que acho que esse procedimento pode ser tomado doravante em casos de restrição em geral, e não só naqueles em que há assinatura de TCD, de modo que eu passo agora para os Conselheiros, ao seu presidente de mesa, Sérgio.

Arthur Badin: Bom dia a todos. Tradicionalmente nas mesas do IBRAC se tem uma recomendação, uma regra de ouro de que não se discutem casos concretos, para evitar até o constrangimento à autoridade. Considerando que nesse caso específico citado pelo doutor Mauro, essa regra serviu para proteger a minha divergência em relação ao doutor Mauro, que enquanto patrono dessas requerentes se opôs à imposição de um TCD, eu me sinto à vontade para explicitar o caso, e tocar no assunto, porque eu acho que realmente há um precedente. É um caso interessante a ser discutido, para que possamos a partir dele levantar algumas reflexões.

Nesse caso específico o Conselheiro-relator havia imposto algumas restrições na sua decisão, e eu sugeri ao Conselheiro-relator que não o fizesse com cominações impostas na decisão, mas sim que por uma conveniência da execução e da efetivação da decisão fosse transposto esse dispositivo para um instrumento apartado chamado TCD. Mas as cominações já poderiam ter

sido impostas. Assim como as cominações seriam impostas na decisão, não me pareceu que, estando o Conselheiro convencido de que aquelas eram as determinações necessárias para a implementação, a aprovação do ato, sem que causasse danos à concorrência, e que a opção pelo TCD cumpria um juízo de conveniência da execução e da implementação da decisão, em que poderia o Conselheiro dizer: “eu aprovo a operação desde que seja celebrado este TCD com essas condições aqui determinadas”. Ele poderia ter feito isso no dispositivo da decisão: “aprovo, desde que se cumpram essas determinações”. Simplesmente, por uma questão do instrumento de formalização dessas imposições, dessas restrições optou-se por que fossem feitas num TCD. E o doutor Mauro se opôs então dizendo que, se há um TCD, deve ser negociado, tem que ser fruto de um processo de negociação entre as partes. Então, a partir deste ponto do caso, já explicitadas as posições claramente, é que eu gostaria de comentar com os senhores um pouco sobre o TCD, por favor.

Em primeiro lugar, é preciso ter clareza sobre quais são as quatro alternativas ou decisões possíveis do Conselho. A primeira delas é o não conhecimento, naqueles casos que, com a vênua aqui do Conselheiro Schuartz, que discorda, não se enquadram na hipótese do artigo 54, em nenhuma das hipóteses do § 3.º das presunções relativas de danosidade. O Conselho não tem conhecido, criando então um esforço de criar uma jurisprudência discernindo quais casos devem ser apresentados e quais não. O Conselho pode aprovar o ato de concentração quando entender que não há qualquer risco de dano à concorrência, que da operação não decorre prejuízo ao mercado ou criação de posição dominante, ou pode reprová-lo completamente determinando a descontinuação total da operação ou – e, aí sim, se encontram os casos mais complicados – a aprovação condicionada, a oposição de restrições, restrições estas que podem ser impostas da seguinte maneira: a primeira é a determinação de uma desconstituição parcial, venda... A lei não especifica o que seria uma desconstituição parcial, em que sentido se deve entender essa desconstituição parcial, se se pode por exemplo determinar a venda de um outro bem, de um outro ativo que não foi objeto específico do ato de concentração. Em princípio, parece que sim, mas a lei usa essa expressão; ou determinar cominações, providências que eliminem os efeitos concorrenciais; ou ainda determinar a celebração de um TCD, quer dizer, condicionar a aprovação do ato de concentração à celebração de um termo de compromisso de desempenho. Essas três soluções, as três formas de imposição de restrição se aplicam àqueles casos de atos de concentração em que as eficiências, ou melhor dizendo, as hipóteses do § 1.º do artigo 54 justificam a aprovação da operação.

Nas perguntas que se colocam e já foram de certa forma suscitadas aqui pelos provocadores, acho que a primeira questão é: o TCD e cominação. De fato, há uma alternativa em favor do Conselho ou toda a vez que o CADE não for aprovar ou rejeitar totalmente, ele deve impor essas restrições via TCD? O conteúdo, o TCD, como parece crer o doutor Mauro, é negociado, é barganhado ou é imposto pelo Conselho? Pode esse TCD ser um instrumento de implementação de política industrial, e uma forma de obrigar as partes a que cumpram determinadas metas estranhas à questão da concorrência propriamente dita? Podem ser alteradas as suas cláusulas posteriormente, uma vez que é um ato de negociação, e perdura ao longo do tempo, verificadas supervenientemente as condições que mostrem ser necessária a inclusão de uma ou outra restrição. Pode o Conselho determinar sua alteração ou a modificação das condições contratuais? E eu acho que a pergunta mais ansiada aqui pelos provocadores é: qual é o momento em deve ser negociado ou qual seria esse momento da negociação do TCD?

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que a lei diz de forma indubitável que o CADE definirá o conteúdo do TCD. De modo que a palavra “negociação”, no sentido de barganha, de concessões mútuas não se aplica propriamente ao TCD, pois o CADE vai impor aquelas restrições que lhe pareçam necessárias para que sejam mitigados ou afastados os riscos à concorrência. Não há propriamente, portanto, uma negociação; pode haver eventualmente momentos de persuasão, de oportunidade às partes requerentes para influenciar positivamente o convencimento dos Conselheiros a respeito da adequação de tal ou qual remédio. O objetivo do TCD é vincular as partes ao cumprimento das justificativas que foram expressas no momento do requerimento do ato de concentração, e nenhuma outra referente a política industrial, o que acabaria violando, e seria até inconstitucional, por implicar planejamento econômico. Haveria um déficit democrático enorme nas justificativas não só declinadas no momento da apresentação do ato de concentração como nas que foram consideradas pelo Conselho como fundamentais para a tomada de decisão de aprovação com restrição.

É importante que, se o Conselho duvidar da possibilidade de cumprimento dessas metas, que devem ser explicitadas qualitativa e quantitativamente no instrumento, não é o TCD o instrumento adequado para a aprovação. Não se permite usar o TCD para a aprovação do ato de concentração. E, no caso de celebração do TCD, parece claro que não pode o Conselho, posteriormente à sua celebração, alterar as suas modificações, a não ser em caso de descumprimento justificado. É um ato jurídico perfeito e portanto só pode

ser alterado em acordo entre as partes e em caso de cumprimento justificado. Então, estas são algumas conclusões que eu queria deixar claro para avançar no último *slide*: não há um direito subjetivo ao TCD ou à negociação dos remédios. O CADE pode impor no julgamento do ato de concentração esses remédios. A opção entre impor isso numa decisão ou por meio de um TCD é um juízo de conveniência e oportunidade do Conselho a respeito da melhor forma de instrumentalização de sua decisão, e posterior execução. Portanto, diz respeito a um juízo de conveniência e oportunidade. Mas eu reconheço, todavia, que esse caso citado pelo Mauro é paradigmático, pois demonstrou que a negociação se mostra importante para que o Conselho possa, a partir das informações que são prestadas – obviamente essa é uma tira muito grande de informação, pois as empresas conhecem muito mais o mercado do que o Conselho –, para que a decisão possa ser o mais aderente à verdade factual e possa então ser mais útil e mais eficaz, mais respeitada. Isso não significa, no entanto, que deva haver em todos os casos em posição de TCD essa fase de “negociação”, de discussão entre CADE e empresas a respeito do objeto dos remédios que vão ser fixados.

Muito se diz a respeito do momento da negociação dos remédios – e isso evoca a experiência da Comissão Europeia e de todas as outras autoridades citadas aqui pelo Calliari –, de no trilho processual, em determinado momento a autoridade virar para as requerentes e dizer: “eu não vou aprovar essa operação por causa desses problemas, e enquanto você não me apresentar uma solução para esses problemas, a sua operação não vai ser aprovada”. Qual é o problema, quais as dificuldades enfrentadas e por que no Brasil isso é difícil de ser implementado sem essa fase do *stateman of objection*?

Em primeiro lugar, devido a uma excessiva e pernicioso judicialização do processo administrativo perante o CADE. Enquanto é necessária e se justifica no caso de processo administrativo sancionador, no caso desse processo administrativo autorizativo de ato de concentração se mostra absolutamente inadequada, mas acaba redundando primeiro na colegiabilidade citada indiretamente pelo Conselheiro Cueva, que torna difícil essa negociação entre partes e Conselheiros. Quem é o interlocutor adequado? Como vincular todos os Conselheiros a essa primeira variação a respeito dos problemas encontrados no ato de concentração? Assim, como no Judiciário os Conselheiros se sentem autarquias, quer dizer, são autarquias, cada um pensa e decide como entende e como lhe convence, e o jogo só termina quando o juiz apita, quer dizer, o caso, a vontade dos Conselheiros, o voto do Conselho, o entendimento do Conselheiro só se revelam de forma clara no momento do julgamento.

Portanto, qualquer negociação prévia torna difícil conferir alguma segurança às partes que estão negociando, para propor, sem saber de fato se há um entendimento do Conselho a respeito do diagnóstico, se comungam os Conselheiros do mesmo diagnóstico feito pelo Conselheiro-relator a respeito dos problemas encontrados naquela determinada operação, e isso cria um incentivo muito ruim para os advogados ficarem até o último minuto do segundo tempo tentando discutir a própria avaliação, se de fato aquela avaliação que foi feita é adequada e pertinente. Quer dizer, até o último minuto do segundo tempo o advogado vai tentar persuadir os demais Conselheiros de que aquele mercado relevante não é tão restrito como definido pelo Conselheiro, portanto as preocupações dele não se justificam e tal, o que polui e torna muito difícil a negociação clara e objetiva dos remédios.

Um grande problema que torna isso difícil no Brasil é a análise *ex-post*. Na Comissão Européia, o incentivo dos advogados, o incentivo das partes requerentes é colaborar com a negociação e encontrar uma solução para aqueles problemas identificados, porque enquanto não forem solucionados a operação não é aprovada, não pode se efetivar. No Brasil não, o incentivo é ao contrário; o incentivo é o prolongamento indefinido da discussão sobre os remédios. O outro problema é a ausência de previsão. O IBRAC sugeriu na discussão do regimento interno uma emenda em que num determinado momento do processo administrativo, o relator proferiria um despacho saneador em que identificaria quais são os problemas que ele identificou. Quer dizer, foi uma tentativa de criar esse momento do *stateman of objection* e dizer: esses são os problemas e você deve me apresentar soluções para eles. Isso é muito complicado no Brasil, porque isso pode implicar uma precipitação da judicialização, ou seja, o Conselho diz que não vai poder aprovar a operação por causa desses problemas. E então, vai-se discutir no Judiciário se de fato esse diagnóstico está correto ou não, se essa definição de mercado relevante está adequada ou não, enfim, e aí a parte dos remédios fica para depois que o doente já está morto.

O projeto de lei que foi encaminhado pelo Governo Federal e está em tramitação no Congresso Nacional tentou criar um momento, como é que eu posso dizer, em que são expostas as dificuldades que o órgão vê naquela operação, o tal do *stateman of objection*, que é quando o Superintendente de Defesa Econômica impugna perante o tribunal a operação. Mas mesmo assim enfrentaremos os mesmos problemas, pois quem decide no final das contas é o Tribunal, são os Conselheiros e estes são autárquicos, decidem em colegiado, e daí todos os problemas que eu já levantei anteriormente.

Recentemente, o Conselho adotou uma solução que me pareceu bastante criativa – honras sejam feitas ao Conselheiro Schuartz –, que foi fazer o seguinte: apresentar em despacho ao Conselho com as razões pelas quais ele entendia que a operação devia ser aprovada e quais eram as eficiências e os remédios que poderiam ser discutidos, ou pelo menos uma indicação inicial da discussão. Esse despacho foi aprovado pelo Conselho e aí então se inaugurou uma fase de negociação mais objetiva a respeito dos remédios com as partes. Não sei nem como isso terminou, mas o Conselheiro pode até dar uma notícia a respeito. Uma outra solução, sempre suscitada, é a informal, uma reunião informal, em que o Conselho apresenta suas razões. Mas mesmo assim a parte nunca vai ter a certeza exata se de fato todos os Conselheiros comungam daquele entendimento, daquele diagnóstico. Então, essas são as minhas considerações iniciais, e deixo o restante para o debate.

Termo de Compromisso de Desempenho (TCD)

Arthur Badin
Procurador-Geral do CADE

Decisões em AC
Não conhecimento
Aprovação
Ausência de potencial prejuízo à concorrência
Reprovação: desconstituição total
Aprovação condicionada (restrições)
“Desconstituição” parcial
“Cominação”: qualquer ato ou providência que elimine os efeitos anticoncorrenciais
TCD

Problematização

TCD X Cominação: alternativas a critério do CADE?
Conteúdo “negociado” ou imposto?
Instrumento de política industrial?
Podem ser definidas metas diferentes das justificativas alegadas?
Podem ser alteradas suas cláusulas?
Deve o TCD ser “negociado” ? Quando?

A lei

O CADE definirá o compromisso
Objetivo: cumprimento das justificativas expressas no requerimento
Quando houver certeza de que os objetivos podem ser alcançados
Viabilidade de fixação de prazos e metas qualitativas e quantitativas
Revogação da aprovação em caso de descumprimento injustificado

Conclusões

Não há direito subjetivo ao TCD ou à negociação dos remédios
Instrumento de efetivação da decisão
Juízo de conveniência e oportunidade
Todavia, a discussão (“negociação”) pode ensejar uma decisão mais aderente à verdade dos fatos e, portanto, útil e eficaz

Statement of objections
“Judicialização” (1) do CADE
Análise ex post
Ausência de previsão
Risco de “judicialização” (2) prematura
Projeto: objeções suscitadas quando da impugnação perante o Tribunal
Alternativas e proposições

Obrigado!

Arthur Badin
arthur.badin@cade.gov.br

Mauro Grinberg: Só queria fazer uma observação. Quando eu falei em negociação, não era no sentido de barganha mas de cooperação.

Sérgio Varella Bruna: Então, só pedirei para que cada uma das intervenções tenha cerca de 10 minutos, para a gente conseguir tempo no plenário.

Luis Fernando Rigato Vasconcellos: Em homenagem ao presidente da mesa, vou tentar ser bastante mais breve no uso do meu tempo. Vou ten-

tar ficar bastante aderente às sugestões de debate encaminhadas tanto pelo Marcelo Calliari quanto pelo doutor Mauro Grinberg.

Quanto ao primeiro ponto que foi ressaltado pelo doutor Marcelo, em relação aos princípios gerais que devem nortear o controle de atos de concentração por uma autoridade antitruste, reportando-se ao parecer que ele havia mencionado da OCDE, pelos itens que eu consegui anotar, a restrição não deve ser maior do que aquilo que é estritamente necessário. Aproveito esse ensejo também para emendar com uma preocupação manifestada pelo doutor Mauro Grinberg de que nas decisões não deve haver muita incerteza. Ora, não se deve confundir não deve haver muita incerteza com deve haver certeza sobre a decisão; são duas coisas completamente distintas, e certeza não deve haver porque o que norteia a sua análise daquele ato de concentração são critérios objetivos, ou seja, se você submeter um mesmo ato de concentração a um conjunto de Conselheiros diferentes, distantes do tempo, o resultado esperado não deve ser substancialmente diferente, isso é a certeza da aplicação do controle de atos de concentração.

O segundo ponto levantado foi questões estruturais *versus* comportamentais. Ao final da minha curta exposição, eu quero ver se eu ataco a questão da negociação de restrições de remédio, que é diferente, na minha opinião, do que é o TCD; negociações de remédios antecedem, podem eventualmente anteceder um eventual TCD. Mas quanto ao ponto estrutural *versus* comportamental, que eu acho que está bastante relacionado com o terceiro ponto apontado pelo doutor Marcelo Calliari, que era desinvestir um negócio completo *vis-à-vis* desinvestir um negócio criado por um conjunto de ativos das empresas requerentes, as restrições estruturais têm sido reiteradamente propaladas pela literatura e pela prática antitruste como mais eficientes do que as restrições comportamentais, dado ser uma recomendação enquanto na recomendação comportamental exige da autoridade antitruste normalmente um padrão de monitoramento do que acontece *ex-post*; a fusão é bastante considerável, no remédio estrutural não. A questão é que se percebeu que isso não é exatamente verdadeiro. Quer dizer, a construção de um conjunto de remédios estruturais também depende muito de quem compra os ativos postos à disposição pelas requerentes. Primeiro: de que requerentes engajadas em quais atos de concentração nós estamos falando aqui? Ou seja, as engajadas em atos de concentração que trazem efeitos anticompetitivos não compensados por nenhuma eficiência ou pelas excepcionalidades previstas no artigo 54 tendem a usar esse poder de mercado de uma certa forma, e normalmente se entendeu que a soma das capacidades produtivas permite

algum uso não competitivo dessa capacidade – eu estou supondo que já passamos por toda a análise antitruste, e estamos com ato de concentração, que merece a recomendação de algumas restrições. Então, elas tendem a usar esse poder não por uma questão de racionalidade – os controladores e administradores das empresas envolvidas naquela operação sabem disso, e muito provavelmente aquilo deve ser usado. Então, esse é o cenário que se desenharia a qualquer negociação acerca dos remédios. Dependendo do conjunto de ativos que existem disponíveis, não é possível oferecer uma montagem inteligente, nem a autoridade antitruste está preparada para isso, para ficar pensando ativos de empresas fundentes, desenhar uma nova empresa que seja capaz de competir, de rivalizar com a empresa resultante da operação. E, pior, quando nós chegamos a esse ponto, quem é o provável comprador desse conjunto de ativos? É o segundo ou terceiro colocado no mercado. É muito pouco provável que se fale de um entrante que não tenha nada que ver com o mercado anteriormente alvo da operação, ou seja, há então as três empresas, as duas ou mais engajadas no ato de concentração e o provável comprador tem interesse no exercício do poder de mercado. Então, eu acho que essa é a razão, um pouco apontada pelo Marcelo Calliari, inclusive nas recomendações estruturais, que não sendo isentas, de problemas *a posteriori* das recomendações da autoridade antitruste.

Terceiro e por fim, a questão própria ao debate que temos nessa mesa, que é da negociação com as partes. Ora, pela minha experiência, daquilo que eu tenho observado no CADE, um ato de concentração que chega com alguma recomendação seja de que natureza for da SEAE tem um primeiro impacto inicial no CADE: 1) O mercado relevante foi definido erradamente, está muito estreito; 2) A operação não gera risco antitruste; 3) Isso que nos é ofertado no CADE pelas partes, o mercado relevante, está errado; a operação não gera efeito antitruste e se gerar nós vamos nos comportar como bons escoteiros, não vão ter nenhum problema, nenhum risco antitruste. Não estou falando como deveria ser, estou falando como me parece que aparece para nós depois de um parecer desfavorável da SEAE. Quer dizer, normalmente é oferecido um remédio estrutural. Ora, acreditem em mim, a operação não tem, não traz nenhum risco à concorrência; vou me comportar adequadamente, mas vale a pena a autoridade antitruste se arriscar. Quer dizer, um erro que deve ser preocupante é você transformar o ato de concentração de hoje na conduta competitiva de amanhã; errar nessa possibilidade é um erro grave, preocupante para a autoridade antitruste, quer dizer, transformar um ato numa conduta nas barbas da autoridade. E, por fim, esse é um pouco o

cenário quando se fala de negociação. Aí vêm as questões que eu acho que já foram apontadas aqui, que são pertinentes e que eu não queria deixar apenas na questão da natureza colegiada da decisão. É claro que isso tem um efeito sobre a maneira como o negócio vai adiante, mas também sobre a natureza da decisão de atos de concentração de uma maneira geral.

Ao contrário das condutas anticompetitivas ou das decisões normalmente pertencentes ao Judiciário, que são muito mais binárias – é zero a um, defiro ou indefiro –, lá no final, no julgamento da análise antitruste, o conjunto de remédios que o Conselheiro pode desenhar é bastante amplo, não está restrito por nada. Então, vocês podem ver pelas decisões, pelas sessões do CADE, que muitas vezes não é fácil chegar ao que é a melhor recomendação. Isso também era alvo de discussão, é da natureza da análise de ato de concentração no Brasil, primeiramente pela natureza colegiada e em segundo lugar pela análise *ex-post*, quer dizer, quando nós estamos fazendo isso? Estamos normalmente há dois ou três anos, data em que a operação foi realizada. Quer dizer, se não houve nenhuma cautelar, nenhum ato ao início do período, é um cenário para iniciar qualquer tipo de negociação e tem que ser considerado. Eu não vou me estender, e imagino que essas sejam algumas preocupações também do Conselheiro Schuartz. Então, muito obrigado.

Luis Fernando Schuartz: Bom dia a todos. Eu pretendo nesses dez minutos que me tocam arriscar um diagnóstico muito simples a respeito das razões pelas quais eu entendo que processo de negociação não se observa com frequência, tendo em vista a definição de restrições para aprovações de atos de concentração. Basicamente, são duas as razões que eu gostaria de propor, e que são ligadas entre si: uma relativa à estrutura institucional, que é uma razão que afeta mais a administração; e a outra é uma razão que afeta mais o lado administrado, que tem que ver com certos padrões de comportamento muito arraigados no Brasil, e que por serem muito arraigados são muito difíceis de serem alterados.

Primeiramente, em relação à razão institucional, tanto que já foi abordado nas exposições precedentes, o CADE e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não são um *eu*, mas um *nós*. Do ponto de vista do administrado, o CADE, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é um *eles* e não um *ele*. Essa é uma afirmação óbvia, mas tem implicações muito importantes, sobretudo no que diz respeito à facilidade com que acordos são ou não negociados. Existem evidentemente fatores positivos associados a essa pluralidade, mas para os fins desta discussão, do estabelecimento de condições

para que processos de negociação possam ser realizados eficazmente, essa pluralidade tem efeitos sobretudo negativos.

Em primeiro lugar, eu vou falar mais particularmente do CADE, os graus de conhecimento dos Conselheiros em relação aos atos de concentração que são notificados são enormemente assimétricos; há níveis crescentes de generalidade. Mesmo supondo que esses graus de conhecimento sejam homogêneos, a interpretação dos fatos por parte de cada Conselheiro é diferente. E é diferente basicamente porque os Conselheiros têm concepções distintas em relação ao risco que seria tolerável do ponto de vista competitivo, e acima do qual uma restrição deveria ser imposta como condição de aprovação, o que por sua vez pode ser explicado por uma razão ainda mais geral, que são as diferentes concepções que são observadas entre os Conselheiros no que diz respeito à própria função do CADE quando avalia atos de concentração. Eu particularmente tenho para mim que a lei é relativamente rigorosa com relação às condições de aprovação de atos de concentração, mas eu sei que essa opinião não é compartilhada por outros Conselheiros, e eu respeito a posição dos outros Conselheiros obviamente, e vice-versa: o problema é que isso gera problemas do ponto de vista das expectativas dos administrados, e aí eu começo a falar das razões que dizem respeito aos administrados.

Em primeiro lugar, aquilo que eu qualificaria de um certo viés de otimismo que tem boas razões históricas, mas que atrapalha um pouco a eficácia de sinalizações no sentido de que uma operação eventualmente não seria aprovada sem restrições, esse viés de otimismo é alimentado por um histórico no Brasil muito fraco de aprovação com restrições. Se compararmos o nosso histórico de aprovações com restrições com o histórico europeu e o histórico americano, nós ficamos muito abaixo do percentual de atos notificados lá que são aprovados com restrições. É claro que alguém poderia dizer que a quantidade de operações notificadas é muito maior lá do que aqui, ou seja, que existe uma distribuição diferente de atos que são notificados, o que afeta a quantidade de atos que são aprovados com ou sem restrições. Mas a minha intuição é que existem causas mais profundas para justificar esse diferente tratamento, e essas causas novamente estão associadas a essas diferentes concepções que existem não só no Conselho mas no Sistema como um todo em relação ao rigor com que o artigo 54 deve ser aplicado. Isso dificulta muito a orientação dos administrados e, como eu falei, alimenta esse viés de otimismo, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos e na Europa, onde existem algumas características observáveis *prima facie* pela autoridade que tornam a probabilidade de uma aprovação sem restrições negligenciável.

É muito claro, do ponto de vista do administrado, que se a sua operação satisfizesse as condições, essas características muito fáceis de serem observadas, a probabilidade de uma aprovação sem restrições seria mínima, portanto ele tem todo o interesse do mundo em se aproximar da autoridade o mais rápido possível para negociar algum tipo de restrição, de modo a permitir a aprovação da operação e não o seu bloqueio pura e simplesmente.

No Brasil, isso não existe, dadas essas diferentes concepções e o fraco histórico que temos de aprovações com restrições, é praticamente impossível inserir nesses dados históricos critérios gerais que permitam que as partes no momento de realização de suas operações saibam ou tenham a expectativa relativamente segura de que a operação não vai ser aprovada sem restrições, o que justificaria novamente uma aproximação ao CADE para fins de negociação. Claro, já foi mencionado anteriormente que o fato de nós não termos uma notificação, a necessidade de aprovação, para que a operação possa ser fechada contribui para dificultar em muito, na medida em que também altera os incentivos que as partes privadas têm para procurar as autoridades e tentar buscar um acordo. Mas isso seria superável, na minha opinião, porque nós temos o instrumento da medida cautelar, nós temos um instrumento do acordo de preservação da reversibilidade. O que realmente dificulta é o fato de que o CADE participa muito pouco do início do processo de análise de atos de concentração, e como todos vocês sabem, esse processo começa na SEAE, depois vai para a SDE e chega ao CADE. Nada impede que o Conselheiro-relator se aproxime da SEAE, ao saber qual o caso que lhe foi distribuído, se aproxime da SEAE inicialmente e tente estabelecer com a SEAE um contato no sentido de chegar a um diagnóstico *prima facie* em relação aos efeitos que a operação provoca. Mas, repito, aí nós esbarramos no problema da pluralidade no interior do CADE, nas diferentes concepções, na necessidade de que as informações sejam difundidas, e na maior ou menor relutância de cada Conselheiro em tomar uma decisão impositiva de restrições, na maior ou menor sensibilidade de cada Conselheiro em relação aos dois tipos de riscos que uma decisão do CADE enfrenta, tanto o risco de aprovação de operações anticompetitivas como o risco de não aprovação de operações potencialmente pró-competitivas. Tudo isso dificulta em muito aquilo, e, na minha opinião – e eu acho que não falo sozinho, pois todos os Conselheiros do CADE adorariam que os atos de concentração tivessem solução consensual –, isso facilitaria a vida de todo mundo e o procurador certamente ficaria muito feliz, pouparia muito do seu trabalho junto ao Judiciário. Mas, na minha opinião, o principal problema é o da pluralidade. Enquanto nós não conseguirmos criar uma for-

ma de resolver esse problema da pluralidade, algum tipo de mecanismo que permita um pronunciamento sumário crível, ou seja, por parte do Conselho como um todo, dificilmente conseguiremos obter esses resultados positivos que foram obtidos nas outras jurisdições. Eu acho que isso basicamente é o que eu tinha para dizer e podemos começar o debate.

Sérgio Varella Bruna: Dr. Mauro.

Mauro Grinberg: Bom, eu quero lembrar aqui que o que tem sido pouco usado na verdade é o APRO e a medida preventiva. Quer dizer, isto, como o Conselheiro Schuartz frisou, altera o incentivo, ou seja, cria o incentivo para a negociação. Mas o que nós estamos falando aqui é de criação de cultura de negociação não como forma de barganha mas como forma de cooperação, a exemplo do que já existe na Europa. A colegialidade realmente cria um problema, é ótima para efeito de transparência, ou seja, o CADE é internacionalmente conhecido pela sua transparência, mas isso cria um problema na hora de negociar, com quem negociar. É preciso criar um sistema que permita a negociação com o Conselho. Mas esse conhecimento *prima facie* pode e deve existir, e é isto que deve ser incentivado, deve-se criar a cultura do conhecimento *prima facie* para que possa ser ensejada esta negociação, não como barganha, repito, mas como cooperação, até porque nessa fase ainda é possível alterar alguma coisa.

Sérgio Varella Bruna: Muito obrigado.

Marcelo Calliari: Um breve comentário, mas eu acho que ninguém discute que o CADE tem o poder de impor as restrições se evidentemente a operação já tiver sido realizada, isso não está em questão. A discussão é se é do interesse do CADE negociar. E pelo que ouvi do Conselheiro Schuartz e que depreendo das posições das autoridades pelo mundo, é do interesse da autoridade muito claramente ter essa negociação antes.

Primeiro, eu acho que o CADE não ganha nada em surpreender as partes, quer dizer, o objetivo do CADE não é chegar no plenário e surpreender as partes; não há nenhum ganho administrativo, nenhuma eficácia em se fazer isso. Pelo contrário, a discussão dessas autoridades todas que eu citei, o reconhecimento delas não é que é de interesse das partes, embora também o seja, mas que é de interesse da própria autoridade fazer um remédio melhor. Elas só admitem que são capazes de desenhar uma restrição mais adequada para o problema que elas levantaram ao negociar com as partes,

que conhecem muito mais o mercado. Muitas delas inclusive – e isso é um ponto que eu posso até introduzir – discutem com concorrentes a proposta das partes de restrição para os problemas identificados. Também poderia ser uma questão até se pensar talvez mais difícil no caso do Brasil. Mas, então, vocês reconhecem que é do interesse da autoridade fazer isso, ainda que não seja a obrigação? A questão passa a ser apenas a dificuldade institucional, e ela existe. Nós reconhecemos e eu tento, tanto quanto os outros Conselheiros, reconhecer isso, mas seria difícil, não exime o CADE de ir buscar uma alternativa para isso se ele identifica que é com isso que ele vai poder cumprir melhor a sua função; passa a ser um desafio buscar essa forma, e eu acho que talvez o Conselheiro subestime a força da mensagem que pode ser passada com uma reunião informal com o plenário em que eles digam: do jeito que está, isso aqui não vai para frente. Se o parecer da SEAE e da SDE hoje não é incentivo suficiente para as partes começarem a negociar, porque sempre há a expectativa de que de repente o CADE pode discordar da SEAE e da SDE, e pode haver uma aprovação sem restrições, portanto não vou começar a negociar agora, isso muda completamente na hora em que há alguma sinalização do Conselho, como todas as dificuldades que o CADE tem que enfrentar para poder melhor cumprir a sua função, uma reunião informal. E eu tenho logo uma sugestão: no plenário em que haja uma discussão, que essa mensagem fique clara, com certeza para as partes é sinal suficiente para que se inicie uma negociação que pode ser benéfica, como eu disse, para a eficácia do CADE.

Mauro Grinberg: O fato de ter havido alguns casos em que as partes se demonstram inaptas a negociar, contrárias, partindo para o tudo ou nada, não quer dizer que a cultura de negociação não possa ser criada.

Sérgio Varella Bruna: Conselheiro Sicsú.

Abraham Sicsú: Bom, eu tinha vindo aqui mais para escutar e aprender, e estou aprendendo muito. Mas eu também compartilho um pouco algumas angústias que eu chamaria de cartesianas, ou seja, de a gente querer objetivar demais os processos. Eu diria que para mim, em todos os aspectos, a pluralidade é a riqueza do CADE. Mesmo quando leva essa angústia de a decisão não ser rápida, porque os interesses do Estado são definidos e concretizados justamente com a sociedade, que é plural, eu não compartilho com essa visão de que a pluralidade pode atrapalhar. Eu quero compartilhar com a visão da pluralidade, mesmo que me leve a angústias cartesianas. Trabalhar em

colegiado é difícil, mas eu estou aprendendo muito. Às vezes achamos que a coisa tem que ser resolvida rapidamente e de repente um outro levanta uma outra coisa, que é muito importante, e depois de algum tempo começamos a perceber que aquele ponto que foi levantado é fundamental. E aí tem uma curva de aprendizado, e nós estamos para essa curva de aprendizado, e aí eu faço um depoimento, como um Moisés do colegiado, o mais jovem, um templo do colegiado, evidentemente em idade mais velho. Eu acho que nós estamos numa curva de aprendizagem muito interessante: as discussões de reuniões internas têm sido riquíssimas; nos casos complicados temos entrado em contato com a SEAE desde o início, e a SEAE tem-nos orientado de uma série de coisas, o que tem ajudado inclusive quando é impossível dar maioria, porque o número de casos é muito grande, não temos tempo. Reuniões colegiadas com partes antes de ir para o colegiado têm ocorrido. Quer dizer, nos casos mais complicados, os senhores advogados mesmos têm provocado essas reuniões, e às vezes até temos a paciência, porque são reuniões que se estendem horas e horas, mas temos escutado com muito interesse. Então, o meu depoimento é o seguinte: eu acho que nós vamos continuar convivendo com essa angústias, mas o processo que nós temos adotado eu creio que é o processo correto para podermos atender aos interesses do Estado. Então, eu queria só dar esse depoimento, compartilhando que às vezes eu saio de Brasília e chego em casa e digo: o que estou fazendo? Mas isso faz parte do processo, faz parte do aprendizado.

Sérgio Varella Bruna: Está aberto à palavra, mais alguém se candidata? Então, eu vou passar para os senhores responderem aos comentários que foram feitos.

Elizabeth Farina: Eu acho que há pontos importantes que estão aqui colocados sobre o desenho institucional do Sistema de Defesa da Concorrência *vis-à-vis* o que acontece em outras jurisdições. Então, é difícil trazer experiências sem alguma adaptação e tem uma outra questão, que está associada a como decidir e qual a rotina que se poderia adotar para melhorar o processo de decisão.

A questão do colegiado é uma questão que, enfim, está dentro do nosso desenho, e que tem vantagens, como o Conselheiro Sicsú colocou. Olha-se a questão de muitos ângulos, trazendo a experiência individual de cada um, que é rica e é importante, mas dificulta de fato uma troca de informações visando a um fim. Um desenho específico de restrição em que se reduza ou em que se aumente a previsibilidade, como quer o doutor Mauro, eu acho toda a difícil-

dade começa na verdade no desenho seja de uma restrição comportamental seja estrutural. O fato é que é muito difícil fazer um desenho, especialmente individualmente, é difícil. Então, eu acho que duas etapas importantes são: primeiramente, chegar a um acordo sobre qual é o problema de concorrência que se prevê num caso de ato de concentração; e segundo, como é que você desenha alguma coisa que seja melhor do que o resultado que você vai obter, porque às vezes você prevê problemas mas o desenho pode piorar ainda mais, seja comportamental seja estrutural. Então, teria que haver um acordo entre o plenário, vamos dizer assim, de duas naturezas: 1) qual é o problema, e aí eu concordo com o Schuartz, quer dizer, qual o grau de interveniência sobre o mercado; e 2) qual é o desenho da solução.

Eu acho que em algum momento iniciar uma conversação com as empresas é importante. Eu não tenho uma resposta, não consegui de toda a troca de experiências internacionais pensar em uma solução dentro do nosso desenho que seja fácil, rápida e segura, como vocês querem, porque essa conversação pode muito bem ser feita pelo relator, que pode chegar e dizer para as empresas: “estou aqui, o problema que eu estou antevendo é este, e estou pensando em impor tal restrição, poderia abrir tudo, estou pensando nisso”. Aí as partes se posicionariam: ”isso não é funcional por causa disso e aquilo, mas temos uma outra idéia que talvez lhe agrade”. Aí se faz uma reunião com o plenário, o plenário já sinaliza assim pela cara: “vai ter problemas aqui, então ponha as suas barbas de molho, pense numa solução, ajude”. Mas de qualquer jeito é aquele tal negócio, na hora da sessão é a hora da decisão, por mais que você tenha esse processo. Eu acho que o caso que foi relatado aqui em que havia um TCD prévio, acho que ele tem um avanço no seguinte sentido: muitas vezes achamos que sabemos qual é o problema de concorrência ou antevemos um problema de concorrência, definimos uma série de restrições mas não fazemos o desenho final dessa restrição. Eu acho que é a isso que o Furquim se referia quando ele propôs o termo de compromisso de desempenho, que podia estar dentro da decisão, não precisava ser um documento separado. Ele desenhou a coisa inteira, então por isso eu acho que facilitou o doutor Mauro ter... Então, de qualquer maneira, e o caso está encerrado também nesse aspecto, eu acho, dado que tudo é discutido na Internet para o planeta, também não sei qual é o grande problema. Mas enfim, eu acho que talvez não consigamos chegar num nível em que o Judiciário confere aos advogados de ter previsibilidade. O ponto é que, em certo momento, acho que é importante que seja dito qual é o problema que estou antevendo. É que isso não vai resolver o problema de chegar, de a coisa avançar e no plenário não ter um acordo. Essa é a minha visão, eu acho que se pode ter momentos,

mas não há como garantir que aquele desenho específico proposto vai ser o que vai convencer a maioria do plenário.

Tem uma outra questão que eu acho que é uma experiência internacional, que eu acho interessante. Por exemplo, quando se propõe uma restrição estrutural de pedaços de um negócio, quando há essa possibilidade de negociar antes – não barganhar mas negociar no sentido de trocar informações etc. –, é se pedir para a empresa apresentar um estudo de viabilidade econômica daquele negócio depois que você redesenhou. Isso é uma coisa que é feita lá fora. Quando fazemos o desenho parece que faz sentido, mas é preciso um estudo de viabilidade econômica de uma venda dessa maneira, e até isso se pode fazer quando se antecipa esse processo todo. Mas eu não vejo isso dentro do nosso desenho com análise *a posteriori* e nos momentos em que os Conselheiros com a sua assimetria de informação conversam, que é basicamente no final, lá no plenário

Mauro Grinberg: Resolve-se com APRO.

Elizabeth Farina: Na verdade você antecipa todo esse problema, porque você negocia o APRO, leva para o plenário, e o plenário rejeita esse desenho. Quer dizer, é de qualquer jeito.

Mauro Grinberg: Você põe o problema no começo e não no fim.

Elizabeth Farina: Não vejo muita solução para essa angústia. Eu acho que podemos melhorar. Quanto ao que fizemos naquele caso, não foi à toa que eu disse que podíamos usar como um início de discussão de rotina, ou melhor, de procedimento. Mas não vejo como superar algumas coisas do nosso desenho.

Mauro Grinberg: É aumentar a previsibilidade.

Sérgio Varella Bruna: Eu queria passar porque há duas inscrições, o doutor Prado e o doutor Cueva, Túlio, e eu queria voltar, eu preciso voltar porque senão não terminamos hoje. Esse painel deveria ter terminado há cinco minutos, então eu queria voltar. Eu acho que aqui na frente primeiro, o Túlio, e depois eu devolvo a palavra a ele e eles terminam.

Luiz Carlos Delorme Prado: Meu comentário é de 30 segundos. Eu estou há dois anos e meio no Conselho, participei de vários casos em que a

negociação foi essencial. Quer dizer, negociação tem havido com muita frequência dentro do Conselho; nós temos tido soluções por meio de negociação bastante razoáveis. Em outra circunstância, tenta-se efetivamente conversar com as partes e não é viável. Como não é viável, paciência. Então, os casos em que não se consegue nenhum tipo de interlocução são muito raros, e eles não o são por algum desvio nem dos advogados nem do Conselho; fazem parte da realidade e farão sempre. Por melhor que seja o desenho institucional, a realidade se impõe algumas vezes, e aí eu compartilho integralmente com a visão que foi colocada aqui pelo Sicsú finalmente: o que define o Conselho – e essa é a sua grande vantagem – são as visões plurais. Eu também compartilho da perspectiva de que o pluralismo, principalmente para uma sociedade como a nossa, é um ganho, e o custo do pluralismo é algum grau de incerteza.

Ricardo Cueva: Eu compartilho basicamente a mesma visão do Conselheiro Prado e meu depoimento nesses dois anos e meio de Conselho é que, na verdade, apesar de todos esses problemas que acabamos de ver aqui nas falas do Procurador e dos Conselheiros serem reais, quer dizer, os relativos aos incentivos, à colegialidade e às dificuldades, eu não vejo em absoluto uma falta de previsibilidade. Normalmente, quando os pareceres da SEAE, do próprio CADE ou do Ministério Público chegam, as partes são ouvidas, e quando o Conselho porventura diverge deles, no sentido de impor alguma restrição que não esteja prevista em parecer, as partes são exaustivamente ouvidas. Eu tenho participado de inúmeras reuniões até redundantes sobre o mesmo tema e, em geral, em casos assim, as partes é que são muito refratárias a propor alguma coisa: elas jogam tudo ou nada. Assim, se pudéssemos extrair alguma regra de bolso, diríamos que empresas monopolistas ou com grande poder de mercado e/ou que tenham grande influência no aparato do Estado não têm nenhuma disposição em negociar, por mais insistente que o Conselho seja. Por mais horas que se percam em mesas de negociação, elas jamais se darão limite. Outras empresas, empresas multinacionais que têm muito a perder ou que têm algum incentivo para evitar contingências lá fora na matriz terão, com honrosas exceções, tenderão a negociar e apresentar uma proposta alternativa de desinvestimento ou de medida comportamental.

Arthur Badin: Posso só fazer um comentário em relação ao que o Ricardo comentou? Essa intransigência das partes de negociarem os remédios de forma mais aberta não é por acaso, não é capricho do administrado, mas é a moldura de incentivos. O advogado vai tentar sempre até o último

minuto saber se o diagnóstico que foi apresentado a respeito dos problemas está correto ou não.

Ricardo Cueva: Claro, isso é absolutamente racional por parte do administrado e do advogado. E o administrado tem todo receio de que uma eventual negociação que ele abra por sua própria iniciativa seja usada como prisão, como teto. Então, naturalmente é perfeitamente compreensível que nesse quadro institucional um pouco frágil haja esse receio do administrado de iniciar uma negociação com propostas concretas. Por outro lado, a experiência recente demonstra que algumas negociações foram conduzidas com muito sucesso no CADE, embora talvez nem sempre com esse nome “negociação”. Houve uma discussão intensa, houve inúmeras *démarches*, reuniões, pareceres e discussões que conduziram a um remédio que ao final não foi contestado.

Sérgio Varella Bruna: Túlio.

Túlio Coelho: Túlio Coelho, advogado em Brasília. Rapidamente, eu acho que um ponto essencial, fazendo um acréscimo apenas ao que o Schuartz já disse e a Beth também complementou, é o fato de que o sistema do Brasil é de controle *a posteriori*. Se há um controle prévio e é preciso uma decisão muito rápida do sistema para poder fechar a operação, obviamente que os interesses em apresentar a operação já propondo voluntariamente um desinvestimento são incrivelmente maiores, porque sem uma decisão rápida em tempo econômico não se consigo fechar a operação, e o prejuízo em relação a isso é enorme. Por outro lado, no Brasil, no controle *a posteriori* o incentivo é diferente obviamente, então essa talvez seja a pedra de toque que distingue o sistema do Brasil em relação a outras jurisdições, o que também não justifica que no Brasil não haja pelo menos uma sinalização clara de que a operação não está de acordo com a lei, de que alguma coisa precisa ser feita, como recentemente fez o Conselheiro Schuartz num caso que foi citado aqui, pelo menos para dar oportunidade às partes de tentarem corrigir algumas distorções que ao ver do CADE poderiam comprometer integralmente a operação. Então, talvez precisássemos ter uma solução madura para esse problema quando a lei mudar, e termos realmente o controle prévio com todos os incentivos necessários para negociar essas restrições.

Sérgio Varella Bruna: Então, eu queria devolver a palavra aos nossos convidados, para encerrarmos.

Luis Fernando Schartz: Eu queria só fazer um esclarecimento preliminar: evidentemente não sou contra o colegiado. Além de ele ser um lado institucional, eu tenho espírito democrático suficiente para aceitá-lo como uma coisa positiva. O fato é que, do ponto de vista das condições e possibilidades de uma negociação bem-sucedida, deve existir alguma unidade apesar da pluralidade, é tão simples quanto isso. Nas outras jurisdições as autoridades de defesa da concorrência também são colegiadas; não obstante, há uma unidade, uma convergência de entendimentos, de modo a sinalizar para as empresas que estão realizando operações a probabilidade de aprovação. E a aprovação ou não sem restrição das suas operações aqui levam os administrados, por sua vez, a procurarem as autoridades para tentarem negociar uma aprovação. Caso as condições de aprovação sejam uma variável aleatória, qualquer coisa pode acontecer, realmente é muito difícil prever. Quer dizer, o incentivo está justamente, como foi dito antes, em discutir até o último minuto e racionalmente; não há nenhum problema nisso, mas eventualmente se pode conseguir aprovação de operações com características preocupantes do ponto de vista de outras jurisdições. Esse é o ponto que eu queria esclarecer.

Arthur Badin: Então, só para concluir, eu acho que enquanto não vem a alteração legislativa que permita o momento de um *stateman of objection*, que introduza a análise *ex-ante*, o que nós temos nas mãos é implementar isso que a todos parece um consenso, ou seja, a importância de antecipar os problemas de modo que se objetivem. Antecipar-se ao diagnóstico do Conselho para que se objetive e torne mais profícua a negociação de remédios vai depender de uma alteração cultural do Conselho que rompe um pouco com o extremo engessamento do seu modo de proceder, do seu modo de operar, dessa judicialização. O que me parece ser mais informal, mais aberto e de fato eu acho que é a solução são as reuniões informais com o Conselho expondo não só com a cabeça, como diz a professora Beth aqui, em linguagem corporal, mas explicitamente. Mas isso passa também por um senso de os Conselheiros perceberem a importância também de fecharem entendimentos ainda que não no momento da sessão, a importância de eles anteciparem e se comprometerem e se responsabilizarem com esses ajustes prévios, porque são necessários para uma melhor decisão ali no momento do julgamento. Essa é a solução à brasileira – a árvore nasce torta e você precisa se adaptar a isso – que eu vislumbro no curto prazo.

Luis Fernando Rigato Vasconcellos: Imagino que a maioria das considerações importantes sobre o tema já foram feitas aqui tanto pela mesa

como pelos advogados, por vocês. Assim, dada a natureza do nosso controle de atos de concentração, essencialmente o controle *a posteriori*, que não é integralmente corrigido pela cautelar e pelo APRO – temos observado isso no sistema que são instrumentos que têm as suas fragilidades e o tempo que demandam do sistema para serem analisados é bastante –, é a questão do incentivo, que é de bastante relevância para que consigamos resultados mais interessantes, reestruturações negociadas mais interessantes. Mas o controle de ato de concentração, diferentemente da conduta, tem bastantes particularidades, pode admitir, como acho que mencionou o Conselheiro Badin, um nível maior de informalidade, não é um processo punitivo, não tem uma natureza diversa. Mas, por outro lado, eu acredito que evoluímos, mesmo que não apareça aos olhos do administrado como resultado de uma negociação expressa, temos evoluído, tanto que aconteceu algumas vezes – fato raro – sugestão de remédios que não encontraram oposição das partes, o que é resultado de uma certa forma do que estamos falando aqui. Mas não tenho mais a dizer.

Sérgio Varella Bruna: Bom, me cumpre apenas agradecer ao doutor Badin, ao doutor Schuartz, ao doutor Vasconcellos, ao Mauro e ao Marcelo. Eu acho que o debate foi muito rico e promissor, então eu queria encerrar este painel convidando o doutor Cueva, o doutor Tito e o doutor Lauro a compor a mesa. Não haverá intervalo nessa substituição. Muito obrigado. (pausa) (*final do painel*).



**Painel III – O CADE, A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA E AS TENDÊNCIAS /
CADE – CASE-LAW: RECENT DEVELOPMENTS
AND NEW TRENDS**

**Coordenadores / Chairpersons: Sérgio Varella Bruna e
Dra. Elizabeth Farina**

Mesas de Debate

Tema 2. Conceito de controle em atos de concentração econômica. Quais os princípios que devem ser aplicados na caracterização do controle? Quais os tipos de alteração nos poderes societários ou no capital social de determinada companhia que exigem notificação? Discussão do conceito de “grupo econômico” para fins de avaliação da necessidade de submissão (cálculo do faturamento).

Debatedores

Ricardo Cueva – Conselheiro do CADE

Lauro Celidônio Gomes dos Reis – IBRAC

Tito Amaral de Andrade – IBRAC

Tito Amaral de Andrade: Bom dia a todos. Continuando a nossa sessão de angústia cartesiana, é um tema obviamente que nos interessa a todos, principalmente aos militantes, essa discussão e definição de grupo econômico e de controle. Nós somos questionados quase que diariamente pelos nossos clientes sobre determinado ato precisar ser modificado, sobre como o CADE entende, como ele vê essas questões. O desenho institucional já foi discutido, já foi falado, sabemos das dificuldades e, portanto, poucos caminhos nos restam a não ser, provavelmente, enquanto a lei não muda, a consolidação jurisprudencial.

Da mesma maneira como o CADE fez de maneira muito inteligente há quase dois anos na questão do critério de definição de faturamento no Brasil, eu acredito que esse seja o instrumento que possa ser usado também quando se discute controle, e definição de grupo econômico etc. Então, eu acho que essa é a linha, esse é o objetivo. Nós discutimos um pouco aqui também, tendo como pano de fundo a decisão sobre a Ideiasnet, cujo entendimento o Conselheiro Cueva consolidou – ele não foi o relator mas foi uma espécie do revisor, e deu o voto que foi o voto definitivo –, e realmente vamos tentar estabelecer um diálogo com todos vocês, que terão com certeza algumas per-

guntas e preocupações. Não sei se o Lauro quer já fazer a primeira pergunta e provocar para o Conselheiro responder.

Lauro Celidônio Gomes dos Reis: Na realidade, Tito, você resumiu bem, mas queria fazer um comentário rápido para demonstrar a importância que essa questão tem tido hoje, pelo menos no meu dia-a-dia, e acho que no da maioria dos escritórios. Os maiores investidores mundiais hoje em dia são fundos de investimento, quer dizer, fundos de investimento hoje grassam no mundo inteiro: há fundos mais conservadores, fundos mais arrojados, fundos setoriais. Discutem-se hoje incentivos a determinados setores por meio de incentivos fiscais a determinados fundos, e estamos aqui no Brasil discutindo agora o incentivo fiscal a fundos de investimento em infra-estrutura: temos o BNDES-PAR – o BNDES hoje é praticamente um fundo de investimento. E qual é o objetivo do fundo de investimento? Ou ele ganha dinheiro recebendo lucro das empresas ou ele ganha dinheiro na venda das participações. E como é que eu caracterizo um fundo dentro ou não de um grupo de controle? Essa é a maior questão que existe hoje, quer dizer, todo dia alguém liga no escritório e pergunta: estou comprando uma participação de 10% na empresa “X”, vou ter um membro no controle, vou ter direito de veto normalmente em aspectos financeiros; nesse caso, eu sou obrigado a notificar, quer dizer, qual é a noção de controle que o CADE usa para isso? Então, no fundo, o que o administrado tanto pretende ouvir do CADE hoje é mais uma linha de definição de quais são as hipóteses de poderes, qual o tipo de controle que se aplica na análise da necessidade e notificação ou não de uma determinada operação perante o CADE. Acho que basicamente essa é a pergunta genérica, talvez depois o plenário tenha várias pergunta digamos específicas. Vai ter o caso da empresa “A” ou da empresa “B”, mas isso veremos mais para a frente. Acho que o Conselheiro poderia fazer um *briefing* do que tem sido discutido no CADE a esse respeito.

Ricardo Cueva: Bom dia a todos. Até ontem, até conversar com maior detalhe com o Tito e com o Lauro, eu achava que esse tema de hoje não fosse em absoluto controverso, que não em nada comparável ao tema dos critérios de notificação, que tem gerado uma controvérsia bastante intensa no colegiado, talvez iniciada pelo Conselheiro Prado, num voto memorável em que, numa operação de distribuição com exclusividade, apresentou uma tipologia muito interessante baseada na doutrina comercial, procurando dizer o que deveria e o que não deveria ser submetido ao CADE. Isso ao longo desses dois anos tem sido objeto de debate em pelo menos três ou quatro casos. O Conselheiro Furquim trouxe um voto muito interessante também sobre a necessidade ou não de apresentar um contrato

de fornecimento. Enfim, é uma questão que tem sido recorrente no CADE, e há inclusive propostas de interpretar a lei vigente de um modo que deixe mais claro para o administrado o que é e o que não é notificado.

Por outro lado, eu achava que essa questão do controle estivesse já pacificada no Conselho, porque temos desde longa data definido claramente que, por exemplo, operações de mera reestruturação ou reorganização societária não são passíveis de notificação no CADE. Temos deixado de conhecer algumas operações que se consubstanciam em mera restauração ou reorganização e, além disso, como mencionado pelo Tito, num caso de fevereiro deste ano (Ideiasnet/Flynet), que eu me lembro foi o último caso em que se julgou a questão do controle nos fundos de investimento, mais ou menos chegamos a um consenso no CADE sobre quais são os critérios do ponto de vista concorrencial para identificar o controle e a necessidade de submissão ou não de uma operação. Nesse voto, na verdade, eu apenas pedi vistas – esse caso foi relatado pelo Conselheiro Pfeiffer, que apresentou a doutrina tradicional no sentido de que o controle do ponto de vista concorrencial difere da noção de controle do ponto de vista societário na medida em que é mais importante aqui determinar o que os alemães chamam de influência dominante, influência relevante ou influência concorrencialmente relevante. Então, ele, no cuidadoso voto que ele fez procurou, a partir da noção de agrupamento societário, separar o que é grupo de fato e o que é grupo de direito, demonstrando que do ponto de vista societário a noção de controle pode ser detectada de maneira muito mais imediata, porque o que se visa é a proteção do patrimônio da empresa e dos minoritários. Então, às vezes um único ato é passível de permitir que a autoridade, no caso a CVM, identifique a ocorrência de uma situação de controle ou de abuso de poder de controle, enquanto no direito da concorrência é necessário em regra um comportamento prolongado no tempo e que denote alguma influência concorrencialmente relevante. No momento, esse comportamento se reflete mais nas áreas de planejamento, vendas e investimento da empresa.

No debate do caso, procuramos também demonstrar que as mãos do CADE estão relativamente atadas. Mais uma vez, a solução para os problemas que o Lauro levantou parece estar mais no projeto de lei em tramitação na Câmara do que em qualquer coisa que o CADE possa fazer. O projeto de lei prevê uma modificação substancial do atual artigo 54 da Lei 8.884/94 e trata especificamente desses investimentos que são feitos em caráter temporário ou que tenham a finalidade exclusiva de preparar uma empresa para a venda, investimentos que não têm um caráter duradouro, não refletem um

interesse em ter uma ingerência efetiva na sociedade. Não obstante isso e não obstante dependermos de uma aprovação desse projeto para poder ter uma solução que para o administrado seja mais segura, procuramos extrair da experiência internacional e da doutrina alguns critérios que permitam identificar em situações como essas de fundos de investimento qual é o interesse do acionista e qual que é a possibilidade de ele exercer uma influência relevante na empresa adquirida. Então, basicamente os critérios que o CADE considera relevantes são: a possibilidade de eleger membros do Conselho de Administração e da Diretoria (eu acho que quanto a isso não há nenhuma controvérsia); a dispersão de ações, o que pode dar ao acionista maior ou menos ingerência numa determinada sociedade – e então no voto também se discutiu se a mera existência de uma coligação, de uma participação de 10% ou mais numa empresa por si só gera uma presunção de influência relevante ou não, e a visão que acabou prevalecendo é que isso por si só não é suficiente; e também a predominância no tempo das deliberações sociais, e para isso nos valem de uma resolução já revogada do Conselho Monetário Nacional, que previa que nos últimos três exercícios, nas últimas três assembleias gerais tivesse havido uma convergência quanto à definição de administradores e de matérias sociais (este seria um critério que permitiria identificar um bloco de controle); em quarto lugar, claro, um acordo de acionista que atribua ao minoritário determinados poderes para ele deliberar sobre certos assuntos ou que crie certos vetos pra deliberar sobre certas matérias; em quinto lugar, a questão do controle externo, quer dizer, se existe algum vínculo contratual ou algum crédito ou alguma maneira que de algum modo vincule uma empresa, um controle de fato que não seja exercido juridicamente (essa é uma questão também difícil do ponto de vista societário mas que é importante); e, por fim, previsões estatutárias de qualquer natureza que venham a permitir maior participação dos minoritários e que lhes atribuam direito de veto ou previsão de predominância em certas matérias da empresa.

Enfim, são critérios bastante fluidos, que não dão uma garantia ao administrado de que determinada participação num fundo vá ser ou não enquadrável como uma daquelas situações que devem ser notificadas, diferente ainda do que se tem nos Estados Unidos, onde há uma presunção relativa ao volume (se há uma aquisição de 10%, isso já em princípio deve ser modificado), ou da Europa, onde a questão do tempo é definida em prazo de um ano (se a aquisição dura um ano, presume-se que foi feita apenas com a finalidade de investimento e não de ingerência na atividade da empresa que possa alterar a concorrência). Mas é claro que esses são critérios balizadores e que mesmo lá geram problemas. Há, por exemplo, fundos de investimento que têm uma

visão de muito mais longo prazo e que adquiram empresas para interferir, sim, na vida social da empresa e depois vender essas ações. Esses ativos com lucro em geral são fundos que têm uma *performance* excelente. Então, mesmo lá esses problemas não estão inteiramente resolvidos. Mas, enfim, e respondendo um pouco à questão que o Tito levantou, a mim pessoalmente parece que a alteração da lei seria o caminho mais seguro para abreviar um pouco dessa angústia cartesiana de que falava o Conselheiro Sicsú, porque aqui essas situações são tão rarefeitas e tão casuísticas que dificilmente conseguiríamos aquela reiteração necessária para criar uma súmula como a número um. Então, seriam essas as minhas considerações iniciais.

Tito Andrade: Eu acho, Conselheiro, que há uma questão que eu acho que é importante, uma situação específica deste plenário, que é um grau de estabilidade muito grande – eu não me lembro a última vez que o CADE teve sete Conselheiros, provavelmente já faz alguns anos, oito anos. Quer dizer, enquanto a lei não muda e não sabemos se vai mudar e quando, a consolidação no entendimento jurisprudencial passa a ser muito importante para os administrados como um guia, uma espécie de Guidelines que possam marcar as nossas opiniões com os nossos clientes. Mas quando o senhor falou, por exemplo, de reestruturação societária ou reorganização societária, o CADE num passado relativamente recente via distinções entre esses dois modelos do ponto de vista societário; pelo menos a doutrina não vê diferença. Nos Estados Unidos, até existe reorganização – são aquelas empresas que estão dentro de um processo de recuperação do capítulo 11, mas no Brasil não existe. O senhor acha que esse assunto já está efetivamente consolidado? O senhor acha vê distinções entre essas duas categorias, que na minha opinião são as mesmas?

Ricardo Cueva: Eu acho que em princípio sim, no CADE, pelo menos, eu não tenho visto muita divergência quanto a esses dois problemas. É claro que pode haver situações em que haja dúvida, por exemplo: Qual o momento exatamente em que um controle é adquirido? Se o controle for adquirido sucessivamente por operações pequenas em Bolsa, por exemplo, pode haver dúvida de quando aquilo foi adquirido ou não, mas em geral quando o controle já foi adquirido e já foi notificada essa aquisição, em seguida há uma incorporação na empresa ou o fechamento do capital ou, enfim, a aquisição das ações restantes, ou uma reestruturação societária, e eu não tenho visto nenhuma dificuldade do Conselho em deixar de conhecer a operação.

Sérgio Varella Bruna: Já vamos para a plenária? Então está aberto aqui, no formato livre.

Conselheiro Prado: Bem, vou fazer um comentário apenas quanto à questão de fundos de pensão, de fundos de investimento. Isso me parece um tema da maior importância, na medida em que crescem os fundos de pensão e os fundos de investimento com investidores institucionais importantes no Brasil. A meu juízo, há uma diferença clara entre o que se chama de contabilidade nacional, investimento em portfolio, e investimento direto. Se pegarmos o balanço de pagamentos, o que caracteriza o investimento direto, é claro, é a participação na gestão. Então, fundos de pensão que não têm como objetivo precípua participar efetivamente da gestão das empresas, podem ter eventualmente até algum tipo de direito de veto em algumas situações particulares. A impressão que eu tenho, a visão que tem sido bastante extensa e majoritária no CADE é uma aceitação de que em geral não há preocupações concorrenciais maiores, então pode ser entendido como não passível de apresentação. Mas em circunstâncias onde uma participação mesmo menor é feita por empresas com interesse no setor, então a notificação a meu juízo é necessária. Por exemplo, vamos pegar aquele hipotético setor de caixas de papelão que foi tão falando antes, para não falar de algum setor específico: uma empresa do setor de papelão que não tem a participação mesmo com o acordo de acionistas no controle da empresa, mas é do mesmo ramo e compra uma participação até inferior a 10%, é razoável supor que aquela empresa que não é um investidor institucional, que não tem interesse meramente financeiro, ao fazer investimentos cruzados, tem algum tipo de interesse de vislumbrar, de alguma maneira, algum tipo de grau de informação no mercado em que ela também atua. No caso, é conveniente a apresentação porque certamente o CADE teria uma postura mais cautelosa na interpretação desse tipo de investimento, já que, frise-se mais uma vez, trata-se de uma companhia de seguro, de um fundo de pensão, de um investidor institucional, da aquisição de ações em Bolsa, algum outro tipo de investimento que tem caráter claramente financeiro. Então, a diferença é aquele investimento que tem caráter claramente financeiro e aquele que tem algum tipo de preocupação com gestão, com mercado ou com os aspectos específicos da administração do negócio.

Tito Andrade: Quer dizer, considerando esses investimentos de caráter meramente financeiro, eles vão ter uma participação na gestão nem que seja para preservar o valor da companhia. À medida que você tem esse direito de preservar o valor da companhia, já se começa a entrar numa zona mais

cinzenta, e isso fica ainda mais complexo, no caso de operações como os fundo de participação, que o Lauro mencionou. Hoje há inúmeras operações que são consórcios de fundos; são quatro, cinco, seis, sete fundos adquirindo o mesmo ativo, e aí o problema se multiplica. E fica aquela perguntinha lá: existem participações horizontais ou verticais? Porque você precisa saber se há controle, qual a definição que o CADE tem de controle, até para você mencionar um outro investimento que esse mesmo fundo ou o fundo irmão dele tem. Quer dizer, a coisa começa a se multiplicar, e aí não fica mais tão simples e cartesiana. Essa é a angústia do advogado.

Lauro Celidônio: A angústia vem de cara, por exemplo, no caso de grupo econômico. A qual grupo econômico pertence uma entidade que controla três ou quatro fundos? Até para a questão de submissão pelo critério de faturamento, como é que se divide o faturamento entre grupos econômicos, vamos dizer assim, no caso de uma *joint venture* fifty-fifty. A qual grupo econômico ela pertence? Se é uma entidade efetivamente isolada, ela pertence a algum dos outros grupos econômicos ou não? Deve-se somar o faturamento deles? Quer dizer, às vezes passamos dois, três dias analisando o portfólio do fundo, quanto fatura, quem o administra – porque o fundo de investimento às vezes é administrado por um Banco que não é investidor, portanto o Banco tem só a administração do fundo. E o fato de ele ter a administração do fundo e, portanto, uma cota do fundo, já o torna parte do grupo ou ele não faz parte do grupo? Quer dizer, o fato de ele ser investidor é uma situação diferente. Então, a dificuldade nossa de análise tem aumentado na medida em que os investimentos têm sido feitos por fundos. Eu sei que é uma situação nova e não está acontecendo só aqui, mas quando liga um americano e pergunta: se você está comprando 10% na operação da *All Target*, cujo grupo econômico por sua vez não está no Brasil, mas o vendedor está no Brasil, vai ter um membro no conselho de administração, dois membros na diretoria, mas vai ter só 10%, precisa notificar? Então você pergunta: qual é o faturamento do grupo? Que grupo? Não tem grupo. Mas como não tem grupo? Está aqui, o grupo econômico. Não, não tem, não tem grupo. Quer dizer, é uma dificuldade muito grande, acredito que não é só aqui no Brasil, mas no mundo todo, analisar isso. Na dúvida, acabamos notificando, especialmente se tiver no portfólio empresa concorrente. A primeira salvação nossa: você tem outro investimento no mesmo setor? Tenho! Ufa!

Conselheiro Prado: Mais uma vez Lauro, independentemente do critério que se coloca, a realidade é sempre mais forte, e se impõe contra qualquer norma que se coloque. E na maior parte dos casos concretos, nós

mesmos não temos certeza, e temos que sentar e discutir longamente. Eu compartilho integralmente da sua visão de que cada vez vai ficar mais difícil fazê-lo, mas uma coisa é certa: se participa do bloco de controle, em casos de acordo de acionistas, é inquestionável. O mesmo para o fundo de pensão: se não participa, e levando em conta todos esses critérios, é bom que seja complicado, porque realmente a consultoria por parte dos advogados, a competência dos senhores será devidamente remunerada. Se for muito simples, não é necessário advogados tão capacitados quanto os presentes aqui.

Ricardo Cueva: Não é bem assim, porque normalmente quem liga é um colega de outro país com uma dúvida.

Sérgio Varella Bruna: Na ordem de inscrição, é o Mauro Obergoni e depois o Ricardo. Então, o Mauro em primeiro lugar.

Mauro Grinberg: Eu quero só acrescentar uma outra dúvida. O Conselheiro Cueva mencionou a influência dominante, que pode ser exercida de várias maneiras: fornecimento de tecnologia pode ser influência dominante, patrocínio pode ser influência dominante, situações de família tipo casamento entre herdeiros pode ser influência dominante. Ou seja, há várias formas de influência dominante, e eu quero saber a sua visão Conselheiro Cueva sobre isso.

Ricardo Cueva: É, na verdade, ela pode mesmo assumir várias formas, e é necessariamente uma cláusula em aberto. É a cláusula das várias sociedades parentes, ou mães, da empresa, e ela na verdade tem uma amplitude enorme: admitem-se desde questões de pessoas físicas a qualquer tipo de investimento, ingerência social. E lá, se nós fossemos adotar o critério da lei alemã, os faturamentos se somam. Quer dizer, os faturamentos se somam para efeito de apresentar ou não o ato de concentração, ou seja, se há uma situação de controle compartilhado com várias sociedades acima daquela sociedade de equilíbrio, esses faturamentos se somam. Então, essa seria uma saída possível para isso. No entanto, é claro que há situações de controle compartilhado que são absolutamente difíceis de na prática analisar, talvez a única forma fosse realmente, de alguma maneira, procurar ver a estabilidade dessas relações no tempo, ou seja, se as deliberações sociais nos últimos exercícios são consistentes ou não.

Sérgio Varella Bruna: Ricardo, levante a mão.

Ricardo Inglês de Souza: Bom, eu imagino que a idéia do painel seja justamente tentar identificar junto aos Conselheiros do CADE e aos assessores aqui presentes um conceito, uma forma de evitar a notificação de operações em que não necessariamente há uma influência relevante, em que não necessariamente vá haver uma tomada de controle, e em que talvez a movimentação da administração pública, do CADE, a análise pelo CADE, seja imprescindível nesses casos. Como no conceito de controle, de influência relevante, parece que vai ser difícil identificarmos um conceito estanque, e como as estruturas, as operações são cada dia mais dinâmicas e temos uma estrutura com um fundo, agora com nove fundos, depois com uma coisa diferente, acho que talvez a idéia, em vez de tentar definir um conceito é definir um procedimento que possa melhorar a dinâmica entre administrados e administração. Nesse sentido, eu queria saber a opinião dos Conselheiros sobre a possibilidade de numa eventual resolução para casos de aquisição de participação societária minoritária, ou no caso em que possa identificar uma forma de reorganização societária, possa ser feita uma consulta prévia confidencial aos Conselheiros com a descrição completa da operação, tendo eles 10, 20 dias para identificar se essas operações efetivamente têm que ser notificadas ou não. Se eles entenderem que têm que ser notificadas, ótimo, se notifica. Se entenderem que não tem que ser notificadas, as partes evitam os gastos privados e públicos. Isso pode ser respondido pelo Cueva e pelos demais Conselheiros presentes.

Ricardo Cueva: Eu tenho uma visão peculiar em relação à consulta, porque eu entendo que, apesar de ter sido revogada pela lei, o fato de existir quanto à competência do plenário faz que subsista, daí a importância de se manter a resolução que disciplina a consulta. Essa não é uma posição unânime, eu acho. Essa resolução é importante para responder perguntas como essa, por exemplo, pois pela resolução vigente essa consulta seria impossível e seria convertida em ato de concentração, porque a consultoria não poderia ser feita nessa forma. Realmente, é um ônus ao administrado submeter um ato de concentração. Será que essa é forma ideal de um colegiado como o CADE lidar com essa questão? Não sei. Eu sei que um órgão judicante como o CADE tem uma dificuldade intrínseca de ter um processo de consulta, porque se tivermos consulta, tenderemos a prejudicar um caso. É muito difícil. Mesmo os órgãos que têm o instituto da consulta, como a Receita Federal, limitam a sua possibilidade, de tal forma que é praticamente impossível, inexecutável, porque o que mais se teme com uma consulta é que ela adquira caráter normativo, que o conselho prejudique uma questão e que esse julgamento então ganhe esse efeito quase normativo, com isso precluindo outras questões que não se enquadram necessariamente nessa hipótese ou quadro que se analisou na consulta.

Sérgio Varella Bruna: Eu acho que nós temos uma inscrição, mas se você quiser completar rapidinho. Temos aqui uma inscrição, é isso? Então temos.

Ricardo Inglês de Souza: Só para complementar, na verdade eu não acho que a consulta vá fazer que muitos casos não sejam apresentados, mas se conseguirmos evitar que alguns casos em que claramente não vá haver uma alteração no controle ou na influência do controle e que não fariam o menor sentido salvo pela fluidez dos conceitos que estão dispostos na lei, acho que eventualmente poderia ser uma solução para desafogar os processos menos relevantes que são apresentados para as autoridades.

Sérgio Varella Bruna: Camila.

Camila: Eu queria só fazer um comentário, lembrar que houve uma tentativa conjunta da SDE, da SEAE e do CADE de tentar resolver esse problema no novo formulário de notificação que entrou em consulta pública ontem, se não me engano. nele estabelecemos alguns critérios e tentamos deixar de forma mais clara o que o sistema considera controle e o ele considera grupo. Aguardamos ansiosamente os comentários da consulta pública.

Sérgio Varella Bruna: Uma outra inscrição.

Anete: Bom dia. Meu nome é Anete. Sou advogada de uma empresa que participa de um grupo econômico cujo faturamento sempre acaba ultrapassando o teto de 400 milhões. Então, em qualquer operação societária ou constituição de uma empresa e aquisição acaba surgindo essa preocupação com relação à necessidade de notificar. Então, a minha pergunta é a seguinte: se uma empresa desse grupo constituiu uma empresa num mercado relevante em que ela já atua e vende uma participação minoritária ou para pessoa física ou para uma empresa que não participe do grupo, essa operação deve ou não ser notificada, mesmo sem uma participação minoritária, o controle permanecendo com a empresa que já atua nesse mercado? Como vocês entendem?

Ricardo Cueva: Bom, as consultas têm uma taxa processual de cinco mil reais... (risos), mas é uma questão interessante. Na verdade sobre esse dilema que você coloca, e eu mais uma vez insisto, é muitas vezes chamado de excessivamente legalista, eu acho que a solução para parte desse problema a SDE encontrou no projeto de lei, porque aí se cria um critério de faturamento da empresa adquirente e da empresa adquirida. Hoje, há um critério de que a empresa adquirente tem que notificar. Por exemplo, se o Banco Itaú comprar uma padaria na esquina, vai ter que notificar essa operação, o que não faz absolutamente sentido. Caberia ao

CADE disciplinar isso via resolução? Eu particularmente entendo que não, que uma norma infralegal não tem o condão de alterar a lei, não poderia interpretar e lei para alterar o seu sentido, dependeríamos de uma mudança da lei no sentido de criar um critério mais razoável, que é o faturamento até menor da empresa adquirente combinado com o faturamento ainda menor da adquirida.

Lauro Celidônio: Não, eu acho que eventualmente o que podemos tentar trabalhar e talvez até apresentar algumas sugestões a respeito ao CADE são algumas súmulas para determinadas situações, determinados casos, como é o da Ideiasnet. Podemos tentar tirar algum tipo de súmula a respeito desse assunto. Por exemplo, a participação menor do que 10% em entidades onde não há outros direitos por acordos de acionistas ou direito de eleição de membros, por exemplo, não é notificável, ou seja, não há necessidade de notificação porque isso não se consolida como um ato de concentração, não há alteração de controle. Quer dizer, vai além da reestruturação societária. Algum desse tipo. Para situações particulares podemos tirar regras que tenham uma aplicação mais genérica, não sei o que os Conselheiros acham disso, mas podemos, talvez, do caso a caso, na casuística, tirar alguma súmula, como aconteceu no caso dos 400 milhões, faturamento no Brasil ou no exterior.

Ricardo Cueva: É, eu acho que esses critérios, que vimos aqui muito rapidamente no caso da Ideiasnet, são fluidos e tem que ser vistos caso a caso. Não temos nenhum número cabalístico que permita dizer “menos que dez ou mais que dez”; pode ser até menor que dez, e se houver alguma característica que permita concluir algum tipo de influência relevante, como aquela mencionada pelo Conselheiro Prado. Quer dizer, se houver uma convergência de interesses em determinado setor, ou seja, a empresa adquirente adquire outra do mesmo setor, e o capital, por exemplo, é muito pulverizado, será que daria para dizermos que, pelo fato de ser menor do que 10% a participação isso já afastaria por si só a necessidade de notificação? Não sei, eu francamente não sei.

Lauro Celidônio: Não, sei. De repente, temos casos aí no novo mercado de controle pulverizado, estão aparecendo empresas que vão ter controle pulverizado. Pelo próprio estatuto, ninguém pode ter mais do que 20 ou 10% de participação societária, então essa empresa, na própria criação dela, no seu estatuto, nunca vai ser controlada por um determinado grupo; nenhum grupo vai poder ter mais do que 20%. Então, na realidade, se eu comprar uma participação de 10 ou de 15% nessa determinada empresa, seja em operações de bolsa seja como for, por definição essa empresa não vai ter o seu controle alterado, esse controle não vai passar para mim.

Ricardo Cueva: Sim, do ponto de vista societário não vai haver alteração, mas do ponto de vista concorrencial, dependendo das circunstâncias, vai haver. Verificamos isso, por exemplo, não só nos acordos de acionistas mas em algumas determinações estatutárias que prevêm o direito de veto em certas matérias ou a ingerência em outras. A sumulação de alguma matéria depende da reiteração de hipóteses idênticas. A casuística sobre esse assunto é muito pequena, esses casos de fundos são muito raros, na realidade; então, fica difícil extrair do caso que seria absolutamente desejável uma regra geral.

Tito Andrade: Mas, ainda que não haja número suficiente de casos para se formar uma jurisprudência, e portanto uma súmula, poderia haver guias. A Europa adota o sistema de Guidelines, que são regras mais genéricas que, independentemente da jurisprudência, visam a criar um ambiente um pouco mais estável, que é do conhecimento do administrado.

Elizabeth Farina: Mas olha, mesmo as Guidelines deles refletem um conjunto de decisões anteriores. Eu acho que o exemplo que você deu é perfeito: nos Estados Unidos, reflete uma mudança de entendimento; quando há mudança de entendimento é por uma série de decisões tomadas. Nós já discutimos muito isso no CADE, se poderia vir por meio de uma súmula ou qualquer outro instrumento, mas temos poucos casos depara que haja uma visão suficiente para definirmos uma regra, essa é a dificuldade que estamos enfrentando.

Sérgio Varella Bruna: Gianni.

Gianni Araujo: Bom dia! Talvez eu seja radical nesse assunto, pois efetivamente eu entendo que o que deveria ser preventivamente submetido ao CADE são estritamente atos de concentração, e aí efetivamente no mesmo mercado, ou seja, nos casos de concentração horizontal, integração vertical e efetivo controle, que é uma outra hipótese e, nesse caso, mesmo de 10, de 20%; enfim, desde que efetivamente houvesse uma participação direta no grupo de controle. Mas essa não é a realidade. Eu sei que isso é muito difícil. Eventualmente muitos entendem que isso deveria ser objeto de lei ou de resolução – embora alguns não concordem que isso seja objeto de resolução. Mas aí, ouvindo toda essa discussão, me surgiu uma idéia, que trago como sugestão e gostaria de ouvir a opinião de vocês a respeito.

Eu sei que o Conselho costuma ser sempre muito gentil quando as empresas apresentam o ato, e normalmente ele conhece desse ato mesmo que tenha características muito específicas e que em tese jamais teria um reflexo concorrencial. A minha pergunta é se o CADE não poderia fazer, em vez de súmulas, que seriam então Guidelines, uma lista de exceção do tipo: um caso é apresentado, aquele caso claramente não tem concentração

horizontal, integração vertical, menor hipótese de influência dominante ou relevante quicá, mas necessariamente aquele tipo de operação com exatamente aquela estrutura jamais vai ser um problema concorrencial. Então, no dia do julgamento, simplesmente se elege aquele ato com estritamente aquela estrutura como um dos casos – necessariamente em situações idênticas – que não precisarão ser submetidos ao CADE. Elabora uma lista e divulga no *site* do Conselho; então, se alguma empresa fizer uma operação com a mesma estrutura, idêntica, simplesmente não a submete, porque já sabe que é aquela a posição do Conselho. Essa é uma sugestão, confesso que me ocorreu agora por força das discussões e gostaria de ouvi-los um pouco a esse respeito.

Ricardo Cueva: A lista meramente exemplificativa seria uma idéia, uma possibilidade. Temos debatido bastante se alguns casos merecem ou não ser conhecidos, e uma idéia recorrente é que seria possível criar uma norma interpretativa no sentido de criar uma lista meramente exemplificativa, não exaustiva, de situações que já tenham sido julgadas e que, portanto, forneceriam um indicador seguro para o administrado do que não deve ser identificado. É uma idéia, mas nesse caso voltamos à questão que a presidente levantou: são muitos poucos casos desse tipo.

Eu fiz um levantamento recente, e nesses meus dois anos de Conselho eu acho que houve quatro casos em que se debateu essa questão a fundo, de situações, por exemplo, de contratos de distribuição, de fornecimento, ou seja, de coisas que cabem no *caput* mas que não cabem no § 3.º do artigo 54 da lei. Talvez uma saída importante que foi lembrada há pouco, e que tem um efeito prático difícil de medir, seja a alteração do novo formulário eletrônico. Ao ter, até por necessidade prática, campos precisos, ao indicar os tipos de operação que são notificáveis, acabou adotando o critério que o projeto de lei adota. Então tem: fusão, aquisição, *joint venture*, incorporação e a rubrica “outros”, que seria o *caput* do artigo 54 – isso acaba sendo uma orientação. Se houver uma migração das notificações, como se espera, para os jurídicos das empresas, e não para os advogados antitruste, como uma maneira de democratizar a maneira de notificar, afinal de contas é isso que o administrado faz hoje. Quem é que paga contador para apresentar declaração de imposto de renda? Quem tem muitos bens, quem é muito rico, quem tem uma declaração complexa. Mas se tornou a vida do cidadão comum. Para apresentar o imposto de renda muito mais fácil, a vida do empresário comum ficou mais fácil ou deverá ficar mais fácil com esse formulário eletrônico da notificação.

Sérgio Varella Bruna: Então, eu queria brincar que nós haveremos de complicar. O Tito acaba de sugerir e, diante da intervenção do doutor Cueva,

eu acabo de aceitar a formação de um grupo para discutir a consulta pública; então há sempre a esperança de a gente conseguir complicar um pouquinho.

Lauro Celidônio: Eu tenho mais uma dúvida que eu lembrei agora. Eu já tive discussões a respeito disso, nós falamos nessas hipóteses de investimentos de fundos e *private action*, que compram cerca de 20, 25%, adquirem o controle e eu notifico, porque efetivamente está havendo o controle. Eu já discuti alguns casos, tenho a minha opinião, não vou externar, mas a dúvida é o desinvestimento por esse fundo. Quando se faz o desinvestimento por esse fundo, o controle retorna ao *status quo ante* à entrada do fundo na empresa. Na minha opinião, não se deveria notificar, mas ao mesmo tempo eu estou tendo uma alteração de controle efetiva nesse caso, ou seja, o controle está retornando ao *status quo ante*. Eu não sei qual é a opinião, se vocês já analisaram esse tipo de situação, em que o fundo de investimento está saindo e efetivamente está havendo uma pequena alteração no controle, está entrando algum outro ou não, enfim, e o controle principal da companhia retorna ao *status quo ante* à entrada do fundo. Não sei se já houve um caso de controle compartilhado.

Ricardo Cueva: É, eu nunca vi uma situação como essa, mas imagino que a alteração e controle enquanto tal deva ser..., ainda que seja marginal.

Lauro Celidônio: Desinvestimento, o BNDES faz muito disso. Eu nunca vi o BNDES fazer uma notificação, e o BNDES faz muito disso.

Ricardo Cueva: É, o BNDES faz de fato, ele faz o investimento e o desinvestimento.

Lauro Celidônio: E adquire controle efetivo, quer dizer, vocês podem notificar o BNDES a apresentar as notificações.

Sérgio Varella Bruna: Solução para o orçamento do CADE.

Lauro Celidônio: Solução para o orçamento, é verdade, procede. Em todos os setores, é magnífico. Aliás, o grupo de controle não sei, acho deveria ser 400 milhões sempre.

Sérgio Varella Bruna: Bom, então eu queria agradecer ao doutor Cueva, ao Tito, e ao Lauro. Mais uma vez, houve uma discussão bem interessante e rica. Vamos fazer um intervalo de dez minutos e retornaremos aqui para o último painel. (pausa) (final do painel).

**Painel III – O CADE, A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA E AS TENDÊNCIAS /
CADE – CASE-LAW: RECENT DEVELOPMENTS
AND NEW TRENDS**

**Coordenadores / Chairpersons: Sérgio Varella Bruna e
Dra. Elizabeth Farina**

Mesas de Debate

Tema 3. A demonstração de eficiências pelas partes em atos de concentração. Interpretação do art. 54, § 1.º, I, da Lei 8.884/94. Quando de faz necessária? De quem é a obrigação da prova? Como demonstrar eficiências projetadas para o futuro e que dependem de fatores extrínsecos às próprias partes (conjuntura econômica, tendências de mercado etc.)?

Debatedores

Paulo Furquim – Conselheiro do CADE

Luiz Carlos Delorme Prado – Conselheiro do CADE

Arthur Barrionuevo Filho – IBRAC

Marcio de Carvalho Silveira Bueno – IBRAC

Sérgio Varella Bruna: Muito bem, então vamos começar esse último subpainel, que se dedica ao debate da questão das eficiências econômicas e o papel delas nos atos de concentração. Vão conduzir os trabalhos o doutor Arthur Barrionuevo e doutor Márcio Bueno, que têm a palavra.

Arthur Barrionuevo Filho: Bem, bom dia a todos. O tema nessa mesa é a questão das eficiências, que servem para aprovar atos de concentração. E eu, para começar essa discussão, na verdade vou focar um ponto bem específico, que tem relação com o *caput* do artigo 54, ou seja, de que, para que os atos sejam aprovados pelo CADE, o que se avalia inicialmente é a sua potencialidade de dano à concorrência. E eu gostaria, então, de relembrar, como todo mundo já sabe, um caso recente, em que se discutiu a aprovação de um ato de concentração, e a razão de sua aprovação foi justamente a eficiência.

Eu acho que esse ato foi importante no seguinte sentido: primeiro porque o processo de julgamento iniciou quando houve dúvidas sobre a potencialidade de dano à concorrência, que foi o momento para que se colocassem claramente quais seriam as eficiências necessárias a serem apresentadas pelas partes para que pudesse haver o ato de concentração. Acho isso extremamente positivo. E o segundo ponto que eu acho preocupante é por que se discutiu, se aprovou

um ato de concentração sem se discutir a sua potencialidade de dano? Então, basicamente a minha pergunta é no seguinte sentido: quando previamente se considera que um ato não traz dano à concorrência, faz sentido discutir eficiências? Eu lembro que no primeiro colegiado logo após a Lei 8.884 ter sido promulgada, era praticamente uma obrigatoriedade as partes apresentarem eficiências; todavia, sem entrar na questão de princípios que essa lei protege, como a livre concorrência, a livre-iniciativa, visto que não faria sentido você exigir das partes um trabalho adicional se não existe potencialidade de dano à concorrência, vamos falar apenas no sentido pragmático. Como o CADE controla condutas e atos que são potencialmente anticoncorrenciais? Se não existe essa potencialidade, não faz sentido continuar com a análise. Então, esse é um primeiro aspecto sobre o qual eu gostaria de ouvir a opinião dos Conselheiros. E o segundo, que está relacionado a esse, é a questão de discutir qual deveria de ser o momento adequado de apresentação de eficiências. Não me parece muito adequado que na apresentação inicial já se apresentem eficiências possíveis de uma determinada operação, porque, se a operação não traz dano à competição não se deveria obrigar as partes a fazerem estudos, análises etc., que muitas vezes, na corrida para se apresentar uma operação naqueles quinze dias úteis, acaba sendo uma coisa bastante superficial. Nesse sentido, portanto, eu gostaria também de perguntar até que ponto não faz sentido, como já fez o Conselheiro nesse caso que eu estava citando, só no momento em que se considerar que uma determinada operação pode trazer danos à concorrência colocar a necessidade de apresentação de eficiências. Eu acho que ganharíamos todos se esse tipo de prática ficasse estabelecido, para evitar esforço inútil e até para que as eficiências necessárias fossem claramente definidas para que as partes pudessem então se manifestar. Basicamente são essas duas questões que eu tenho para os Conselheiros, e eu já aproveito e passo à palavra aqui para o Márcio.

Marcio de Carvalho Silveira Bueno: Tenho dois pontos também para provocar os Conselheiros que tratam da nossa angústia. A análise de atos de concentração tem um problema básico que é a prospectiva: temos que adivinhar o que vai acontecer no futuro. Dito isso, que tipo de elementos probatórios podemos apresentar para demonstrar e quantificar eficiências, para convencê-los de que existem e que compensam os eventuais efeitos negativos sobre a concorrência que a operação possa representar? E como lidar também com as eficiências que não conseguem ser traduzidas em números ou em um ganho pecuniário? Além disso, como os efeitos anticoncorrenciais também para analisá-los é um efeito prospectivo, como lidar ou como balancear efeitos negativos *versus* benefícios para se chegar ao efeito líquido da operação para o mercado?

Paulo Furquim: Então vamos lá. Bom dia a todos. Eu vou começar com uma ilustração que em parte responder e colocar os problemas que o Arthur e o Márcio iniciaram. Vamos imaginar o seguinte cenário: a sala de reuniões de uma diretoria de uma grande empresa, em que estão presentes os diretores, e também advogados, discutem uma fusão com uma grande concorrente. Já existe uma avaliação dos potenciais ganhos daquela fusão, existe uma estimativa de preço a ser pago por aquela empresa, mas então surge a pergunta: há algum constrangimento institucional? E o advogado pode dizer: bom, certamente há potenciais prejuízos à concorrência e, portanto, custos sociais associados. Mas há eficiências nessa operação? Ele pode perguntar para o corpo de diretores e o CEO, digamos, seja um executivo renomado com uma reputação histórica de grandes sucessos empresariais, que tem um conhecimento raramente baseado em teoria mas num histórico de decisões altamente bem-sucedidas ele conclui: certamente, essa é uma operação que vai resultar em ganhos imensos para a nossa empresa, sinergias a serem exploradas etc. E o advogado pergunta: mas qual é a base para a sustentação disso? Então ele diz: é o meu *feeling*. E isso convence os diretores que já conhecem a reputação daquele presidente, daquele CEO. Mas o advogado deve dizer: *feeling* não dá, *feeling* não vai funcionar, é preciso ter algum mecanismo para fundamentar a decisão e demonstrar essas eficiências. Essa é uma preocupação, portanto, altamente legítima, relevante por parte dos advogados, e essa é a pergunta do Márcio: Que tipo de evidência, que tipo de elementos probatórios devem ser reunidos para fundamentar a existência de eficiências?

Bom, o princípio de análise de conhecimento comum é de que o Conselho deve ter razoável segurança – esse é um ponto importante. Para acessar um valor esperado, do benefício social líquido, esse balanço de custos e benefícios associados à operação, se for menor ou igual a zero, se esse benefício social líquido for negativo, então deve haver alguma restrição à operação válido para a conduta ou ato de concentração.

Razoável segurança quer dizer que o conjunto de informações deve trazer um conteúdo preditivo com baixa variância, que a predição é confiável e a parte do benefício social líquido é um valor esperado sobre os resultados da operação. Mas colocado dessa forma há um resultado muito importante: não é necessário mensurar os custos e as eficiências para todos os casos, que é um ponto que o Arthur colocou. O que é necessário é haver alguma segurança de que os benefícios sociais líquidos não sejam negativos, e isso faz toda a diferença. Por exemplo, se uma operação não apresenta custos sociais decorrentes do exercício de poder de mercado, certamente não tem custos sociais líquidos, benefícios sociais maiores ou igual a zero, positivos

e, portanto, não é necessário mensurar quais são as eficiências, pois já há segurança o bastante para se concluir que a operação deve ser aprovada sem restrições. E se for necessário observar eficiência, ou seja, se houver custos sociais líquidos, mesmo que não mensurados ainda, mas se há segurança que há custos sociais em redução da concorrência... Houve até um caso de que eu não participei, um caso já bem mais antigo em que havia essa conclusão de custos sociais que não foram mensurados; houve uma série de alegações de eficiência por parte, no caso, de uma representada, e todas elas foram rechaçadas – eu vou abordar um pouco mais à frente que tipo de argumento é válido ou não para se rechaçar as eficiências alegadas. Mas a conclusão era a seguinte: não havia eficiências significativas ou elas eram negligenciáveis nesse caso. Não sendo significativas, não era necessário estimar o custo do exercício de poder de mercado; pois isso já era suficiente para caracterizar aquela conquista como ocasionando prejuízos sociais líquidos e, de fato, ela foi objeto de restrição.

Agora, se há custos e benefícios ambos não negligenciáveis, então sim, é necessária alguma estimativa dessa magnitude para se ponderar. Como é que isso pode ser feito isso? Certamente não na base do *feeling* do empresário, mesmo que muito pertinente e aderente à realidade. O que precisamos ter é a capacidade de prever quais são os resultados de eficiência e de perda de poder de mercado com base num conhecimento – eu vou utilizar esse termo – econômico válido. Esse termo parece muito simples, ele carrega uma série de dificuldades, e eu não vou esconder essas dificuldades. Com isso certamente as eficiências não precisam ser observadas, basta que sejam previstas com base nesse conhecimento econômico válido. O mesmo ocorre com o outro lado da balança: os custos de poder de mercado não devem ser observados, seria insano pensarmos que para aprovar um determinado ato de concentração devamos observar o ato, mensurar quais são os custos de poder de mercado e só então concluir que oferece prejuízo e só então colocar alguma restrição, com base no conhecimento que permite previsão dessas variáveis, custos e benefícios. Imagine um caso de notificação prévia: certamente a análise precisa ser feita antes de ocorrer, e a teoria econômica oferece elementos para prever resultados. Eu acho que esse é o ponto importante.

Eu vou agora falar desse termo “conhecimento econômico válido”, que é extremamente complicado. Certamente não cabe ao Conselheiro a prerrogativa de declarar válido um conhecimento, pois isso acarretaria uma insegurança jurídica tremenda. O que diria aquele advogado naquela sala com diretores e presidente, ao tentar adivinhar qual seria a subjetividade do Conselho. Portanto, deve ter algum critério objetivo, e existe. Usando uma

analogia que todos conhecem, existe o mercado de idéias, e existem critérios objetivos para a seleção de idéias que são válidas. E quais são esses critérios? Primeiramente, os argumentos precisam ser teoricamente consistentes. Vou dar um exemplo: a alegação de economias de escala como fontes de eficiências. Mas que espécie de economia de escala? Economia de escala de planta. Mas se a fusão vai resultar numa empresa maior, mas com as mesmas plantas, do mesmo tamanho, então essa alegação é teoricamente inconsistente e não cabe, deveria ser rejeitada. Para economias de escala multiplanta, se demonstrada a origem dessas economias de escala sem a fusão, pode resultar nesses ganhos, o que é teoricamente consistente.

Segundo, necessariamente precisam ser considerações com conteúdo preditivo. Antes da fusão prevê-se, estima-se que deve haver um ganho de tal magnitude, e o mesmo ocorre com a parte anterior, que nunca se questiona, e que não é objeto dessa mesa mas que inevitavelmente vem à mesa, que é a parte de poder de mercado, pois essas duas coisas tem que ser balanceadas; tem que haver alguma capacidade de se prever que determinada fusão vai acarretar tais prejuízos à concorrência, e esses prejuízos devem ser estimados em um determinado montante, o que abordarei mais adiante se isso vai ser quantitativo ou não. Já antecipo que não.

E, finalmente, o último ponto, esse conhecimento deve ser preferencialmente – digo preferencialmente porque há vários estágios do conhecimento – validado empiricamente (existe conhecimento validado empiricamente e existe conhecimento ainda não validado empiricamente). Não quer dizer que seja conhecimento irrelevante. Isso é muito importante, porque muitas vezes modelos de simulação com teoria de jogos de última geração podem ser utilizados quer ainda não estejam validados empiricamente, o que será olhado com muito cuidado pelas autoridades da defesa da concorrência, porque é um conhecimento do ponto de vista científico ainda não validado plenamente. Estou deixando de lado toda uma discussão que existe sobre metodologia e que eu acho que não cabe aqui. Realmente, precisamos simplificar essa leitura desse mercado de idéias, daí esses critérios objetivos de validação do conhecimento.

Acho que o tipo de eficiência que pode ser considerado, e isso já é conhecimento bem generalizado, é a parte de custo de produção, a parte de custo de transação, desnecessário portanto caminhar por aí.

Sobre o ponto de ser quantificável ou não, eu já disse que a minha posição é que não, e eu sustento isso não por uma convicção mas por uma análise do conjunto de conhecimento econômico válido. Conjunto de conhecimento

econômico válido nem sempre conduz a uma medida quantitativa e, no entanto, não deixa de ser um conhecimento relevante e, portanto, deve ser considerado. Muito simplesmente não se deve jogar informação e conhecimento fora simplesmente porque não são quantificados; isso vale para os dois lados da balança, vale para eficiências, para custos de transação que são evitados *a posteriori*. A teoria econômica não traz os elementos de uma quantificação adequada, mas há o outro lado da balança também. No custo de poder de mercado muitas vezes só se calcula o peso morto que é um dos custos possível da perda de concorrência, são os custos de eficiência dinâmica, de inovação que não são considerados quantitativamente, mas que devem ser contemplados, e o conhecimento econômico é válido nesse sentido, portanto deve ser considerado. Isso torna a análise, é claro, muito difícil de ser feita, mas é o que a realidade impõe, e seria muito mais adequado admitir que a realidade impõe essas dificuldades do que jogar para debaixo do tapete aquilo que não pode ser quantificado.

E, finalmente, faziam parte da ementa sugerida pelo IBRAC alguns itens que me pareciam associar um TCD, que já foi discutido na primeira mesa. Vou fazer uma menção muito breve. Será que o TCD é um bom instrumento para a avaliação das eficiências? Bom, eu já disse que as eficiências não precisam ser observadas. No contexto que desejamos, a aprovação no ato de concentração é muito rápida, muito eficiente, a resposta do sistema à pergunta deve ser provada com restrições ou não, necessariamente não dá tempo para observação. Esse caso que o Arthur citou é um caso eu diria até anômalo, um caso raro em que foi possível observar as eficiências de um ato que estava em julgamento. Então, houve uma avaliação de uma entidade que certificou determinados ganhos de custo. Houve uma análise de poder de mercado e se concluiu – boa parte dos Conselheiros votou nessa direção – que não havia custos de poder de mercado significativos. Esse foi um dos motivos de não ter sido necessário cotejar os custos estimados com as eficiências. Então, quando utilizar um TCD? Será que seria um bom instrumento? Eu remeto àquele primeiro ponto, da razoável segurança. Será que no momento da votação existe razoável segurança de que o benefício social líquido é menor que zero? Muitas vezes não há. O TCD pode ser um instrumento para que aquele *feeling* do empresário possa ser traduzido em algum compromisso de queda de custos ou de repasse desses ganhos, mas existe, é claro, uma dificuldade. Ali, é um contrato, e como um contrato tende a ser mais eficaz se contém elementos que são claramente observáveis e verificáveis nas Cortes, no Judiciário. Então, esse é o primeiro lado, e não devem depender do aleatório essas variáveis que são observáveis. Por exemplo, preço de mercado é

um item temerário se eu colocar num TCD, porque depende de várias outras coisas e, portanto, o *enforcement* desse contrato vai ser, é claro, prejudicado. Já o repasse de ganhos de queda de custos ao preço, dada uma queda de custos, é algo que depende não do aleatório, mas pode estar sob controle da empresa e, portanto, poderia tornar esse contrato mais efetivo.

Com isso, eu concluo: eu acho que nessa passagem eu respondi o ponto do Márcio, sobre quais são os tipos de elementos probatórios, é claro, num caráter ultrageral. Sobre como balancear e o ponto do Arthur – qual é momento adequado para apresentação das eficiências –, quando se observam custos sociais de que já se tem alguma evidência, alguma segurança de que existem, a prática de fato que foi feita este ano em um dos casos parece uma prática adequada e resolveu inclusive um problemas que é sempre importante para o Conselho, que é o problema do prazo, porque houve uma manifestação da decisão; abriu-se diligência para apresentação de eficiências, e isso foi feito sem maiores problemas. Termino assim.

Conselheiro Prado: Bem senhores, essa mesa está na desagradável posição de ficar entre os senhores e a feijoada oferecida pelo Sérgio Bruna. Portanto, a brevidade é uma qualidade, e eu tentarei fazer a minha apresentação também em tempo curto. No entanto, eu vou começar fazendo uma discussão do texto legal que eu considero fundamental para orientar e para entender um pouquinho as possibilidades de aprovação de um ato e as nossas limitações.

Primeiramente, o texto legal tem algumas características jurídicas singulares, ou seja, a aprovação é um ato vinculado. Ele inicia dizendo que o CADE poderá – ele não diz as condições em que o CADE *deverá* reprovar mas, ao contrário, as condições em que ele *poderá* – aprovar o ato, isso é bastante interessante. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda às seguintes condições: 1) Tenha por objetivo cumulado alternativamente aumentar a produtividade – que é uma idéia bastante genérica, pode ser quantificada, mas de qualquer maneira em princípio, dado um cenário de progresso técnico, aumento de produtividade é esperado da boa gestão empresarial; 2) Melhorar a qualidade dos bens e serviços – que é mais abstrato ainda, porque muitas vezes o desejo do consumidor é por um bem que possa ser até de “pior” qualidade e preço mais baixo, quer dizer, uma forma de inovação é um preço muito mais baixo para oferecer um serviço um pouco mais restrito; em contraposição nós temos, por exemplo, as companhias aéreas etc., que reduzem, por exemplo, o espaço entre duas fileiras, oferece menos refeições e reduzem muito o preço. Isso é melhoria de qualidade de serviço ou não? Certamente é uma inovação que beneficia o

consumidor, oferecendo mais alternativas, e propicia eficiência e desenvolvimento tecnológico e econômico.

Em segundo lugar – eu frisei isso porque é particularmente complexo e delicado analisar esse outro aspecto – é que os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores e usuários finais, de outro. Se nós fôssemos estrito, nós teríamos que analisar a elasticidade da demanda para ver o que vai acontecer quando há um aumento de eficiência. Bem, isso não é certamente uma alteração trivial. Portanto, também não se está dizendo que consumidores deveriam ser beneficiados. É o aumento de eficiência que afeta o conjunto da economia ou que afeta positivamente os consumidores ao longo do tempo que poderia ou não ser considerado válido dentro da lei.

E, em terceiro lugar, que não implique eliminação da concorrência ou de parte substancial de mercado relevante de bens ou serviços. É mais abstrato ainda, o que é parte relevante? Para parte substancial do mercado duas empresas seria desejável, teria que ficar cinco, quatro... Exatamente o que quer dizer esse item? E, finalmente, que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Isso significa, portanto, que um determinado tipo de ato de concentração que compra uma parcela ou que adquire uma parcela de mercado maior do que os ganhos de eficiência desejados não seria admitido?

Vamos adiante. Depois de todas essas restrições, há um parágrafo que pura e simplesmente anula todo o resto. O legislador diz o seguinte: desde que atendidas pelo menos três das condições previstas no inciso do parágrafo anterior, quando necessário, por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Tudo bem, aí nós podemos retornar, e como eu chamei a atenção sobre o fato de que pelo menos dois desses elementos são altamente subjetivos e o bem comum é outra coisa também muito difícil de ser definida, certamente lá no plenário haverá várias definições distintas do que é o bem comum. Podemos, em tese, olhando estritamente a lei, aprovar quase qualquer coisa, o que implica obviamente a questão de que a regra da razão passa a ser fundamental nessa situação. Portanto, o que se coloca é a questão da razoabilidade.

Eu aprendi ontem com juristas que aqui falaram que até em legislação penal é necessário considerar a razoabilidade para impor ou para considerar determinados aspectos da pena. Portanto, a questão da razoabilidade entra na discussão exatamente como foi colocada pelo Furquim quanto os critérios

da boa doutrina econômica, que não quer dizer com uma doutrina econômica particular – e então eu vou trazer para os senhores alguns dos argumentos que eu tenho defendido com frequência como uma das confusões do uso dos pareceres dos economistas na questão do CADE.

Em primeiro lugar, não existe estrito senso prova econômica, isto é, o modelo econométrico não prova nada; o modelo econométrico, tal como uma doutrina, é um argumento para interpretar a realidade, e a prova é o elemento da realidade. Há uma prova de que fulano e sicrano se reuniram num hotel tal tantas horas, para discutir tal: isto é uma prova. Eu tenho uma prova de que dez dias depois houve um aumento de preços de até três dígitos; é a única prova.

Como é que nós fazemos? A partir desses elementos, podemos fazer uma avaliação dos impactos sobre o mercado e chegar a uma conclusão de um determinado tipo de resultado. A partir daí entramos na discussão dos instrumentos que teríamos de natureza conceitual para poder interpretar essa realidade. Mais uma vez, no ato de concentração eu tenho uma prova, por exemplo, de que se vai fazer com essa fusão uma nova fábrica. Eu tenho o elemento, está aqui, nós estamos juntando, nós vamos fechar tal planta e vamos abrir uma planta muito maior. Isso é uma prova. E o que isso significa? Há um aumento de produtividade na planta, então vamos ter que analisar os argumentos específicos para fazer isso. Podemos fazer os estudos econométricos sobre o impacto que tal nova planta colocou. Quer dizer, nessa circunstância – isso é do uso da teoria econômica, um péssimo uso da teoria econômica –, juntam-se quatro pareceres contraditórios – e eu já vi pelo menos um caso em que o advogado em vez de pegar uma tese e os pareceres econômicos que de alguma maneira convergiam para a tese, pegou os pareceres econômicos que brigavam entre si. Então, a questão é mais ou menos o seguinte: resolvam vocês qual consideram o parecer mais adequado, que é o que nós em geral fazemos, muitas vezes contra o interesse do cliente que está representado pelo advogado. Agradecemos muito ao advogado pela ajuda que nos deu ao impor uma restrição ao seu cliente.

Então, nesse sentido mais uma vez, sobre a questão de trazer o estudo econômico no contexto: ele tem que estar diretamente ligado e com clareza ao objetivo ele vai cumprir como instrumento num conjunto de elementos trazidos pelo advogado na defesa, em última instância, que é o seu objetivo do seu cliente.

Um pouco adiante aqui, eu quero chamar a atenção, não vou entrar em grandes detalhes, sobre o fato de que o grande número de atos de concentração

que tem havido no Brasil é consequência exata do papel que o Brasil tem como um dos principais destinos de investimento internacional em países em desenvolvimento. China, México e Brasil são países – já que Cingapura não é exatamente um país – para onde se destina a maior parte dos investimentos internacionais. Há muitos processos de fusões e concentrações em economias como as nossas. Então, é realmente muito importante o ato de concentração em nossas economias, afora os processos recentes de privatização em todas as questões nas economias em desenvolvimento. E essa importância dos atos de concentração em nossa realidade é decorrente das características do Brasil. Não adianta imaginarmos que eles ficarão menos importantes nos próximos anos. A menos que mude a lei, eu considero que esse será realmente um dos focos do CADE, juntamente com as questões ligadas à conduta, e continuará sendo muito importante.

Volto a trazer um ponto, que é uma visão minha, de que a intervenção da autoridade deve ser muito cuidadosa, porque a nossa chance de errar é muito grande. Nós já falamos isso aqui várias vezes, e quando se trata do futuro vale a pena pararmos um pouquinho e discutirmos a questão de previsão econômica. Previsão em economia não é adivinhação: se você quer saber o que vai acontecer no final do ano que vem, pergunte ao economista ou ao jogador de tarô, e os dois terão uma probabilidade razoável de saber o que vai acontecer. Previsão em economia é um conceito muito definido: dadas determinadas premissas, se elas forem verdadeiras, eu tenho uma probabilidade “p” de tal fenômeno ocorrer; se elas não forem verdadeiras, a probabilidade “p” de ocorrer tal fenômeno será completamente diferente. Então, o que nós fazemos? O que será, por exemplo, o crescimento econômico do ano que vem? Se tudo o mais se mantiver constante, o crescimento do ano que vem será tal. Como nós fazemos uma previsão quanto ao crescimento do ano que vem, nós já interferimos sobre isso, tomamos as providências para que o crescimento seja maior. Então, essa previsão já estará errada em função da ação decorrente da previsão feita, quer dizer, previsão em economia é um instrumento de tomada de decisão, por isso voltamos à questão trazida pelo Furquim: se eu tenho dois elementos, qual é a probabilidade, a partir de vários elementos de risco, de que tal ato de concentração vai aumentar o poder de mercado de uma empresa? Eu tenho cenários. Em que cenários os benefícios decorrentes dessa fusão serão maiores do que aqueles decorrentes disso? Em função disso é que nós vamos tomar uma decisão. Há incerteza inerente a esse processo, porque cada um de nós está trabalhando com determinadas premissas, isso é inescapável. Obviamente, cada um de nós gostaria que o outro colega de Conselho aceitasse como verdadeiras as nossas premissas.

Isso é impossível, por definição, pois temos pessoas de formações distintas, temos percepções sobre a realidade distintas e diferentes premissas levam a diferentes conclusões, mesmo que a função, o elemento, a teoria que vincula esses dois elementos seja o mesmo. Como também não é claramente no conjunto de Conselho que haverá interpretações distintas para o mesmo fenômeno, o que é razoável. No entanto, é muito fácil prever – volto a insistir, a minha experiência nesses dois e meio de Conselho é que eu nunca vi um caso de restrição em que foi surpresa, pelo menos para o advogado da parte (pode ser para a parte, se o advogado não explicou bem), porque quando ele conversa, e nunca é só com o relator – em vários casos conversa com cada um de nós –, ele claramente sabe por que nós fazemos perguntas e dizemos que há problemas. Ele pode não saber qual é a natureza da restrição, porque a natureza da restrição depende de uma série de fatores, mas não há surpresa, é uma decisão necessariamente complexa.

Seguindo mais aqui um pouquinho, eu não vou entrar nessa discussão, mas o que é intervenção? Eu adoro pegar como definição de intervenção o crítico da intervenção, porque ele a faz com muita precisão. O conceito de intervenção é o seguinte: é uma norma restritiva imposta por órgão governamental que força os donos ou empresários a empregar esse meio de uma forma diferente da que empregariam. É isso o que nós fazemos. Quando nós intervimos, nós fazemos o quê? O empresário tomou uma determinada decisão, não levamos esse empresário a tomar decisão diferente do que ele faria na ausência da intervenção. Qual o problema disso? Podemos fazer que essa decisão seja melhor, mas há uma chance não trivial de que a decisão tomada seja pior do que aquela, então o nosso cenário é minimizar o risco de, ao interferir nessa decisão, o resultado ser diferente. Por isso eu quero chamar a atenção dos senhores para o fato de que nós fazemos políticas públicas, sim, na minha opinião.

Existem quatro tipos de intervenções que eu considero na história econômica, que são: as políticas macroeconômicas ativas monetária e fiscal; o planejamento econômico, que pode ser planejamento regional; a política de desenvolvimento, a política industrial e o estado de bem-estar social, que são políticas sociais; e a regulação de política antitruste. Cada uma delas pressupõe que o mercado não é auto-regulado, porque se fosse, não seria necessário que houvesse uma intervenção do Estado numa direção diferente da que se tomaria na ausência dessa intervenção. No entanto, senhores, ao fazer isso – também não vou entrar na discussão de falhas de mercado –, há um risco mais uma vez grande de o Estado acertar, há falhas de mercado que justificam a nossa intervenção, mas há falhas de governo e há erros de

percepção dos agentes. No mundo perfeito ou no mundo de mercado perfeito, os resultados independeriam da intervenção do governo. Num mundo de informações perfeitas para o tomador de decisão, o Estado acertaria sempre, não ocorreria nem um caso e nem o outro. Então, nosso problema é minimizar riscos. Por isso, senhores, eu trato sempre concorrência – e nisso certamente eu sou, junto com alguns outros Conselheiros, voz dissonante – não como um bem em si, pois a concorrência não é um valor universal a ser preservado em si, tal como o direito à informação, à liberdade, etc., mas como um valor instrumental. Nós queremos concorrência para promover o bem-estar econômico, o aumento da eficiência e a inovação. Então, a minha preocupação, ao olhar a concorrência, não é a preservação da concorrência mas dos efeitos da concorrência. Portanto, como eu já falei no início, a lei, a meu juízo, nos permite fazer muitas coisas, e eu procuro saber de alguma maneira, quando eu vejo uma empresa, uma decisão empresarial que a meu juízo vai afetar a concorrência, qual será o resultado líquido sob o ponto de vista do consumidor e da sociedade brasileira levando em conta os dois cenários. É sobre isso que nós trabalhamos.

Bem, então, a título de conclusão, o fim último da ordem econômica é a promoção do bem-estar e o desenvolvimento econômico-social de uma sociedade como a nossa. E como entes públicos, como formuladores de políticas públicas que nós somos, não estamos acima do Estado, somos parte dele, e devemos fazê-las com o máximo de bom senso possível. Portanto, a maior qualidade de um Conselho é bom senso, e a maior qualidade de um advogado na defesa dos direitos de seu cliente é trazer idéias claras. A clareza é fundamental, em meu juízo, para trazer elementos de eficiência, e a maneira mais fácil de gerar confusão é não ter uma tese clara a ser defendida.

Eu queria terminar justamente chamando a atenção para isso: na medida em que a idéia de eficiência for qualquer coisa, o eixo de elementos para poder verificar se se pode aprovar um tal caso fica prejudicado, e torna-se difícil para nós tomarmos uma decisão. Quando a eficiência é claramente definida, há um aumento de bem-estar do consumidor,, há efeitos de economia em termos de ganhos de escopo, há elementos que se justificam sob o ponto de vista do desenvolvimento econômico etc. Ficando claros os argumentos, isso facilita muito a tomada de decisão, e quando eles forem passíveis de serem quantificados, a probabilidade de aprovação é muito maior. E, mesmo não o sendo, se, como disse o Furquim, eles forem embasados em argumentos econômicos consistentes, também fica mais clara a tomada de decisão. É isso, meus colegas.

Eficiências
12º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência
Luiz Carlos Delorme Prado
CADE-MJ e IE-UFRJ

Controle de Atos de Concentração

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, por outro;

III – não impliquem em eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados

Controle de Atos de Concentração

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final;

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresas resultante de 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 4.000.000.000,00.

Atos de Concentração no Brasil

- O controle de atos de concentração tem sido um dos pilares da política de concorrência no Brasil. Esse procedimento justifica-se pelos constantes processos de reorganização das estruturas de mercado em vários setores industriais, característicos de uma economia em desenvolvimento como a brasileira e, ainda, pelo fato do Brasil ser um dos mais importantes destinos de investimentos diretos internacionais.
- Nos países em desenvolvimento, atos de concentração econômica, em especial as fusões e aquisições, não ocorrem exclusivamente devido ao processo normal de competição em uma economia de mercado. Essas vêm crescendo rapidamente devido a reformas estruturais, tais como privatização. Entretanto, no caso brasileiro, no período recente, o que vem caracterizando o crescimento dos casos de fusões no Brasil têm sido a estratégia das empresas transnacionais, que vêm crescendo seu investimento em mercados estratégicos

A Análise dos Atos de Concentração

O ponto de partida para esta análise é a premissa que a intervenção na iniciativa privada deve sempre ser feita de maneira cautelosa, resguardando-se o princípio de que a ação do Estado deve ser a menor possível compatível com a defesa dos direitos tutelados.

Argumentos Teóricos Contrários à Intervenção Econômica

- A literatura neoclássica afirma que, em condições de concorrência perfeita, regimes de *laissez-faire* assegurariam o máximo de bem-estar social no sentido de Pareto.
- Sob esta hipótese, intervenções estatais na alocação dos recursos seriam contraproducentes, porque afastariam a economia do seu resultado ótimo;
- Nesse sentido, as economias de mercado seriam auto-ajustáveis.

Intervencionismo

- Ludwig von Mises: “Intervenção é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam.”

Intervenção no Estado na Economia

- Políticas Macroeconômicas Ativas;
- Planejamento Econômico;
- Estado de Bem-Estar Social;
- Regulação Econômica.

Justificativas Teóricas para a Intervenção do Estado na Economia: as Falhas de Mercados

- Falhas de Mercado – a literatura liberal aceita que algum tipo de intervenção pontual poderia ser justificado se comprovada a existência de falhas de mercado que tenham afetado o funcionamento e os resultados da economia de seus níveis ótimos;
- A Intervenção deve, nesse caso, ser voltada para a correção dessas falhas, visando permitir que os sinais de mercado operem seus mecanismos de indução;
- A intervenção recomendada nesses casos é de corte horizontal: isto é, políticas que aumentam a informação dos agentes econômicos, regulam os direitos de propriedade, aumentam a eficiência das instituições, reduzem a capacidade de ação coletiva dos agentes econômicos (formação de cartéis empresariais ou ação sindical) etc.

Justificativas Teóricas para a Intervenção do Estado: a Construção de *Capabilities*

- Autores como Stiglitz afirmam que em um mundo caracterizado por assimetria de informações, mercados incompletos, economias de escalas, direitos de propriedade industrial, não faz sentido a proposição de políticas que busquem alcançar um equilíbrio estático, que seriam obtido através de características (concorrência perfeita, inexistências de externalidades) que não ocorrem no mundo real;
- Nesse mundo o papel do Estado seria fundamental para enfrentar problemas como a existência de mercados incompletos (tais como inexistência de mercado de capitais) e assimetria de informações (que afetam por exemplo o custo e o acesso a crédito de longo prazo nos mercados domésticos e internacionais);
- Mas o Estado seria também importante para permitir o acompanhamento dos fluxos de inovações no plano global.

Livre Concorrência e Livre-Iniciativa

- Constituição (art. 170) – A Ordem Econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
- IV – Livre Concorrência

Conclusão

- A Livre Concorrência e a Livre-Iniciativa: a livre concorrência é um meio e não um fim
- A livre concorrência sem controle leva a seu fim.
- O fim último da ordem econômica é a promoção do bem-estar e do desenvolvimento econômico e social

Sérgio Varella Bruna: Está aberto o debate.

Marcelo Calliari: Primeiro, um ponto muito breve, eu vou me permitir discordar do Conselheiro Prado quando ele fala que não ocorrem surpresas no plenário, pois elas ocorrem, e com mais frequência talvez do que os próprios membros percebiam. Posso até dar um exemplo de um caso – e há outros com certeza: o grupo Koch americano comprou toda a divisão Lycra da Du Pont, bastante grande em âmbito mundial, e houve uma discussão sobre uma cláusula de exclusividade – era uma desverticalização com uma cláusula de exclusividade, que era um ponto importante da operação. Independentemente de entrar no mérito da decisão do Conselho de mandar excluir a cláusula de exclusividade, essa decisão foi uma completa surpresa para as partes e para os advogados. Não houve nenhuma discussão anterior, houve a discussão sobre a lógica da cláusula de exclusividade, sim; houve um questionamento do CADE sobre a sua motivação, houve uma explicação, mas não houve nenhuma indicação de que havia a percepção de que isso era problemático, a ponto de levar a uma decisão em plenário sobre a sua eliminação ou não. Então, isso geralmente acontece, e essas também são decisões restritivas, ainda que não sejam de desinvestimento.

A outra coisa que me surpreendeu foi a visão do Conselheiro de que o § 1.º do artigo 54 permite qualquer coisa. Eu sempre tive a impressão de que o § 1.º é muito ruim. Quando eu estava no plenário eu via o § 1.º como impe-

dimento, como uma dificuldade imensa ao uso de eficiências na aprovação de uma operação, sendo que é muito raro, para não dizer quase inexistente, o caso em que o CADE constata a existência de limitação à concorrência e aprova a operação com base nas eficiências. Quer dizer, na minha visão – comparando com legislações de outros países que são muito mais permissivas em relação ao uso de eficiências, ou pelo menos mais genéricas, e deixam para a autoridade definir um pouco o escopo –, a inclusão de vários incisos de vários quesitos está caminhando, quer dizer, sempre dificultou a utilização das eficiências. O fato de não reduzir substancialmente a concorrência, por exemplo, vai ser nesses casos que as eficiências vão ser analisadas em geral. Já começa por aí a dificultar um pouco. E a minha impressão, além de ter a legislação, o próprio texto legal dificultando a utilização disso, é que ao longo do tempo o plenário veio também reduzindo um pouco a possibilidade de uso de eficiências, que era visão de fora, era algo deliberado do Conselho passando mensagens ao longo de várias decisões de que dificilmente as eficiências seriam aceitas como uma alternativa para aprovar uma operação, de outra maneira considerada prejudicial à concorrência. Eu não sei se houve isso, essa deliberação no plenário, mas a percepção era de que nas várias discussões e decisões em que se discutiam eficiências, várias eficiências foram sendo rejeitadas – e óbvio que haja argumentos para rejeitá-las –, era de que o plenário estava reduzindo o escopo para isso, considerando basicamente que dificilmente uma operação seria salva por eficiências. Eu não sei se isso é algo que o plenário deliberou fazer ou não.

Luiz Carlos Delorme Prado: Acho interessante as duas observações. Quanto à primeira, eu não me lembro do caso especificamente. Sinceramente, certamente há aí um caso de assimetria das informações, provavelmente foi mais importante para os requerentes do caso, e talvez o plenário não tenha percebido a gravidade da situação. Por exemplo, se foi um caso que passou ao longo desse período em que eu estou, talvez não tenha sido considerado, pelo menos na minha percepção, tão grave a ponto de eu pelo menos não me lembrar do caso especificamente. Quer dizer, certamente há assimetrias de informação. E como eu fiz essa colocação tão enfática, eu não estou afastando a possibilidade em situações particulares de tal o fenômeno ocorrer. Nem estou afastando a idéia de que possa haver muitos julgamentos incorretos, injustos ou inadequados no sentido de falta de percepção em uma situação específica. No entanto, discordo da sua percepção de que o plenário não tem levado em conta eficiências. Isso não é a minha experiência no plenário; pelo contrário, inclusive nas reuniões, nas discussões que nós temos feito, eficiências têm

sido um dos elementos fundamentais na aprovação de vários casos e também na determinação de restrições. Nós temos considerado muito isso. Eu sinto que esse tem sido um elemento que tem chamado a atenção em vários desses casos, até os mais rumorosos, como por exemplo – só para citar um sem entrar na discussão dele – o que envolveu a Vale e a CSN, em que foi muito discutida a eficiência do funcionamento do sistema mina-ferrovia-porto, e todos os outros casos. Mas, é claro, como isso se dá, qual é o seu grau de profundidade, eu pelo menos sou muito avesso a discutir eficiência como número mágico, quer dizer, tal como foi feito no caso já passado também da Nestlé-Garoto, onde se calcula que se precisa reduzir tanto, a dar uma ênfase muito grande para esse tipo de discussão, porque eu entendo que a teoria econômica não nos permite esse grau de precisão. Então, eu entendo que uma discussão de eficiência implica argumentos, mais uma vez, de teoria econômica. Qual é a natureza dessa eficiência? É economia escopo. Qual a natureza da economia de escopo? A economia de escala, como é que se deu? Qual a importância disso? Quais são as consequências? Eu comecei dizendo que o artigo específico diz claramente que a decisão de aprovação é um ato vinculado, e nesse sentido eu compartilho da sua opinião de que ele é muito restrito. Mas o que eu disse – e eu estou convencido disso – é que como os elementos que se colocam, pela sua própria natureza, são pouco precisos, não é impossível de um Conselheiro justificar a sua decisão mesmo levando em conta a natureza do ato vinculado e conseguir de alguma maneira apresentar os elementos colocados naquele ato vinculado, se que possa validamente ser questionado. Quer dizer, o que nós não podemos é tomar decisões justificando a sua natureza, pois o espectro de tomada de decisão é muito amplo, o que permite inclusive argumentos ligados a eficiência econômica no sentido amplo nacional, e nesse sentido dá sim para fazer, o que não quer dizer que a jurisprudência o faça, isso depende obviamente da percepção de cada um dos Conselheiros. Eu conheço colegas meus Conselheiros que têm uma visão diametralmente oposta à minha, entendendo ato vinculado no sentido muito mais estrito do que eu pelo menos entendo.

Arthur Barrionuevo: Só queria fazer um breve comentário. Eu discordo um pouco do Marcelo no sentido de que o § 1.º do artigo 54 limita a aplicação das eficiências. Eu acho até que é o contrário, ou seja, como ele é bastante genérico, acho que ele gera até insegurança jurídica, pois não se sabe exatamente qual a eficiência que poderá ou não ser considerada. Então, acho que a pergunta que o Márcio fez continua de pé. Todos nós sabemos que a teoria econômica tem diversas imprecisões, que ela é muito argumentativa,

tudo isso já foi bem colocado aqui na mesa. Mas os operadores nós precisamos ter algumas diretrizes um pouco mais vamos dizer diretrizes, e não uma visão mais geral. Claro, no passado o plenário considerava eficiências algumas situações que hoje, com a evolução dos julgamentos e do entendimento e a aplicação da lei, jamais seriam consideradas como tal. Mas acho que já houve, por exemplo, nesse caso da Vale que foi citado pelo Conselheiro Prado, uma discussão interessante sobre quais seriam as eficiências válidas, e que esse tipo de julgamento poderia dar margem a uma discussão sobre algumas diretrizes um pouco mais precisas ou mais orientadoras para quem está definindo uma operação.

Sérgio Varella Bruna: Doutora Elizabeth.

Elizabeth Farina: Eu acho que esse é um tema difícil de ser tratado, e mais difícil ainda de ser praticado. O que se considera eficiência etc. eu acho que não temos nos furtado a discutir isso, que tipo de eficiência se aceita ou não, o que não quer dizer que haja uma unanimidade em todos os casos a esse respeito. Recentemente, nós tivemos um caso em que se considerou o elemento de eficiência, inclusive se discutiu na SDE se aquela eficiência poderia ser aceita ou não, e houve discordância dentro do plenário. Enfim, é uma discussão que pode servir para ser revista, em que um Conselheiro considerava que não devia ser considerada uma eficiência válida e outros Conselheiros se apoiaram inclusive nessas eficiências para aprovar o caso, recentemente acho. E, então, eu acho que têm sido consideradas sim, e revisitando os casos acho que é possível identificar esse tipo de análise. É difícil fazer uma regra muito fechada, mas eu concordo com o Arthur que é bom ter alguma diretriz.

Em relação, então, a essa diretriz, eu queria falar pontualmente sobre a questão dos elementos, de quando eles são quantificáveis. Eu concordo com o Conselheiro Furquim que nem tudo é passível de ser quantificado, e não sendo passível de ser quantificado não pode ser simplesmente descartado como uma evidência que pode contribuir para a convicção daquele que analisa o caso sobre se é uma evidência prospectiva da eficiência ou prospectiva do efeito sobre o mercado e portanto, há potencial dano. Mas quando é quantificável, eu acho que há alguns critérios que merecem ser seguidos quando apresentados para que os Conselheiros possam formar a sua convicção com mais convicção. Então quando esse estudo é feito acho que é absolutamente necessário que se dêem os instrumentos para que os Conselheiros, não pessoalmente mas por meio de seus assessores etc., ou eventualmente até contratando um especialista – enfim

há várias maneiras de fazer – possam replicar o estudo que foi feito, quando este é quantitativo. Eu acho que quando é quantitativo, o banco de dados que foi usado, a metodologia que foi adotada. Especialmente quando há estudos de simulação, há o problema de que *software* de estimação você está usando. Às vezes é uma programação feita pela própria pessoa, e isso tem que ser passado. Eu tenho que poder descobrir como é que a salsicha foi feita mesmo, porque há decisões metodológicas importantes não triviais e que podem alterar o resultado de uma simulação ou de uma estimação econométrica. Então, para que aquele estudo dê base para uma convicção mais firme, tem que se dar essa possibilidade de uma replicação que foi alguma coisa que há uns dois anos nós fizemos: criamos uma regra de como é que deviam ser apresentados os estudos econômicos quantitativos etc. E não se tornou nenhuma resolução limitando a apresentação do caso, mas aquilo continua na nossa cabeça. Então, se vocês quiserem que seja útil o estudo apresentado, eu sugeriria que relesem aquilo que vocês sugeriram que nós retirássemos na forma de resolução. Acho que é bem importante. E uma coisa que o Prado disse, que eu acho que é muito importante, é que é claro que um estudo econométrico, uma estimativa econométrica ou um modelo de simulação que pretenda mostrar efeitos potenciais unilaterais ou concertados, ou a estimação de impacto de eficiência sobre essas simulações etc. tem que guardar uma consistência com a realidade dos autos, que é aquela que nós conhecemos. Então, está tudo lá descrito de uma certa maneira. Descreve-se o ambiente de negócios de uma certa maneira, e então vem um estudo quantitativo que descreve o mesmo ambiente de negócios de uma outra maneira: é muito difícil sermos convencido por esse estudo, então pode haver algum erro se alguém descreveu de forma não adequada a maneira como os negócios são feitos naquele setor. E como num dia analisamos banana e no outro dia, aço, eu acho que é bem razoável que sejam claros, sucintos, sintéticos, objetivos para que possamos entender como é que funciona aquele mercado. Eu acho que esse elemento vamos dizer assim da formação da evidência, ou seja, como é que você embala a sua evidência, também é importante para formar o convencimento do Conselho.

Quanto à surpresa, Calliari, às vezes nós mesmos nos surpreendemos. Eu já mudei o voto no dia do julgamento porque um Conselheiro desenvolvendo o seu raciocínio acabou me convencendo do contrário. Eu mudei o voto que eu já havia proferido, e o Conselheiro Schuartz foi até tomar cerveja naquele dia em comemoração, porque havia conseguido mudar o voto da presidente! É verdade. Um bom argumento muitas vezes altera a nossa convicção pensamos: puxa, eu estava errado. Que bom que a gente pode fazer isso.

Sérgio Varella Bruna: Eu devolvo a palavra.

Paulo Furquim: Um comentário sintético sobre as manifestações que vieram principalmente do Marcelo. Eu realmente discordo completamente da afirmação de que o Conselho não tem levado em consideração eficiências, e até tenho a curiosidade de entender por que essa percepção pode ter-se formado.

A minha vida no Conselho é relativamente curta, mas eu posso afirmar que este ano em vários casos isso foi levado em consideração; em vários casos em que se prescindiu de uma mensuração da eficiência, de tão evidente e escandalosa que era. Houve o caso, acho que eu posso citar, do projeto Gemini, em que havia evidências muito claras – e alguns sinais aqui levam a me conter em alguns comentários adicionais, mas hipoteticamente eu posso mencionar algum caso que imagem tem evidências muito pronunciadas e que não se cogitasse nesse caso a descontinuação da operação pelo reconhecimento disso, mas é um dos itens até da lei. Está aqui, no inciso IV do § 1.º do artigo 54: “sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”. Portanto, toda a discussão se deu não na descontinuação da operação, mas em desenhar algumas restrições que não ferissem o modelo de negócio para não ter efeitos negativos sobre as eficiências que seriam geradas e que garantissem com alguma segurança que os custos associados a eventual exercício de poder de mercado não ocorressem. Então, há vários casos em que o foco da discussão da restrição é atenuar o custo de poder de mercado, mas muitas vezes já no reconhecimento de que a operação tenha eficiências; se for impossível atenuar os custos de poder de mercado, então realmente é inescapável um confronto, se possível, quantitativo, sem desconsiderar os outros elementos qualitativos e realmente um balanço dessas duas coisas.

Luiz Carlos Delorme Prado: Eu queria retomar ao ponto de que a Beth falou aqui. Na época, eu particularmente fui um defensor ferrenho da frustrada resolução de clareza quanto aos estudos econométricos, porque várias vezes eu olhava aqueles estudos, eu adoraria ver o que havia por trás, quer dizer, poder replicar, poder pegar um assessor e dizer: vamos dar um olhadinha aqui, pega esse *software*, vamos olhar, vamos analisar com mais clareza. Nós tínhamos algumas dificuldades institucionais: primeiro muitas vezes não tínhamos o *software*, não tínhamos dinheiro para comprar o *software*, depois obviamente tínhamos limitações à época de equipe para poder fazer isso, o que prejudicava inclusive o interesse da parte, porque

nós acabávamos muitas vezes não levando em consideração com o cuidado devido um belo trabalho econométrico, porque não tínhamos o conjunto dos elementos necessário e com um peso de convencimento suficiente para isso. No entanto, muitas vezes – e esse é outro ponto muito importante –, o desenho, as premissas (mais uma vez, o que quê é previsão? Dado o conjunto de premissas, quais são as conseqüências desse processo)? Esse desenho das condições de contorno iniciais parecia não ter sido conversado com o econometrista. E nas discussões anteriores do desenho do mercado relevante, quais eram as características do mercado relevante? Então, o estudo também perdia a sua força. Portanto, mais uma vez, o que eu tenho tentado chamar a atenção não é que trabalhos quantitativos são desimportantes; pelo contrário, eles são muito importantes se bem usados. E são muitas vezes desnecessários quando não são feitos com os cuidados adequados, corretos. O resto é isso: esse é um assunto muito complexo e não dá para discutir tudo aqui. E, mais uma vez, já passou uma hora da tarde, a feijoada já deve estar passando do ponto, e eu acho que é bom terminarmos.

Sérgio Varella Bruna: Pessoal, antes terminamos, eu queria convidar o Amadeu a fazer um anúncio e depois nós encerraremos.

Amadeu: Boa tarde a todos. O aviso é que nos próximos dias 14 e 15 de dezembro, nós teremos no Rio de Janeiro um Seminário sobre Direito Concorrencial em parceria com a UERJ. O IBRAC e a UERJ firmaram uma parceria com a Faculdade de Economia e com a Faculdade de Direito da UERJ para a realização desse Seminário, que vai ter os seguintes temas: no dia 14, em primeiro lugar o tema ” Ações Judiciais Individuais e Coletivas em Matéria Concorrencial”; o segundo tema ”Preço Abusivo”, que é eu acho pouco tratado e interessante de ser tratado na esfera tanto econômica quanto jurídica; e “Fixação e Sugestão de Preço de Revenda”, isso no dia 14. No dia 15, sexta-feira, pela manhã, nós teremos “Regulação e Concorrência, Interação do CADE e das Agências Governamentais”, e também o tema dos “Cartéis”.

Então, estão todos convidados. Eu achei que era uma boa ocasião para fazer o convite e também para ressaltar que isso segue a linha não só de desenvolvimento das atividades do IBRAC no Rio de Janeiro, mas também da proposta da atual gestão do IBRAC de continuar estreitando os laços com a academia de forma geral. No Rio de Janeiro nós temos feito também as mesas de debate com a Fundação Getulio Vargas, e isso se dá – eu tenho que aproveitar também a ocasião para dizer – muito em razão do trabalho que

tem sido feito pelos próprios Conselheiros do CADE e por parte da SDE e da SEAE, que têm participado desses eventos e sido, enfim, muito colaborativos e muito prestativos, o que tem sido fundamental para o sucesso dos eventos até agora. É isso, muito obrigado.

Sérgio Varella Bruna: Então estão todos convidados, os que estiverem no Rio no dia 14 e 15 para esse Seminário. Eu queria agradecer ao Amadeu e ao Fábio Figueira, que não estou vendo aqui no plenário, pela iniciativa ou pelas iniciativas que eles têm tido em tentar desenvolver um pólo de discussão no Rio de Janeiro, no meu modo de ver com bastante sucesso até esse momento.

E eu queria agradecer aos nossos convidados, aos Conselheiros do CADE, ao colegiado, que já não está mais aqui, a todas as autoridades que vieram, aos que trabalham no sistema, ao público em geral, aos nossos associados e àqueles que ainda não o são, convidando para que se tornem associados do IBRAC, obviamente. Acho que hoje houve uma discussão bastante rica e dinâmica, e acho que nós encerramos esta manhã com saldo bastante positivo. Uma vez mais, eu gostaria de agradecer ao José Carlos e à Dora, que em nome do IBRAC fazem desse grande desafio que é organizar um evento desse tamanho, algo muito mais fácil do que seria sem a intervenção competente deles. Gostaria de agradecer aos que trabalharam aqui para nos facilitar o evento, ao pessoal da técnica, às tradutoras, às meninas que também ficaram aqui nos auxiliando no apoio e, enfim, de modo geral, a todos vocês, por mais um Seminário, esperando contar com vocês no ano que vem, aqui ou em algum outro lugar que seja determinado aí pelo grupo. Muito obrigado.

Diagramação:
Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda.
www.microart.com.br