

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 5
2005

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo

Volume 12 número 5 - 2005

ISSN 1517-1957

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo

Volume 12 número 5 - 2005

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, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos, Leonor Cordovil; **Relações de Consumo:** Fábio Ulhoa Coelho, Fernando de Oliveira Marques, Maria Eugênia Finkelstein, Newton de Lucca, Sergio Pinheiro Marçal; **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:** Vicente Bagnoli, Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva

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

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

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

10th INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY

Costa do Sauípe - Bahia

Damos a público a transcrição das apresentações e debates havidos no X 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. Registramos nossos agradecimentos aos palestrantes que gentilmente cederam seus 'slides' e nos ajudaram a enriquecer este número da Revista do IBRAC.

10.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
10th INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY
26 e 27 de novembro de 2004/ November, 26, 27 2004

PROGRAMA/ PROGRAM

9h00 - Abertura - Ubiratan Mattos - Presidente do IBRAC
Elizabeth Farina - Presidente do CADE

PAINEL 1 - CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO / MERGER CONTROL

Técnicas de análise: econometria e simulação / Simulation and econometrics applied to merger control analysis - Eficiências econômicas na análise de atos de concentração / The role of 'efficiency' on merger control analyses - Novo regulamento da União Européia / EU new rules on merger control

Chairperson - Pedro Zanotta
Gesner Oliveira - Economista, ex-presidente do CADE
Jorge Fagundes - Economista
Luis Fernando Rigato Vasconcellos - Conselheiro do CADE
Michael Reynolds - Allen & Overy
José Inácio Gonzaga Franceschini - Advogado

PAINEL 2 - CARTÉIS / CARTELS

Dano coletivo , reparação e sanções administrativas e criminais/ Collective damages, reparation and administrative /criminal sanctions - Os limites da atuação da autoridade / The limits of the authority - Técnicas de investigação - experiência comparada / Investigation techniques - compared experience

Chairperson - Mauro Grinberg
Barbara Rosenberg - Diretora do DPDE - SDE
Ricardo Villas Bôas Cueva - Conselheiro do CADE
Ruy Santacruz - Economista, ex-Conselheiro do CADE
D. Martin Low - McMillan Binch LLP
T. Martijn Snoep - De Brauw Blackstone Westbrook
SÁBADO 27 9h00 / SATURDAY 9:00 AM

**PAINEL 3 - O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS /
COMPETITION AND POLITICAL INSTITUTIONS**

Concorrência e o Executivo / Competition and the Executive - Concorrência e o Judiciário / Competition and the Judiciary - Concorrência e o Legislativo / Competition and the Legislative

Chairperson - Ubiratan Mattos
Helcio Tokeshi - Secretário de Acompanhamento Econômico
Pedro Dutra - Advogado
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer - Conselheiro do CADE
Daniel Goldberg - Secretário de Direito Econômico
François Souty - Conseil de la Concurrence - França

SUMÁRIO

PAINEL 1

Pedro Zanotta	14
Elizabeth Farina	14
Gesner Oliveira	18
Jorge Fagundes	43
Luiz Fernando Rigato Vasconcellos	64
José Inácio Gonzaga Franceschini	77
Debate.....	83

PAINEL 2

Mauro Grinberg	97
Ricardo Cueva	98
Bárbara Rosenberg	103
D. Martin Low, QC and Omar K. Wakil.....	123
Debate.....	164
Prêmio BRAC-ESSO 2004	179

PAINEL 3

Ubiratan Mattos	187
Helcio Tokeshi	187
Pedro Dutra	193
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer	200
Daniel Goldberg	211
François Souty	225
Debate.....	233

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	253
--	-----

ABERTURA

Ubiratan Mattos: Daremos início ao 10º Seminário Internacional, chamando nossos convidados do 1º Painel a comporem a mesa: a nossa querida ex-conselheira do IBRAC e presidente do CADE, Profa. Elizabeth Farina; o Prof. Jorge Fagundes; o Dr. José Inácio Franceschini, o Conselheiro Luis Fernando Rigato; o Dr. Gesner de Oliveira; e, certamente, o nosso moderador, diretor do IBRAC, Dr. Pedro Zanotta.

Antes de abrir o Painel, é sempre oportuno, neste evento que ocorre tradicionalmente ao final do ano, fazer um pequeníssimo balanço das atividades do IBRAC no ano que passou e dos projetos futuros. Este ano foi um ano particularmente interessante, pois tivemos um Conselheiro do CADE que retornou ao IBRAC, o Dr. Fernando Marques, e um Conselheiro do IBRAC que assumiu a presidência do CADE. E também foi um ano particularmente interessante e movimentado devido a uma sucessão de eventos que consolidaram três áreas muito bem definidas de atividades do IBRAC: a área tradicional de antitruste (concorrência); a área de comércio internacional; e mais recentemente a área de relações de consumo, sempre sob a perspectiva ou ótica do fornecedor.

Em julho, tivemos já a 2ª edição da parceria do IBRAC com a UNCTAD, e foi realizado um curso na Fundação Getúlio Vargas, de três dias, que contou com cerca de 60 participantes e com transmissão virtual e a tempo real para uma série de países: havia até espectadores – acreditem –, no Afeganistão, o que foi uma experiência muito interessante, como o Dr. Fernando Bessa se recorda bem, um grande sucesso.

Em agosto, em Guarujá, houve o 4º Seminário de Comércio Internacional, com público de cerca de 100 pessoas, que também foi muito proveitoso. Ainda em agosto, organizamos o 1º Seminário Internacional de Relações do Consumo sob a ótica do fornecedor, em Águas de São Pedro, cuja importância a diretora jurídica da Merck comentou: “Finalmente encontrei um foro para discutir os problemas que nós fornecedores temos nas relações de consumo”. Esta área do IBRAC, que está inclusive na sua origem, nós pretendemos desenvolvê-la de uma maneira bastante ousada, agressiva e nos colocando como um canal de interlocução entre o fornecedor, o consumidor e os agentes que orbitam em torno dessa relação.

Por fim, encerramos o ano com este Seminário, o 10º Seminário de Defesa da Concorrência. Também este ano fizemos uma parceria com o Ético, e lançou-se no Ministério da Justiça, com a presença do Ministro, do Secretário Daniel e de uma série de pessoas, um concurso de monografias focando a concorrência *vis-à-vis* o comércio ilegal, tema que desperta muita discussão, assunto

novo e particularmente relevante no Brasil. Aqueles que tiveram a oportunidade de ler o relatório da CPI sobre pirataria, que foi um trabalho fantástico feito pelo Congresso, poderão se dar conta do que isto representa na economia nacional, no mercado, coisas da ordem - dependendo do mercado - de 30%, 40%, 60% de informalidade; e como os *players* desse mercado, isto é, aqueles que têm sua atividade fundada na legalidade, se colocam diante dessas vantagens competitivas que o comércio ilegal proporciona. Este concurso se encerrará em dezembro de 2004, e a premiação deverá ocorrer em Brasília - acredito - em março de 2005.

Organizamos também o concurso IBRAC-ESSO, cuja cerimônia de premiação será hoje ao final da tarde. Peço aos senhores e as senhoras que prestigiem o evento, porque nos dá muita satisfação ao ver o interesse dos jovens pelo assunto “Concorrência e Antitruste”. Há nesse concurso duas categorias: graduação e pós-graduação; e recebemos trabalhos de cerca de 40, 50 universidades diferentes do Brasil e do exterior. Este ano 43 diferentes universidades apresentaram seus trabalhos, e esse prêmio já está em sua 4ª edição graças ao patrocínio da nossa associada, a ESSO, aqui representada pelo nosso colega Bruno. É ele quem nos municia com a premiação.

E, por último, já fechamos este ano a 3ª turma do Programa de Capacitação Profissional em Comércio Internacional, Comissão brasileira em Genebra. Estamos mandando ao exterior mais 12 jovens advogados e advogadas - lembrando que já mandamos 24. Então teremos ao final de 2005 um grupo de 36 jovens trabalhando com este assunto. Faz parte do compromisso assinado pelo IBRAC perante o embaixador Seixas Correia trabalhar no sentido de criar uma massa crítica ou um núcleo de capacitação profissional numa matéria que hoje no Brasil é privativa quase que apenas dos grandes escritórios americanos e europeus. Assim, nossos talentos estão sendo construídos para atuar também nessa área e, aliado a isso - até por uma ciuemeira dentro, digamos, do mundo diplomático -, nós fechamos um programa de treinamento também para jovens advogados e advogadas em Washington, junto à embaixada brasileira, programa que foi aprovado a semana passada pelo Itamaraty, sob a iniciativa do embaixador Roberto Abdenur, e para o qual estaremos selecionando já este ano a primeira turma, que começará em 5 de janeiro, e cuja cerimônia de lançamento oficial do programa será em Washington.

Então, há uma série de atividades que nos permitem continuar extremamente otimistas e mesmo ousados na condução dessas atividades do IBRAC, lembrando que em 2005/2006, no curto e no médio prazos, o IBRAC deverá ter uma participação especial e significativa nos assuntos que estão por vir. Temos notícia de um projeto que será encaminhado - o Daniel falará sobre isso -, mas queremos fortalecer muito a atuação institucional do IBRAC frente ao governo,

que sempre foi o nosso propósito. Entre as várias ferramentas que têm sido adquiridas, desenvolvidas e construídas, está a nossa página do IBRAC, que está sendo mostrada em primeiríssima mão, pois ainda está em fase de teste; não está disponível, mas estará disponível até dezembro. Contratamos uma empresa especializada em TI e a página está ficando - eu diria sem falsa modéstia - extremamente boa e importante, na medida em que permitirá a criação de um enorme banco de dados sobre as três áreas de foco do IBRAC. O site tem várias pastas, vários atalhos com *links*, com todas as instituições governamentais ou não do Brasil e do exterior, legislação internacional, legislação nacional, jurisprudência, doutrina, enfim, é um trabalho que estará terminado até 31 de dezembro e cujo acesso se dará talvez mediante senha - essa é uma questão que ainda iremos estudar.

Sendo assim, temos certeza de que os próximos anos serão de participação significativa do IBRAC na construção dessa cultura, que hoje eu diria já consolidada, de concorrência, comércio internacional e relações de consumo. Com estas breves palavras, portanto, declaro aberto o nosso 10º Seminário e entrego a condução dos trabalhos ao doutor Pedro Zanotta. Muito obrigado.

PAINEL 1

Pedro Zanotta: Bem-vindos ao Seminário Internacional do IBRAC, que é certamente o principal evento que o IBRAC organiza e que já em sua 10ª edição.

O nosso painel começará um pouco depois porque nós temos a satisfação de receber aqui a Dra. Elizabeth Farina, que, num esforço de reportagem, veio ao Seminário. Eu gostaria de fazer um agradecimento especial ao meu amigo José Inácio Franceschini, que me traz um certo alento aqui no meio de tantos economistas e à Profa. Elizabeth Farina, doutora em Economia pela Faculdade de Economia da USP, ex-chefe do Departamento de Economia, e que é desde julho de 2004 presidente do CADE. Ela fará a palestra de abertura do nosso seminário, com um balanço destes seis meses de atuação dela frente ao CADE.

Elizabeth Farina: Cumprimento à todos e agradeço em especial a este convite que o IBRAC me fez. É um prazer muito grande estar aqui, representando agora o CADE, ter mudado de lado. Creio que é uma experiência ímpar que estou vivenciando e certamente acho que quem mais está se beneficiando dessa atuação sou eu mesma. É um aprendizado inigualável, insubstituível especialmente nessa fase de minha vida em que já fiz carreira completa na Universidade. Você segue uma carreira, chega a professor titular, a chefe de departamento etc. Como não tenho nenhuma pretensão de virar reitora, é muito bom levar essa experiência acadêmica de pelo menos dez anos, um pouco mais, junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para a atuação pública. Assim, sinto-me até um pouco na obrigação de contar a vocês o que estamos fazendo por lá, não nesses seis meses - porque não estou lá há tanto tempo -, mas nesses quatro meses à frente no CADE, de agosto a novembro.

Como vocês sabem, a tarefa da presidência é ampla numa autarquia pública e, entre as quatro principais tarefas, é claro, está a análise dos casos, mas além disso, que - que é o que eu menos faço no momento - há toda a parte administrativa do órgão, que é fundamental para que os processos que chegam ao CADE tenham celeridade e confiabilidade, e para que os participantes nesse processo - partes, advogados e julgadores - tenham serenidade para analisar as questões da mais alta importância que por ali passam. Então, há as funções administrativas, as funções de análise do caso, as funções associadas ao acompanhamento das decisões do CADE junto ao chamado CAD-CADE e as de representação desse órgão, que é o que eu estou fazendo aqui hoje. Todas essas tarefas têm de ser harmonizadas dentro de uma estrutura bastante franciscana e precária, principalmente no tocante ao recurso mais importante que existe, que é o recurso humano. Como vocês sabem, o corpo do CADE hoje é bastante melhor do que o da gestão do Dr. Gesner, do que provavelmente a do Dr. Rui Coutinho e do Prof. Grandino Rosas, porque hoje contamos com um conjunto de funcionários temporários - eu não gosto de usar essa palavra, porque

todos eles vão se sentir muito mal, são todos temporários - e o fato é que esse conjunto de advogados e economistas vieram dar um suporte imprescindível para o funcionamento do órgão. Certamente grande parte do tempo eu tenho despendido no que chamamos de “relações institucionais” com os outros órgãos de governo, entre outras coisas para garantir que não seja esquecido numa gaveta um plano de carreira para funcionários do CADE, que garanta a permanência e a história do órgão e que traga para dentro dele o que toda organização tem como ativo menos copiável e, portanto, que constitui a base da competitividade numa organização, que é o conhecimento tácito. Esse conhecimento não pode ser feito com gente que está de passagem, que daqui a dois ou três anos não estará mais lá. Então, é um tremendo desafio, mas que vem sendo enfrentado com extrema boa vontade das pessoas que eu encontrei lá e também dos conselheiros. Temos tido um ambiente muito profícuo e rico de trabalho, apesar de todas as dificuldades que enfrentamos em termos de estrutura. Temos buscado fazer algumas alterações marginais muito importantes para que haja uma melhora, dentro dos recursos de que dispomos hoje, em termos do funcionamento desse órgão.

De 2000 a 2004 estão tramitando no CADE cerca de 810 a 820 processos de maneira bastante estável. Que número é esse? É um número que é fluxo e estoque, e que corresponde aos processos que chegam, os processos distribuídos mais o estoque que vem do ano anterior, menos os que foram julgados. Então têm trânsito no CADE cerca de 800 e poucos processos. E há aproximadamente 580, 590 julgados por ano nesse período. De agosto a novembro de 2004, que é o período em que este Conselho assumiu - digo o Conselho porque houve uma substituição bastante grande - tivemos 708 julgados (o recorde do CADE foi de 711, em 2001). Não é uma questão de competição, mas é uma questão de mostrar que há uma atividade intensa nesse órgão. Desses 708, 211 foram julgados entre agosto e novembro e foram distribuídos - não redistribuídos - 194 novos. Houve, portanto, um esforço muito grande dos novos conselheiros, que receberam um estoque bastante apreciável e que têm estado bastante empenhados em que esses processos tenham celeridade e serenidade para serem analisados.

Entre as coisas que temos procurado implementar dentro do possível, num curto período de tempo, há a revisão do nosso regimento. Na verdade está em processo toda uma consolidação de várias alterações regimentais e uma complementação que é bastante vigorosa. A primeira grande dificuldade que enfrentamos na dinâmica do CADE é que nosso regimento é extremamente franciscano, muito singelo, e tudo o que precisávamos saber sobre a ordem regimental não está lá. Então é preciso recorrer a analogias e um grande debate se instaura; perde-se muito tempo discutindo como é que se resolvem problemas de

andamento dos processos. Assim, estamos revisando o regimento. Para isso, tenho contado com uma colaboração enorme de alguns assessores como o Rodrigo Surcan e a Patrícia Araújo, a procuradora Maria Paula e o Rubens Nunes, - que não têm medido esforços para ajudar - além dos conselheiros, para que possamos fazer essa melhoria. O regimento será apreciado em partes, mas precisamos ter uma visão do todo, e acho que já está bastante completo.

Além disso, estamos instalando uma secretaria processual, que o CADE não tem, cujo principal objetivo é o de facilitar o atendimento ao público, melhorar o trabalho de advogados e das partes, centralizando todos os processos, os autos, diretamente nessa secretaria, para maior controle desses processos em andamento, dando-lhes celeridade. O público poderá ter acesso direto aos autos para vistas, para requisição, deferimento de cópias, tudo isso na Secretaria, já que estamos informatizando o atendimento ao público. Haverá uma sala reservada para que os advogados, de maneira mais confortável, possam ter vista dos autos e uma integração entre o protocolo e o atendimento ao público. Criamos três salas de reunião - que parece uma coisa menor, mas que oferecem um mínimo de conforto para as reuniões - amplas, que serão em breve equipadas. Temos um projeto para tratar da confidencialidade da documentação, da custódia e da responsabilidade pela guarda desses documentos junto à Secretaria, embora permaneça a autonomia do conselheiro-relator para definir quanto aos pedidos de confidencialidade dessa documentação. Há também um sistema eletrônico integrado para verificação e para dar andamento imediato aos autos e, nas sessões de julgamento, algumas coisas já foram feitas. Por exemplo, o desenvolvimento de pautas eletrônicas: cada conselheiro tem no seu computador, em seu *notebook*, para cada processo que está sendo julgado, ali na hora, usando a rede, os pareceres da SEAE, da SDE, da Procuradoria, todos os relatórios, votos, votos vista, enfim os votos que precederam aquele voto. Tais votos são de acesso exclusivo dos conselheiros, apenas dentro do plenário, somente na hora da sessão, preservando, portanto, a confidencialidade dos documentos.

Iniciaremos em breve a transmissão das sessões pela Internet, o que dará mais transparência aos julgamentos e permitirá que possam ser acompanhadas de outros lugares: bastará entrar no *site* do CADE para poder acompanhar as sessões de julgamento. Estamos, além disso, desenvolvendo um banco de dados do CADE, organizando o banco de dados. Assim, ficarão disponibilizados relatórios, votos, acórdãos, pareceres, despachos, termos de compromisso de desempenho, cessação de conduta, APROs, a fim de que tenhamos um banco de informações organizadas que melhore a nossa capacidade de análise e também estatísticas mais confiáveis em termos de quantificação dos processos, de seu tempo de duração, do momento que entraram no sistema, do momento que

entraram no CADE, quanto tempo ficaram no CADE etc. Pretende, portanto, dar transparência maior ao processo como um todo.

Esses esforços internos são fundamentais para que tenhamos um mínimo de organização e celeridade dentro do órgão e para isso tenho contado com o trabalho muito importante dos funcionários do CADE, da Silvia, que está aqui presente, que tem prestado apoio fundamental para que as coisas andem de maneira adequada lá dentro. Temos feito esforços também na área de representação e advocacia da concorrência, visando principalmente às relações institucionais, inclusive ao sistema judiciário, ao Congresso, à sociedade brasileira e internacional. Daí surgiram algumas coisas muito importantes: o CADE e seus conselheiros e assessores participaram esta semana de um curso de treinamento de promotores públicos na área de concorrência; foi um evento organizado pelo Ministério Público junto com a SDE, que teve todo nosso apoio em termos de participação, e que me deixou muito contente porque recebi dois convites, um como presidente do CADE para fazer sua abertura junto com o Prof. Eros Grau e o Dr. Hércio Tokeshi, e outro como professora de Organização Industrial da USP, para dar aula para os promotores à tarde. Dei aula para eles como eu dou para os meus alunos, e foi uma experiência muito rica e muito boa, porque eles têm uma casuística muito interessante, tanto para mim quanto para outros conselheiros e assessores do CADE. A semana que vem teremos um seminário pequeno, é quase um *workshop*; será muito mais um dia - um dia e meio, na verdade - de trabalho do que propriamente um seminário, com juízes do TRF, do STJ e do STF. Esse seminário foi organizado pela Patrícia com o apoio da SDE, e a idéia é discutir com esses juízes temas de concorrência, trazer um pouco da vivência do órgão para os juízes, tirar um pouco da impessoalidade das relações econômicas com o Judiciário. Então, está havendo uma aproximação. Estas são algumas das atividades que temos organizado para que a advocacia da concorrência não seja vista de uma maneira trivial, como alguma coisa que é preciso levar para o empresário ou para a sociedade: nós precisamos nos relacionar com aqueles que estão em contato direto com a análise dos casos que passam pelo Sistema Brasileiro da Concorrência.

Certamente, temos um apreço muito grande pela representação institucional do órgão, pela participação nos eventos internacionais. Isso só foi possível graças à priorização das atividades internacionais, e temos - eu, a Patrícia Araújo, que é responsável por essa área internacional, e os conselheiros - participado desses eventos na medida do possível e iremos intensificar essa participação daqui para frente. A apresentação do CADE em si, nesses eventos no exterior, descobrimos que estava sendo aguardada com entusiasmo, isto é, a retomada dessas atividades. Tivemos algumas reuniões com o Banco Central, e estamos fazendo uma aproximação com

vários órgãos de governo. Acho que é fundamental fazer isso, ou seja, despende o tempo da presidência e de sua assessoria nesse tipo de atividade.

E, por último, na CAD-CADE estamos fazendo uma reformulação. Como se sabe, o órgão de defesa da concorrência não adquire importância se julga e não se faz nada depois do julgamento. Existe, portanto, uma preocupação em revitalizar o CADE-CADE; a equipe da CAD-CADE vai se dividir entre acompanhamento das decisões e estudos dos setores que passam pelo CADE, quer dizer, a idéia é que se tenha uma visão um pouco mais abrangente dos casos que estão no órgão, e não olhar cada caso como um caso isolado em meio a um conjunto de outros. Para isso, estamos começando o processo de estruturação com a ajuda do Prof. Rubens Nunes, que veio me assessorar, e de Beatriz Soares, que já havia sido do CADE, foi minha orientanda de mestrado e fez uma tese sobre a CAD-CADE há alguns anos, e que hoje está no governo, e voltou para a CAD-CADE.

Eu tenho tido um apoio muito grande tanto do Ministério da Fazenda quanto do Ministério da Justiça e não é pouca a necessidade de articulação muito próxima e muito profícua com Daniel Goldberg e Hécio Tokeshi. Acho que esses são elementos fundamentais para que esse seja um verdadeiro sistema. Por definição, um sistema tem que agir de maneira articulada, cada parte tem que contribuir para o todo, sendo muito importante que tenhamos essa visão de que temos um papel a cumprir conjuntamente.

Assim, queria fazer esse pequeno balanço desses quatro meses à frente do CADE. Quanto aos casos, vocês sabem melhor do que eu o que anda acontecendo por lá, mas acho que era importante eu falar sobre isso com vocês, um grupo que tem se preocupado, que vem pensando a concorrência no Brasil há muitos anos e do qual eu tive a honra de fazer parte e de que estou temporariamente afastada. Muito obrigada. **(final da apresentação).**

Gesner Oliveira: Estou muito contente de poder compartilhar aqui algumas impressões sobre o que aconteceu nos últimos anos com o controle de atos de concentração. Eu estou vendo o presidente Rui Coutinho, a presidente Elizabeth Farina, e a minha sugestão aqui é compartilhar com vocês como, se quiséssemos sistematizar algumas novidades, algumas técnicas novas, não necessariamente econométricas mas técnicas de análise econômica, pois as econométricas foram brilhantemente expostas pelo Fagundes, como faríamos isso. Então estas são as perguntas. Eu só pediria para colocar o arquivo, pois as perguntas estão no arquivo.

Eu faria as seguintes perguntas: primeiro, sobre essa primeira pergunta o nosso presidente Pedro disse que deveríamos falar sobre assuntos diferentes, etc. Então eu segui exatamente o que o ele mandou, e ele vai me perguntar

depois o que é que isso tem que ver com o Pannel, mas eu acho que há uma relação e eu gostaria de sugerir – eu comentava há pouco com a Profa. Farina a respeito disso - primeiro: Haverá um novo *boom* de demanda pelo controle estrutural? Segundo: Como tem sido a oferta de controle estrutural? O Dr. Franceschini sempre faz brincadeiras com os economistas, que só pensam em curvas que não são curvas: curva de demanda, curva de oferta. A primeira pergunta é uma curva de demanda: Qual é a demanda sobre serviços de controle de atos de concentração?; a segunda pergunta é uma oferta: Como o CADE tem feito isso; e a terceira é uma pergunta assim de caráter institucional, no sentido amplo de que a comunidade profissional deve a ela responder e obviamente também os órgãos de governo: Como incorporar essas novas técnicas?

Se analisarmos de 1994 até hoje, veremos que há novas técnicas: Como incorporá-las? Então a apresentação de hoje pretende responder a isso e eu deliberadamente passarei rapidamente alguns *slides*, que obviamente estarão à disposição de vocês.

Então, será que vai haver um *boom* de demanda pelo controle estrutural? Para responder essa questão, nós cruzamos dados da UNCTAD sobre investimentos, os dados do CADE sobre julgamentos de atos de concentração e dados de investimento direto do Brasil. Então, temos aqui a evolução de julgados. Claramente há um *boom* na evolução dos julgados do CADE por várias razões, mas sobretudo a partir da segunda metade dos anos 1990 há um movimento muito forte de fusões e aquisições no CADE. Temos o total de fusões e aquisições no Brasil medido pela KPMG, e a pergunta que nos fazemos é uma pergunta óbvia, que tem uma resposta clara: Por que não batem os dados da KPMG e do CADE? Não têm que bater obviamente, pois uns são julgados e outros são fusões que ocorreram. Uma coisa muito interessante são os dados da UNCTAD sobre vendas e compras. Sistemáticamente, quando observamos as operações brasileiras, há uma venda líquida, quer dizer, vendem-se mais empresas do que se compram, há uma entrada. Isso tem que ver com aquela preocupação de várias operações ao longo desses anos de novo entrante no mercado. Quando pensamos em como organizar filtros para eventualmente separar os atos mais simples, eu acho que esses dados têm relevância. Esta é uma explicação de por que variam os julgados do CADE e da KPMG. Uma projeção para o investimento direto, mostrando como tivemos esse pico de investimento direto, ou seja, esse histograma azul incluindo algumas projeções para os próximos dois anos de investimento direto estrangeiro, e como ele caiu. Quer dizer, nós deveremos ter nos próximos anos um patamar bem mais baixo, quer dizer, não há um novo *boom* a caminho.

O volume total de gastos também mostra que o pico passou. A partici-

pação do Brasil no total de gastos e fusões também diminuiu, é uma evidência. Algumas evidências sobre que passarei deliberadamente rápido é sobre quais setores estão crescendo e quais estão se contraindo. Claramente telecomunicações foi a grande protagonista do *boom* e diminuiu um pouco de importância relativa. Mas eu queria responder então à primeira pergunta dizendo: Do ponto de vista da demanda por serviços de controle estrutural do sistema, não deve haver um novo *boom* nos próximos anos, mas há uma continuidade de entrada de novas empresas, de compras, continua a tendência de venda líquida, mudou a composição setorial. Provavelmente agora a Profa. Farina fará um acompanhamento estatístico, um exame minucioso, eu acho que nós iremos verificar isso, que houve essa mudança setorial. Um dos fatores que também levou ao *boom* foi a perspectiva de uma proximidade de novo ciclo de abertura. Em meados dos anos 1990, havia uma expectativa muito grande da ALCA, das negociações multilaterais, etc. e isso diminuiu um pouco. Também o ciclo de valorização financeira dava uma lucratividade grande para as operações de fusão, e isso também não está no horizonte - estou pensando no horizonte de cinco anos mais ou menos. Mas o interessante é que esse exercício parece útil. Acho que estudar o perfil dos atos parece útil sob várias óticas, pois ao fazer isso podemos ver, por exemplo, a importância de discriminar atos mais simples ou não. E aí eu gostaria de fazer uma primeira relação com os pontos que foram aqui expostos pelo Fagundes. O modelo de simulação sugerido por vários autores, por exemplo Epstein e Rubinfeld ou aqui no Brasil um trabalho, uma tese do IBGE do Heleno Pioner, destaca como os modelos de simulação podem servir como um instrumento de *quick look*. Como você faz, voltando as idéias expostas anteriormente, você parte de um cenário extremamente conservador e mesmo assim não há problema. Ora, isso poderia ser uma ferramenta muito útil para ser aplicada pelos órgãos, pelas autoridades de defesa da concorrência. Como tem sido a oferta? Quer dizer, como o CADE tem trabalhado nesses anos? Eu diria que a abordagem do Brasil tem sido moderadamente estruturalista. Ela foi se desenvolvendo - o nosso roteiro, que pode ser resumido nessas cinco perguntas, tem sido um roteiro estruturalista. Quando lemos a Portaria 50, que é o roteiro bastante organizado, há um roteiro onde se analisa essencialmente a estrutura de mercado e se chega a conclusões plausíveis acerca de probabilidade de exercício de poder de mercado. Mas o que pode mudar e como tem mudado, quer dizer, quais são as novas técnicas, para isso farei um leque um pouco mais amplo. Acho que ao longo dos últimos anos nós tivemos várias técnicas interessantes, que não se restringem a técnicas econométricas e que são relativamente novas. Quando lemos os normativos, não percebemos que o Brasil as pratica:

não há uma correspondência entre a Portaria 50, a Resolução 15, a Resolução 20 etc. e o que tem sido feito na prática. Então eu gostaria de chamar a atenção para esses seis pontos.

O primeiro deles é uma questão óbvia, bastante rápida: certas características do sul, um cuidado com a jurisprudência do norte, porque algumas variáveis-chaves como grau de concentração, barreiras à entrada, eficiência - eu chamaria a atenção para a coluna informalidade -, essas variáveis são estruturalmente distintas em economias em transição. Então creio que isso acarreta conseqüências muito importantes para a nossa análise. Por exemplo, ao avaliar a importância de eficiências, há uma tendência em economias em transição, como Brasil, Rússia, Argentina, África do Sul e outras, a resultados completamente distintos de economias mais maduras, onde o sistema de preços tem muito menos distorções historicamente.

Uma outra constatação rápida é que nós ainda não temos, embora tenhamos tido avanços notáveis na área de atos de concentração vertical, uma sistematização de qual é o roteiro de análise para atos verticais, aí nós temos atos horizontais. Depois, quando vamos fazer a delimitação do mercado relevante, eu queria chamar a atenção para as várias definições que nós utilizamos - aqui está a definição da Portaria da SEAE. Nós temos delimitações novas, por exemplo no setor varejista há uma delimitação relativamente nova desenvolvida sobretudo pela SEAE no desenvolvimento de mercados regionais, a partir de áreas de influência e com a metodologia seguindo procedimentos da Europa, dos Estados Unidos. Mas quando levamos em consideração a diversidade regional, há uma diferença muito grande, e certas metodologias muitas vezes são bastante boas para uma região fortemente urbanizada, mas quando vamos para cidades menores esses mercados tem que ser ampliados. Os critérios, ou seja, o que entra no mercado relevante tem de ser ampliado. Então, nem sempre essas diversidades regionais estão sendo levadas em consideração.

Um outro ponto, ainda acerca de delimitação de mercados relevantes: a Portaria 50 reconhece várias formas para se delimitar mercados relevantes. Então, eu queria sugerir aqui três maneiras de delimitação do mercado relevante que são aplicações de técnicas econométricas mas não necessariamente usando uma estrutura completa. Uma delas é a utilização de co-integração. Então, o que é que se faz na utilização da co-integração? Nós procuramos uma relação estável entre duas variáveis. Assim, para a delimitação de mercado relevante isto pode ser procurar uma relação entre preços domésticos e preços internacionais, para verificar se o mercado é nacional ou se o mercado é internacional, se há ou não essa relação estável. Esse é um teste que foi aplicado em mais de um ato de concentração. Um outro exemplo - essa é uma formulação possível do teste de co-integração, conheci-

do como teste de Johansen - ou possibilidade é também procurar perceber qual é a relação entre preços internacionais e preços domésticos, a decomposição da variância: em que medida as variações nos preços internacionais explicam as variações nos preços domésticos ou em que medida o contrário, a variação dos preços domésticos é que acarreta variações nos preços internacionais. Essa também é uma técnica interessante que vem sendo utilizada com alguns resultados.

O teste de causalidade de Granger talvez tenha sido um dos testes mais freqüentes em alguns atos de concentração. Mas o que se procura testar neste caso? Em que medida valores passados de uma variável causam ou antecedem a outra, quer dizer, o sentido de causalidade, aqui no teste de causalidade de Granger é muito peculiar. Não estamos tratando de uma relação causal simples, mas de um teste de antecedência. Em que medida, por exemplo, aplica-se a preços domésticos e preços internacionais; em que medida eu tenho valores passados de uma variável vamos dizer “X” e em que medida eles antecedem a variável “Y”; ou em que medida valores passados da variável “Y” antecedem a variável “X”. Então eu posso testar em que medida uma variável não-Granger causa outra variável. Posso testar em que medida posso rejeitar a hipótese de que valores passados de uma variável antecedem valores de uma outra variável. Isso ajuda a delimitar mercados do ponto de vista doméstico e internacional.

Eu queria fazer uma diferenciação entre esses procedimentos: são procedimentos mais específicos, que procuram analisar ou utilizar técnicas econométricas com um subconjunto de variáveis para procedimentos mais estruturais como o de simulação de fusões. Então há um procedimento mais amplo, em que eu formulo hipóteses acerca da estrutura, e há vários benefícios - que já foram destacados aqui -, aos quais não vou me ater. Mas vou de novo chamar a atenção para o fato de que as autoridades podem usar esses modelos de fusões para avaliar, então, os cenários conservadores, ou seja, em que medida elas podem excluir a análise de determinados atos de concentração. No entanto, como foi destacado antes, é importante haver uma espécie de advertência do Ministério da Saúde, quer dizer, é importante termos consciência de que os resultados são fortemente sensíveis a hipóteses e sobretudo a duas hipóteses - a hipótese da forma funcional da demanda e a hipótese acerca da função de custo -, que terão implicações muito diretas sobre o efeito que uma determinada operação tem sobre o bem-estar, ou seja, qual é o efeito líquido sobre o bem-estar. Essas hipóteses serão, então, bastante importantes para avaliar isso, e os resultados dependerão muito disso.

Agora eu gostaria de chamar a atenção para as eficiências. Eu acho que essa foi uma outra área onde houve uma mudança gradual, um entendimento cada vez mais firme acerca de eficiências. Acho que no começo, nas primeiras análises,

a análise de eficiência não merecia uma abordagem muito minuciosa. Quando observamos a ênfase da Portaria 50, por exemplo, no fato de as eficiências terem de ser específicas à operação, terem de ser verificáveis por meio razoáveis, vemos que a preocupação com a mensuração das eficiências aumentou muito. Quer dizer, hoje, quando analisamos por exemplo o caso G. Barbosa, um dos casos mais recentes, há uma preocupação muito grande em mensurar, em realmente verificar quais são as eficiências aproveitadas. E há vários tipos de eficiências.

Eu gostaria, portanto, de chamar a atenção para as perguntas do início, quer dizer, as três respostas às perguntas, a primeira pergunta era: Haverá um *boom*, isto é, haverá mais demanda sobre controle estrutural? A resposta é: Haverá uma continuação dessa demanda, porém em níveis moderados; não haverá um *boom* de operações, mas sempre é importante haver uma maneira de filtrar operações mais simples - e certamente o modelo de simulação é uma boa maneira de filtrar essas operações mais simples. A segunda pergunta era: O que mudou? E eu destacaria a aplicação mais freqüente de técnicas econométricas - eu chamei a atenção para técnicas que não exigem um modelo estrutural, os modelos de simulação que exigem o modelo estrutural, e eu acho que nós podemos aplicar essas técnicas também para olhar o passado e visitar decisões do passado, como aliás fez o Heleno Pioneer nessa tese em que revisitou alguns atos de concentração do passado. Quer dizer, é um pouco irônico que modelos de simulação sirvam para o passado de maneira tão clara. Mas acho que esse estudo sistemático de decisões é cada vez mais importante no Brasil, e poderíamos, a exemplo do que Epstein e Rubinfeld fizeram para vários atos nos Estados Unidos, visitar decisões passadas. Eu lembrava as Copas do Mundo do CADE para o Pedro num debate anterior, e com o Rui Coutinho, decisões da Kolynos, Ambev, Nestlé-Garoto. Ou seja, é muito útil fazer exercícios para verificar o que aconteceu no mercado com essas decisões e quais os exercícios contrafactuais que podem ser feitos para abordar esses atos de concentração. E, por fim: Como sistematizar o que há de novo na análise? Eu acho que seria útil rever a Portaria 50, rever as Resoluções do CADÊ, inclusive a Resolução 20, mas em particular a Portaria 50, de forma a traduzir nesses normativos, de maneira mais clara, técnicas que já estão sendo aplicadas no mercado. Creio que isso tornaria mais transparente e estimularia o desenvolvimento dessas técnicas e - o que todos nós queremos - daria maior qualidade às decisões dos órgãos públicos sobre atos de concentração. Muito obrigado.

SLIDE 1

CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO: EXERCÍCIO (NÃO ABUSIVO) DE TÉCNICAS ECONOMÉTRICAS

Gesner Oliveira
Fundação Getúlio Vargas
Tendências Consultoria Integrada

Costa do Sauípe, 26/11/04

SLIDE 2

TRÊS PERGUNTAS

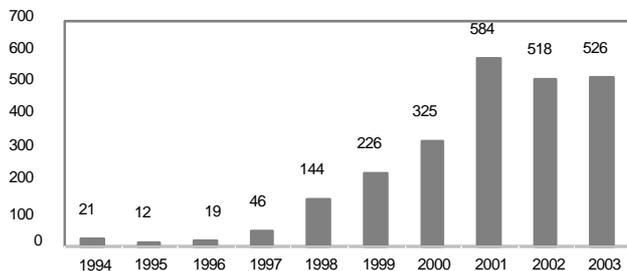
1. Haverá um novo *boom* de demanda pelo controle estrutural do CADE?
2. Como tem sido a oferta de controle estrutural?
3. Como incorporar novas técnicas?

SLIDE 3

1. HAVERÁ UM NOVO *BOOM* DE DEMANDA PELO CONTROLE ESTRUTURAL DO CADE?

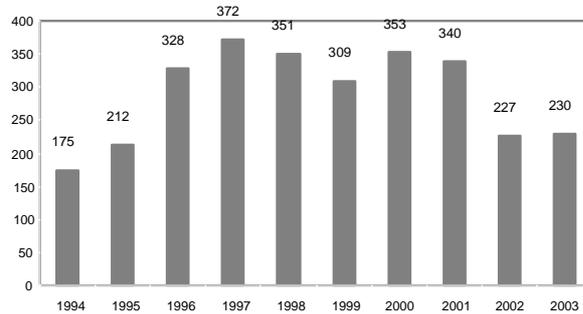
SLIDE 4

ATOS DE CONCENTRAÇÃO: EVOLUÇÃO DOS JULGADOS



SLIDE 5

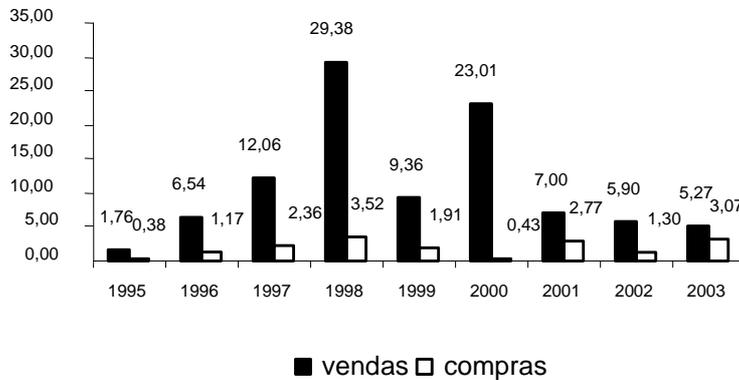
TOTAL DE FUSÕES E AQUISIÇÕES NO BRASIL



Fonte: KPMG

SLIDE 6

FUSÕES NO BRASIL: COMPRA E VENDA (BILHÕES DE DÓLARES)



Fonte: UNCTAD

SLIDE 7

POR QUE OS DADOS DO CADE E DAS CONSULTORIAS DIVERGEM?

- ◆ Dados mostram coisas diferentes: número de julgados (CADE) versus número de fusões (KPMG)
- ◆ Nem toda fusão é submetida ao CADE

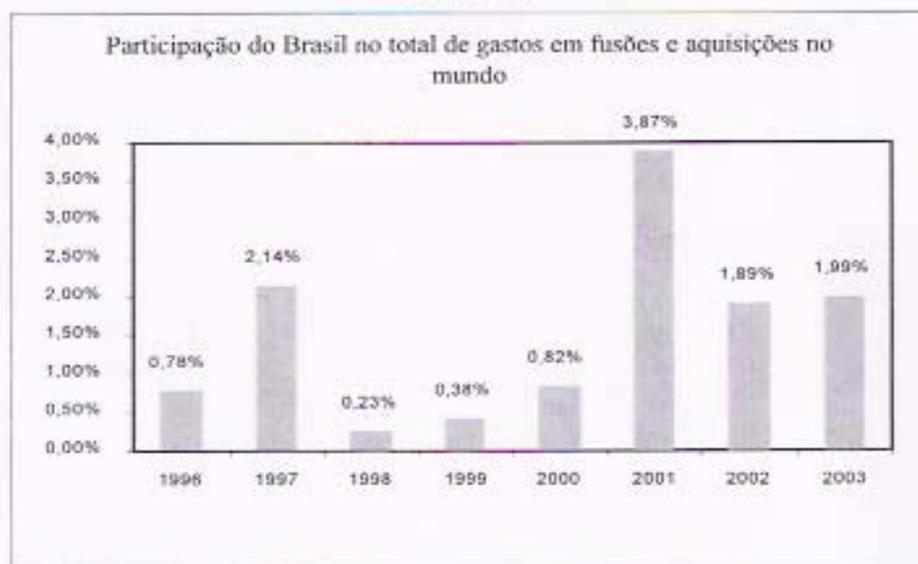
SLIDE 8



SLIDE 9



SLIDE 10

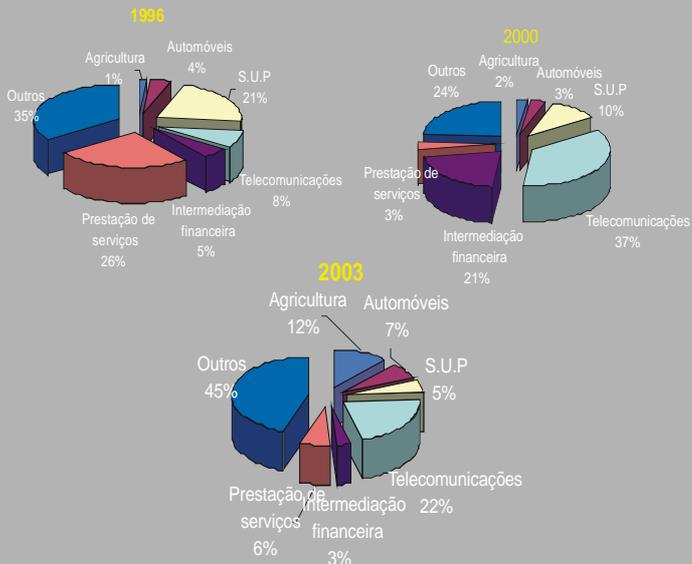


SLIDE 11



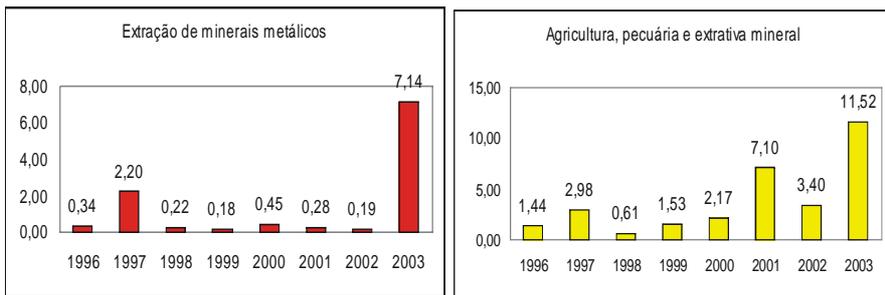
SLIDE 12

IED NOS MACRO-SETORES

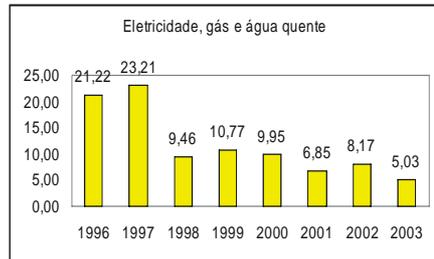


SLIDE 13

EVOLUÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL – SETORES EM ALTA



FONTE: BCB

SLIDE 14**EVOLUÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL –
SETORES EM BAIXA**

FONTE: BCB

SLIDE 15**PERSPECTIVAS PARA A DEMANDA PELO CONTROLE
ESTRUTURAL**

1. Não deve haver um novo *boom* como o dos anos noventa nos próximos cinco anos.
2. Deve continuar a entrada de novos agentes, mas em menor intensidade
3. Diminuiu o valor e mudou a composição setorial do investimento estrangeiro
4. Novo ciclo de abertura deve demorar um pouco mais. Diminuiu ritmo de formação de blocos (Alca) mas aumentou volume de comércio
5. Nova fase de forte valorização financeira não está no horizonte

SLIDE 16**PROPOSTA PARA A AGENDA DE TRABALHO**

- ◆ Estudar o perfil dos atos de concentração julgados pelo CADE
- ◆ Derivar propostas de filtros para as operações que requerem análise mais aprofundada. Modelos de simulação podem ajudar.

SLIDE 17

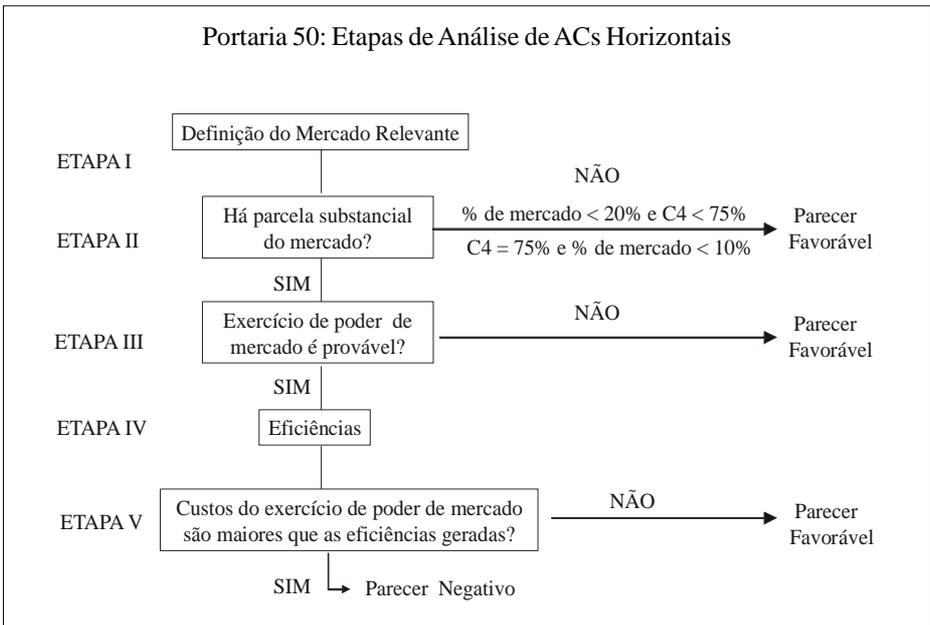
2. Como tem sido a oferta de controle estrutural?

SLIDE 18

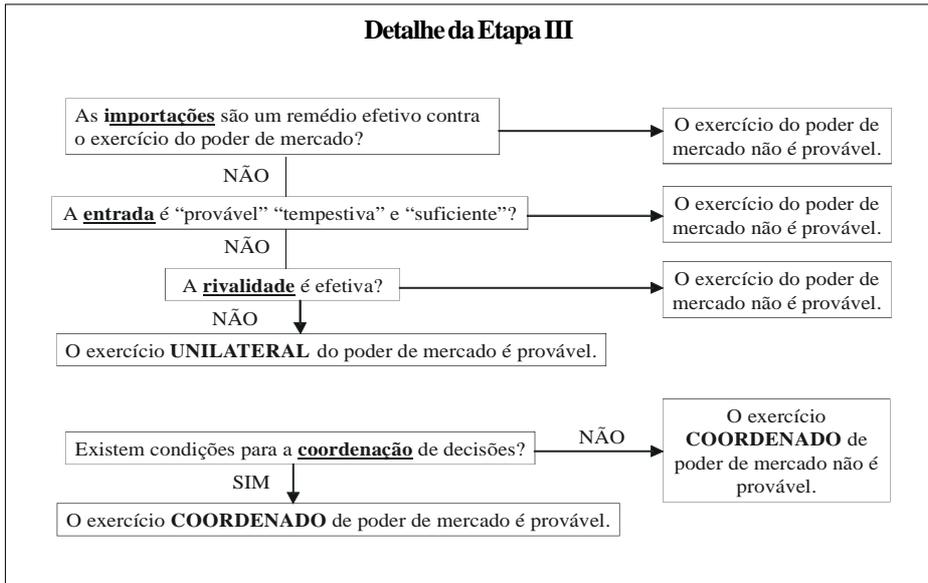
BRASIL TEM SEGUIDO UMA ABORDAGEM ESTRUTURALISTA

1. Há impacto estrutural?
2. Há efeitos notoriamente nocivos?
3. Há barreiras à entrada tempestiva, possível e suficiente?
4. Há eficiências compensatórias?
5. Há razões de bem comum?

SLIDE 19



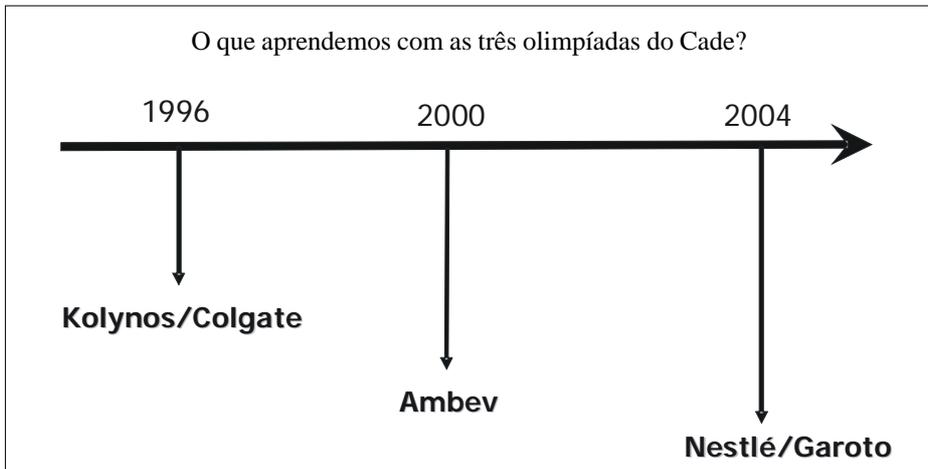
SLIDE 20



SLIDE 21

3. O que pode mudar no controle estrutural?

SLIDE 22



SLIDE 23**SETE PONTOS DA EXPERIÊNCIA RECENTE**

- i) Necessidade de diretrizes específicas para atos verticais
- ii) Peculiaridades das economias em transição
- iii) Novas formas de delimitação do mercado relevante
- iv) Possibilidades de simulação de estruturas integradas
- v) Diversidade dos casos individuais
- vi) Maior rigor no cálculo de eficiências
- vii) Menor grau de intervenção em compromissos comportamentais e preferência por remédios estruturais

SLIDE 24**i) FALTA UM GUIA PARA CONCENTRAÇÕES VERTICAIS...**

Portaria 50, Parágrafo 4: “O Guia refere-se exclusivamente a atos de concentração horizontal...”

Resolução 20/99 do CADE trata de condutas verticais

SLIDE 25**ii) Cuidado com a jurisprudência do Norte: peculiaridades das economias em transição**

	Grau de concentração	Barreira à entrada	Eficiência	Informalidade	Taxa de expansão do mercado
Economias Maduras	BAIXO	BAIXA	BAIXA	BAIXA	BAIXA
Economias em transição	ALTO	ALTA	ALTA	ALTA	ALTA

SLIDE 26**DIFERENTES FORMAS DE DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE – BM-OCDE (2003)**

“Define-se mercado relevante como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é vendido, de forma que uma empresa hipotética, maximizadora de lucros, que seria a única vendedora desses produtos nessa área, pudesse elevar os preços em uma quantia mínima, porém significativa e não-transitória, acima dos níveis predominantes.” (OCDE, 1993)

SLIDE 27**O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE – RES. CADE N. 15**

“1.6.1. MERCADO(S) RELEVANTE(S) DO(S) PRODUTO(S) Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

SLIDE 28**O Conceito de Mercado Relevante – Res. CADE n. 15**

“1.6.2 MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

SLIDE 29

O Conceito de Mercado Relevante Portaria SEAE/SDE n. 50

“o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.”

SLIDE 30

Portaria 50/00 reconhece outras fontes para a delimitação dos mercados relevantes: correlação de preços, elasticidades cruzadas....

SLIDE 31

iii) TESTES ÚTEIS PARA DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

- ◆ Causalidade de Granger
- ◆ Cointegração
- ◆ Decomposição da variância

SLIDE 32

CAUSALIDADE DE GRANGER

- ◆ correlação não necessariamente implica em causalidade em nenhum sentido da palavra
- ◆ **Causalidade de Granger:**
 - *“quanto” do valor corrente de uma variável pode ser explicado por seus próprios valores e o quanto adição de valores passados de outra variável adiciona capacidade explicativa;*
 - *não implica em causalidade em nenhum sentido comumente utilizado da palavra*
 - *Medida de precedência e conteúdo informacional*

SLIDE 33

Causalidade de Granger

Implementação:

- ◆ Regressões bi-variadas:

$$y_t = \alpha_0 + \alpha_1 y_{t-1} + \dots + \alpha_l y_{t-l} + \beta_1 x_{t-1} + \dots + \beta_l x_{t-l} + \varepsilon_t$$

$$x_t = \alpha_0 + \alpha_1 x_{t-1} + \dots + \alpha_l x_{t-l} + \beta_1 y_{t-1} + \dots + \beta_l y_{t-l} + \mu_t$$

$$H_0(i) : \beta_1 = \beta_2 = \dots = \beta_l = 0$$

- ◆ H_0 (1): preço do produto internacional **não “Granger-causa”** o preço do produto doméstico
- ◆ H_0 (2): preço do produto doméstico **não “Granger-causa”** o preço do produto internacional

SLIDE 34

Cointegração

- ◆ Quando as séries cointegram, existe uma relação estável de longo prazo entre elas;
- ◆ Desvios desta relação estável representam movimentos transitórios e desaparecem ao longo do tempo;

SLIDE 35**Cointegração****Definição:**

◆ há **cointegração** quando existe combinação entre séries integradas (uma relação linear), que faz com que parcela não explicada do modelo (resíduos) tenha um comportamento estacionário;

$$x_t \sim I(1), \quad y_t \sim I(1)$$

$$y_t = \alpha + \beta x_t + \varepsilon_t$$

$$\varepsilon_t \sim I(0) \implies y_t - \beta x_t \sim I(0)$$

SLIDE 36**Cointegração****Johansen (1988):**

◆ Estrutura de auto-regressões vetoriais (VAR)

$$\Delta y_t = \pi_0 + \pi \cdot y_{t-1} + \sum_{j=1}^p \pi_j \Delta y_{t-j} + \varepsilon_t$$

◆ $y_t = (P_{1,t}^A, P_{1,t}^B)'$ é um vetor 2 x 1;

◆ p é o número de lags das variáveis defasadas ;

◆ as matrizes π são de dimensão 2 x 2 e contêm os parâmetros do modelo

◆ ε_t é um vetor 2 x 1 de erros

SLIDE 37**DECOMPOSIÇÃO DE VARIÂNCIA****Intuição:**

- ◆ Contribuição, em um sistema VAR, da *j-ésima* inovação para o erro quadrado médio da projeção, *n* períodos à frente
- ◆ Separação dos movimentos de uma variável em movimentos decorrentes de “choques” na própria variável e aqueles derivados de choques ocorridos em outras variáveis;
- ◆ Provê informação sobre a importância relativa de cada inovação aleatória que afeta as variáveis;

SLIDE 38**Decomposição de variância****Resultados possíveis:**

- ◆ Choque no preço do produto A não explica erro de previsão do preço do produto B – preço do produto B é exógeno
- ◆ Choque no preço do produto A explica maior parcela do erro de previsão do preço do produto B – preço do produto B é influenciado pelo preço do produto A

SLIDE 39

iv) Possibilidade de simulação de estruturas integradas

- O modelo de simulação é uma ferramenta econômica usada para avaliar os efeitos potenciais de elevação unilateral de preços decorrente de fusões.
- São previsões baseadas em modelos econômicos, que incorporam parâmetros estimados em estudos econométricos, calibrados para o mercado em análise.

SLIDE 40

Seis aplicações úteis da simulação de fusões

1. Quantificação dos efeitos do exercício unilateral do poder de mercado.
2. Análise de sensibilidade para testes de robustez.
3. Efeitos podem ser contrapostos e comparados para se obter o efeito líquido de um ato de concentração ou de uma prática restritiva.
4. Integração das evidências empíricas e qualitativas através das hipóteses adotadas nos modelos estruturais.
5. Exploração do efeito líquido de diferentes alternativas.
6. Autoridades podem filtrar atos mediante cenários conservadores (“quick looks”)

SLIDE 41

Etapas da simulação de fusões

- a) Definição da forma funcional da demanda (demanda linear, log-linear, logit ou AIDS, PC-AIDS).
- b) Estimação dos parâmetros para a forma funcional escolhida.
- c) Escolha do modelo que melhor representa o comportamento dos agentes. (p.e. Bertrand-Nash)
- d) Calibragem do modelo de demanda.
- e) Definição da forma funcional dos custos
- f) Previsão dos preços e quantidades de equilíbrio e a análise dos efeitos líquidos sobre o bem-estar social.

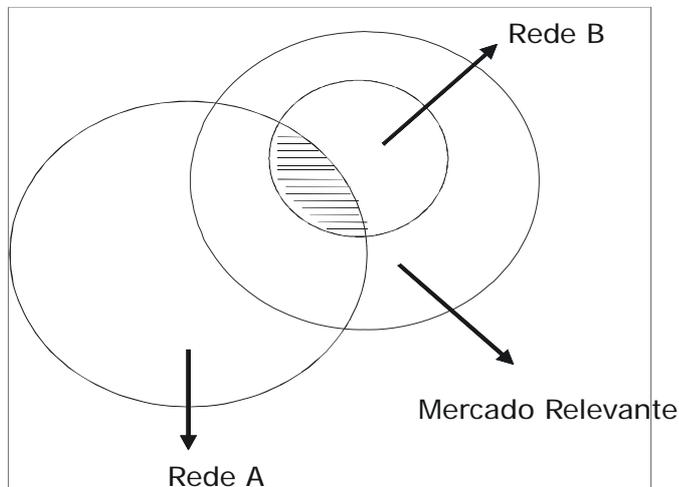
SLIDE 42

ADVERTÊNCIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

- ◆ Os resultados do modelo são fortemente sensíveis às hipóteses específicas, especialmente sobre a forma funcional da demanda e as funções de custos.

SLIDE 43**v) Diversidade nos casos individuais: Definição da Dimensão Geográfica no Setor Varejista**

- ◆ Considera-se que o consumidor desloca-se para lojas rivais situadas a um raio não superior do que a área de influência da maior loja concorrente, traçada a partir do ponto médio de tal região.
- ◆ A dimensão das áreas de influência variam com o tamanho do supermercado
- ◆ São traçadas isocotas a partir do ponto médio das áreas de concentração, delineando os mercados geográficos relevantes correspondentes a cada loja.

SLIDE 44**Delimitação do Mercado Relevante**

SLIDE 45

**Advertência: metodologia não dispensa o
exame caso a caso e em particular a
diversidade regional**

SLIDE 46

vi) Duas Definições de Eficiências

- ◆ Portaria 50: “...incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma”.
- ◆ BM-OCDE (2003): “Ganho de eficiência é o mesmo que um ganho de produtividade. [...] Um ganho de eficiência ocorre quando a razão da qualidade-produção ajustada em relação à qualidade-insumos aumenta.”

SLIDE 47

PORTARIA 50: PRINCÍPIOS PARA ANÁLISE DE EFICIÊNCIA

Eficiências precisam ser:

- ◆ Específicas da concentração.
- ◆ Verificáveis por meios razoáveis.
- ◆ Alcançadas dentro de dois anos.

SLIDE 48**Exemplo de Eficiência: Caso Ambev Análise Custo/Benefício**

Custos	Benefícios
- Eliminação de concorrente	Elevadas eficiências:
- Redução setorial de produção e emprego	R\$ 177 milhões/ano (Cons. Ruy Santacruz)
- Restrição à escolha do consumidor	R\$ 282 milhões/ano (SEAE)
	R\$ 373 milhões/ano (SDE)
	R\$ 504 milhões/ano (Trevisan)

SLIDE 49**MERCADO DE CREME DENTAL PÓS DECISÃO DO CADE**

- Entrada de novo fabricante (Glaxo – Smithkline).
- Queda em termos reais de 31,1% no preço dos cremes dentais de 1994 a 2001.
- Economia para os consumidores da ordem de R\$ 1,16 bilhão.
- Quantidade consumida elevou-se em 75%.
- Suspensão da marca Kolynos impediu o exercício do poder de mercado.
- Elevação da elasticidade-preço da demanda do consumidor.

SLIDE 50**PROPOSTAS**

- ◆ Estudo sistemático de decisões passadas e exercícios contrafactuais
- ◆ Rever normativos (Resolução 15, Portaria 50) de forma a explicitar as técnicas e metodologias recentes

SLIDE 51

TRÊS RESPOSTAS PARA CONCLUIR...

- No curto prazo não deve ocorrer um novo *boom* de demanda pelo controle estrutural do CADE
- Novas técnicas não substituem mas complementam e reforçam técnicas atuais. Devem ser usadas com cautela, explicitando as hipóteses realizadas e considerando as especificidades de uma economia em transição.
- Uma atualização dos normativos poderia explicitar novas metodologias e procedimentos.

SLIDE 52

Muito obrigado!

Maiores informações...

gesner@fgvsp.br

www.gesneroliveira.com.br

www.tendencias.com.br

Jorge Fagundes: Bom, antes de tudo, eu queria agradecer ao IBRAC por este convite. É um prazer estar aqui com vocês novamente para discutir alguns dos inúmeros temas importantes em nossa área de trabalho. E desde já com o desafio de iniciar a palestra sobre um tema tão árido quanto “Econometria e simulações”, competindo com o sol da Bahia, com a natureza baiana, numa competição desleal. Farei o possível para ser didático a respeito desses temas.

Passando à estrutura da apresentação, depois de uma rápida introdução, falarei, um pouco sobre o uso da econometria, de simulações e de suas aplicações dentro da defesa da concorrência. A seguir, direi algumas palavras sobre as eficiências, que foi um tema que já tratamos no ano passado, terminando, por fim, com uma breve conclusão.

Primeiramente eu gostaria de partir de uma constatação: a de que teorias, abstrações e raciocínios lógicos nem sempre são suficientes para que se possa decidir dentro da área de defesa da concorrência ou de qualquer área que envolva uma política pública. Há determinadas situações em que é preciso, portanto, quantificar os fenômenos. Então imaginem, por exemplo, que as requerentes num ato de concentração que gera efeitos anticompetitivos apresentam as suas eficiências, e que essas eficiências, depois de devidamente depuradas e calculadas, somam determinados milhões de reais, o que representa, por exemplo, 3% de redução nos custos das requerentes. Estes 3% são ou não suficientes para evitar aumentos de preço? Essa é uma pergunta crucial, cuja resposta é quantitativa. Na maior parte dos casos, não existe uma abstração ou um raciocínio puramente lógico que leve a uma resposta satisfatória. Deve-se, portanto, fazer uso de outros tipos de instrumentos que levem à quantificação desse tipo de efeito, e é aí que passamos para o uso da econometria e das simulações, que, quando empregadas adequadamente, são ferramentas muito úteis para o processo de tomada de decisão por parte dos órgãos de defesa da concorrência. Dentro desse contexto, para complicar um pouquinho mais a situação, sabemos que existem eficiências associadas à maior parte dos atos de concentração e mesmo das condutas empresariais, e essas eficiências tornam a tarefa dos órgãos antitruste bem mais complexa, porque será necessário balancear, como vocês sabem, de um lado os efeitos anticompetitivos, e de outro as possíveis eficiências derivadas dessas condutas e atos de concentração.

E onde é que entra a econometria nesse contexto? Gostaria de discorrer rapidamente sobre o que é econometria de uma forma bastante simplificada, ou seja, os objetivos, os métodos empregados e as principais dificuldades no uso desse tipo de instrumento dentro da defesa da concorrência. Basicamente a econometria é um procedimento estatístico que usa teoria economia e matemática intensivamente e

que tem, para os nossos propósitos aqui, o objetivo de obter informações a respeito do comportamento dos agentes econômicos, no nosso caso consumidores e firmas. Por exemplo, a partir de uma série de preços e quantidades, e eventualmente custos de produção das firmas, queremos saber como os consumidores reagem diante de variações nos preços. Aqui também há um exemplo de como é preciso passar da abstração, de uma teoria, para algo mais quantitativo: nós sabemos, por exemplo, que diante de aumentos de preço, por exemplo, de 10%, a quantidade demandada cai, mas cai em quanto? 5%? 15%? É nesse momento, então, que eu preciso lançar mão de algum instrumento quantitativo, instrumento este que pode ser a econometria, para tentar quantificar esse fenômeno, o que terá uma importância muito grande para as análises antitruste, como veremos em seguida.

Qual o objetivo da econometria dentro do antitruste? Existem inúmeras aplicações, mas eu diria que, na maior parte dos casos, usaremos a econometria para calcular a elasticidade de preço própria dos produtos da indústria e as elasticidades cruzadas dos produtos dentro de uma certa indústria ou entre essa indústria e possíveis bons substitutos desses produtos. Só lembrando: a elasticidade própria nada mais é do que a variação na quantidade demandada em função de variações nos preços; e a elasticidade cruzada nos diz o que acontece com a demanda de um certo produto “X” quando o preço de um produto “Y” varia ao longo do tempo. Essas informações são muito importantes para a definição de mercado relevante, para a quantificação dos efeitos anticompetitivos de atos de concentração em indústrias de bens diferenciados, enfim, há uma série de aplicações possíveis. Basicamente, qual a metodologia usada em econometria? Os dados, os preços e as quantidades revelam alguma coisa. Revelam o que? Por exemplo, no contexto da demanda, revelam as preferências dos consumidores, preferências estas que estão expressas em escolhas realizadas no passado. Então, diante de uma série de preço e quantidade, através de uma regressão econométrica, eu consigo obter a reação típica, a reação média dos consumidores diante de variações de preços. Consigo, portanto, calcular a demanda por aquele produto ou aquele conjunto de produtos ao longo do tempo através desse tipo de instrumento. Ou seja, consigo obter as elasticidades.

Quais são as principais dificuldades? Uma dificuldade mais técnica diz respeito ao que chamamos de “viés de simultaneidade”. Quando tomamos uma série de preços e quantidades, um determinado equilíbrio de mercado, sabemos que esse equilíbrio é resultado da interação de fatores de demanda e de oferta, então é preciso separar o que provocou as variações dos preços, isto é, separar a oferta da demanda ou qual o fator que provocou aquela variação nos preços. Trata-se de identificar de forma correta os fatores associados à oferta e os

fatores associados à demanda, para que eu possa obter os efeitos exclusivamente associados ao comportamento dos consumidores. Há uma série de técnicas para isso, que não vale a pena detalhar aqui. Há toda uma literatura sobre isso. É possível, então, resolver esse tipo de problema.

Um segundo ponto sobre o qual é importante chamar a atenção é que uma estimativa econométrica de um parâmetro qualquer da demanda é uma aproximação da realidade, e não a própria realidade. Então, é óbvio que sempre estaremos diante de algum tipo de imprecisão, de algum tipo de erro. E como lidar com essa imprecisão, com esse erro que está associado às estimativas econométricas? De um lado – e esta é uma primeira alternativa -, é sempre possível realizar uma análise de sensibilidade. Diante das estimativas obtidas, podemos variar aquele parâmetro estimado um pouquinho para cima, um pouquinho para baixo e verificar se essa variação altera ou não de forma radical as conclusões em termos de defesa da concorrência. Se descobirmos que os resultados são relativamente insensíveis a essas pequenas variações, podemos ter maior confiança na estimativa obtida. Caso contrário, teremos que rever o resultado. Uma segunda forma de lidar com essa imprecisão é através de certos experimentos que estão à disposição dos econométricos, e que vão procurar verificar a robustez dos resultados. Por exemplo, através dos experimentos de Monte Carlo é possível atribuir probabilidades aos resultados encontrados. Então, poderemos verificar se o resultado, se a estimativa que encontrada em relação a um certo parâmetro, é robusta porque tem uma alta probabilidade de estar correta ou se é fraca em função da baixa probabilidade de que realmente reflita a realidade, ou seja, o verdadeiro parâmetro da população.

No tocante às simulações, qual é o objetivo delas? Em última instância, queremos complementar e não substituir uma análise estrutural tradicional. Uma das vantagens das simulações – sobre a qual voltarei a falar depois -, é que as hipóteses são explícitas. Se as hipóteses do raciocínio são explícitas, o debate torna-se mais transparente. Muitas vezes, quando trabalhamos com teorias e abstrações, essas hipóteses não ficam claras, e não ficando claras o debate fica um pouco interdito. No caso das simulações, pelo seu próprio tipo de linguagem - são modelos formais -, as hipóteses são muito explícitas, são muito claras, e o debate, portanto, fica bastante facilitado. A desvantagem é que se essas hipóteses são necessárias e nem sempre são adequadas. E por que não são adequadas? Por deficiência da teoria econômica, por ausência da informação ou por falta de tempo eventualmente para processar os modelos adequados. Sobre esse tema voltarei daqui a pouco.

O que são, então, as simulações? São modelos formais baseados em teoria dos jogos, que, utilizados para fazer previsões sobre os efeitos competi-

vos na análise antitruste, seja de atos de concentração, seja de condutas supostamente anticompetitivas, indicam quais as ações dos agentes sob determinadas circunstâncias, prevendo o resultado dessas interações ao longo do tempo. Então temos uma previsão pela utilização de modelos de simulação. Qual a natureza do resultado desse modelo? É basicamente a de um teorema. E o que queremos dizer com isso? Se as hipóteses adotadas - por exemplo, se a demanda por certos produtos tem uma forma funcional linear, tendo sido estimada com dados bimestrais de preço e quantidades; se firmas escolhem preços de forma a maximizar os seus lucros em cada período levando em consideração a reação das demais firmas, sem nenhum tipo de conluio tácito; se a fusão não implica reduções de custo marginais superiores a “X%”, por exemplo, não havendo possibilidades de entrada -são corretas; então, como resultado dessas hipóteses, poderíamos concluir que aquela fusão provocará aumentos de preço, de forma que ela ou não deveria ser aprovada ou deveria ser aprovada com algum tipo de restrição que sanasse, reduzisse ou eliminasse, os seus efeitos anticompetitivos. Então dessas hipóteses se deriva uma conclusão, e é justamente por isso que hipóteses diferentes levam a conclusões distintas. Sendo assim, é muito importante que as hipóteses sejam escolhidas de forma a se ajustarem às características da dinâmica competitiva do mercado que em estudo. Na verdade, esse é o principal critério para a escolha do melhor “modelo”, ou seja, a adequação das hipóteses à dinâmica competitiva da indústria em estudo.

Voltando às vantagens, o uso de simulações, quer dizer, o emprego da teoria econômica e de métodos numéricos permite respostas extremamente precisas, ainda que associadas a algum grau de incerteza, a algum grau de erro estatístico. Por exemplo, podemos formular uma frase do tipo: “Uma redução de 2% nos custos marginais das requerentes evita aumentos de preços pós-operação”. Conseguimos formular esse tipo de frase que implica uma quantificação de um certo fenômeno, sem a qual seria muito difícil tomar alguma decisão, pelo menos na maior parte dos casos complexos. Uma desvantagem ou uma das desvantagens, como já disse antes, é que existe uma sensibilidade elevada dos resultados em relação às hipóteses empregadas. Há também uma limitação dos modelos disponíveis em função do avanço da teoria econômica em relação à complexidade da realidade. E ainda devemos supor que o modelo de competição anterior a um ato de concentração ou a uma conduta será o modelo que irá prevalecer após aquele evento.

Bom, grosso modo, como é que funcionam esses modelos de simulação? Podemos dividir as etapas de construção das simulações em *front-end*, em *back-end* – estes são detalhes mais técnicos -, mas a idéia é se conseguir atra-

vés da estimação econométrica as elasticidades: preço da firma, da indústria e elasticidade cruzada entre os produtos dentro de um certo mercado relevante. Temos as participações de mercado e os preços, normalmente através de séries de preços e quantidades, da AC-Nielsen, por exemplo, ou através de informações das requerentes. Finalmente, temos um arranjo institucional. O que é o arranjo institucional? É que firma produz quais produtos, isto é, qual é a relação entre firmas e produtos dentro daquela indústria. Através dessas informações chegamos aos custos marginais ou às margens de lucro prevalentes antes da operação. Em um segundo momento, utilizamos as mesmas elasticidades, eventualmente incorporando novos custos marginais em função das eficiências geradas pela operação e apresentando ao “modelo” um novo arranjo institucional. E o que é um novo arranjo institucional? É a nova relação que passa a existir entre firmas e produtos após atos de concentração: uma firma desapareceu e os produtos dela agora são controlados por uma outra, por exemplo, no caso de uma aquisição. Diante dessas informações, o modelo nos dá os novos preços que devem vigorar após o ato de concentração e as novas participações de mercado.

Então, quais são as etapas completas de um trabalho que envolve simulações? Antes de tudo há os dados primários: preços, quantidades, custos de produção, o preço dos insumos das firmas da indústria em estudo, etc. De posse dessas informações primárias, existe uma estimativa econométrica em geral voltada para estimar elasticidades próprias e cruzadas, como eu já disse. Por outro lado, utilizamos essas estimativas para os modelos de simulação, isto é, jogamos essas elasticidades dentro de um modelo de simulação, obviamente justificando as hipóteses e a adequação desse modelo à indústria em estudo. Finalmente obteremos resultados quantitativos, realizando uma análise de robustez, que é a confiança que temos nesses resultados e uma análise de sensibilidade em relação a esses resultados, ou seja, de que forma a alteração marginal dos parâmetros do modelo levaria a resultados, do ponto de vista da concorrência, radicalmente distintos ou não.

Citarei rapidamente os principais modelos. Imagino que a maioria esteja familiarizada com os modelos de Cournot, no caso de bens homogêneos, e Bertrand, no caso de bens diferenciados. Temos diferentes formas funcionais - sobre as quais voltarei a falar um pouco em seguida - e também é possível calcular os custos compensatórios, a redução de custos que evitaria aumento de preços pós-operação. Notem que as aplicações dos modelos de simulação não se limitam aos atos de concentração. Por exemplo, no caso de condutas e em particular no caso de cartéis, existem alguns modelos que podem ser empregados com o objetivo de averiguar se existem indícios no comportamento das firmas de condutas colusivas. Adicionalmente, é possível verificar se os preços e as margens de lucro das firmas

numa determinada indústria correspondem aos preços de equilíbrio e às margens de lucro sem conluio. Se corresponderem, é sinal de que naquela indústria aparentemente não existe comportamento colusivo. Caso contrário, isso seria um indício de cartel naquele mercado. Finalmente, também é possível calcular o peso morto - como o chamam os economistas -, ou seja, calcular as perdas sociais geradas por supostos cartéis. Este cálculo é importante, por exemplo, na dosimetria da multa, para verificar em que medida aquele cartel produziu impactos significativos em termos de redução do bem-estar social. Este é somente um exemplo de outras aplicações de modelos de simulação fora da área de atos de concentração.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar no ano passado, portanto, as simulações permitem quantificar os efeitos unilaterais dos exercícios de poder de mercado. Permitem averiguar a sensibilidade de resultados diante de alterações nos parâmetros estimados, o que é muito importante. O terceiro ponto, contrapõem diversos efeitos que existem em direções contrárias associados a atos de concentração e condutas anticompetitivas, de forma que possamos obter o resultado líquido desses diferentes e opostos efeitos sobre o bem-estar social. Permitem também a integração de evidências empíricas e qualitativas através das hipóteses que são adotadas nos modelos. E, finalmente, permitem que os órgãos de defesa da concorrência avaliem os melhores remédios diante da constatação de que uma conduta ou um ato de concentração produz efeitos anticompetitivos. Tais modelos também podem ser utilizados no desenho do remédio, diante de uma operação que gera efeitos anticompetitivos, explorando, portanto, as possibilidades de restrições a serem impostas a um ato de concentração ou conduta anticompetitiva.

Concluindo, nosso objetivo, como dissemos antes, é criar um teorema que possa ser provado, isto é, uma simulação em última instância. E quais são os nossos principais desafios nessa área? Primeiramente provar que o teorema, que é a simulação, tem hipóteses consistentes com os principais aspectos da realidade que está sendo estudada. Segundo, que o modelo empregado está bem ajustado aos fatos, por exemplo, ele explica de forma mais ou menos adequada o passado daquela indústria, daquele mercado. Terceiro, temos uma questão associada às formas funcionais da demanda, que é um detalhe bem técnico mas, dependendo da forma funcional que utilizamos para a demanda, para a função demanda, encontraremos diferentes elevações de preços. Ou seja, para um mesmo ato de concentração, dependendo da forma funcional que é utilizada, o modelo irá mostrar diferentes elevações de preços. Como é que se resolve esse tipo de problema? Primeiramente, adotando uma postura conservadora. Por exemplo, se somos as requerentes, talvez seja prudente apresentar ao órgão de defesa da

concorrência simulações que utilizam as formas funcionais que geram maiores aumentos de preço, o que constitui uma postura conservadora. Se somos uma impugnante, talvez o melhor seja fazer o contrário, utilizar as formas funcionais que geram os menores aumentos de preços, porque se utilizarmos as formas funcionais que geram os menores aumentos de preços e ainda assim a operação for anticompetitiva, estaremos diante de um resultado bastante robusto. Uma segunda possibilidade é esquecer a questão das formas funcionais e concentrarmos diretamente na seguinte questão: Quais as reduções de custos que deveriam, do ponto de vista normativo, ocorrer para que não houvesse aumento de preços? Esse tipo de modelo dispensa a escolha de uma forma funcional. Obtemos como resultado um certo percentual, vamos supor 5%; se as eficiências da operação são menores do que 5%, elas não são, portanto, suficientes para evitar aumentos de preço pós-operação em função da supressão da rivalidade.

Existe outra questão importante que diz respeito à relação entre o setor produtor e o setor distribuidor. Dependendo do arranjo institucional do setor distribuidor, nem sempre os resultados que encontramos no modelo em termos de aumentos de preços no nível dos produtores se reflete nos preços finais para os consumidores. Então, esse arranjo institucional pode implicar ampliação, diminuição ou mesmo anular eventuais aumentos de preços que tenhamos encontrado no nível dos produtores. Assim, entender a relação que existe entre os produtores e distribuidores é muito importante para podermos modelar corretamente a situação de um certo mercado numa certa indústria.

Finalmente, o último ponto que eu queria discutir com vocês, e que já foi alvo também de alguns comentários no ano passado, diz respeito à discussão de eficiência. Essa questão básica, quando pensamos em eficiência, é como levar em consideração o problema da distribuição de renda e, portanto, do bem-estar dos consumidores. Falarei rapidamente sobre isso, discutindo alguns padrões de incorporação e fazendo alguns comentários e aplicações para o caso brasileiro. Antes de tudo, gostaria de fazer um lembrete: quando pensamos em eficiência, do ponto de vista antitruste, estamos discutindo eficiência do ponto de vista *social* e não privado. Como vocês sabem, nem sempre eficiências privadas são também eficiências sociais. Os economistas usam muito o conceito de Pareto, de que todos já devem ter ouvido falar: algo é eficiente no sentido de Pareto, no sentido social, quando não piora a situação de ninguém, mas alguém, pelo menos uma pessoa, melhora. Então, se introduzimos alguma coisa, se fazemos alguma coisa e ninguém é prejudicado mas pelo menos uma pessoa tem a sua situação melhorada, aquilo é eficiente, pois promoveu aumento de bem-estar; ninguém foi prejudicado e alguém experimentou uma melhoria em seu bem-estar. Bom, lembrando disso, nós temos

basicamente - existem outros critérios de incorporação - um debate em torno, de um lado, o excedente total, conhecido como critério de Williamson, e de outro o *price standard*, ou excedente do consumidor. Segundo esses dois padrões, as perguntas formuladas pelos órgãos antitruste são radicalmente distintas. No caso do excedente total, a pergunta feita é: as eficiências geradas pela operação aumentam o excedente total, entendido como o bem-estar dos consumidores puros mais o bem-estar dos produtores, independentemente dos efeitos redistributivos? No caso do *price standard*, do excedente do consumidor, a pergunta feita é: as eficiências impedem perdas para os consumidores? São, portanto, duas questões radicalmente distintas. Vamos aprofundar um pouquinho esses dois pontos: no caso do excedente total, uma concentração ou conduta é sancionada se os ganhos dos produtores na forma de maiores lucros superam as perdas dos consumidores que eu chamo de puros, ou seja, os consumidores que não têm acesso ao capital da firma fusionada (ou da empresa cuja conduta é investigada), por exemplo, perdas estas que estão associadas a menores quantidades e maiores preços. Nesse tipo de padrão de incorporação de eficiências à análise antitruste, aumentos de preços no mercado relevante podem ser aceitos, ou seja, perdas para os consumidores são aceitas, contanto que o excedente total aumente, ou seja, que os ganhos dos produtores superem essas perdas dos consumidores. Portanto, os impactos redistributivos provocado pelos aumentos de preços são ignorados a partir de uma hipótese questionável de que os perdedores serão compensados pelos ganhadores, nesse caso, de que os produtores de alguma forma compensarão a perda de bem-estar dos consumidores puros. A lógica é simples, se o ganho dos produtores é maior que a perda dos consumidores, é possível teoricamente para os produtores abrir mão de parte desses ganhos, compensar os consumidores e ainda estarem melhor do que estavam antes, que é o conceito de eficiência de Pareto. Mas neste caso, o nosso conceito é só potencial. Se isto ocorrer, então a eficiência potencial de Pareto se transforma em eficiência de Pareto. Ocorre que essa compensação nunca ocorre, de forma que os consumidores acabam perdendo, e só os proprietários das firmas ganham. Um segundo problema deriva de uma outra ordem de questões: argumenta-se que as economias reais, as sinergias geradas por uma operação liberam recursos que podem ser empregados em outros setores, aumentando portanto a oferta desses outros setores e beneficiando outros consumidores. Novamente essa hipótese é bastante questionável e depende de uma série de características associadas à mobilidade dos fatores de produção e ao funcionamento dos mercados de capitais e de trabalho. Então, o resultado final é que as eficiências potenciais de Pareto dificilmente se concretizam, pelo que os consumidores perdem como consequência do maior poder de mercado gerado por uma conduta ou ato de concentração.

Para encerrar, no caso do price Standard ou excedente do consumidor, a lógica é simples: os consumidores não podem perder. Então o órgão antitruste está preocupado em validar atos de concentração e condutas, desde que eles não impliquem perdas para os consumidores puros. Nesse caso, as eficiências exigidas são obviamente mais elevadas porque temos que evitar que haja aumentos de preços. Então a força das eficiências tem que ser maior justamente para que não haja esses aumentos.

No caso brasileiro, me parece que a Lei 8.884 aponta para a necessidade de que as eficiências gerem benefícios para os consumidores - é o que diz o inciso II do artigo 54. No caso Nestlé-Garoto parece que o CADE firmou uma clara jurisprudência no sentido da adoção do padrão de incorporação de eficiência associado ao price standard, o que está muito claro no voto dos conselheiros. Lembrando que outras exigências são impostas para que as eficiências sejam aceitas em atos de concentração e mesmo em condutas. Por exemplo, elas têm que ser estritamente necessárias para que os objetivos visados sejam alcançados, ou seja, não deve haver uma outra forma socialmente menos prejudicial para que essas eficiências possam ser alcançadas. Se existirem outras formas, então elas devem ser preferidas por parte dos órgãos de defesa da concorrência. E existe uma série de outras restrições que são feitas em relação a essas eficiências, tais como aquelas que eliminam as eficiências associadas a ganhos meramente pecuniários, que representam transferência de renda dentro da mesma cadeia de produção.

Finalmente, concluo com alguns pontos que merecem a nossa atenção: primeiramente, a importância da quantificação. Precisamos ser capazes de medir os aumentos de preço prováveis associados a um ato de concentração, de medir qual o impacto das reduções de custos em relação a esses aumentos de preço, quais são as elasticidades próprias e cruzadas de uma certa indústria, quais são os preços de equilíbrio sem colusão, qual a perda de peso morto, qual o dano social provocado, por exemplo, por um cartel etc. Nesse sentido, a econometria e modelos são importantes para que possamos simular os resultados de atos de concentração ou verificar o que de fato está acontecendo no mercado diante de condutas potencialmente anticompetitivas. Esses instrumentos geram mais evidências para que as autoridades antitruste possam tomar decisões bem informadas, bem fundamentadas. Em relação às eficiências, é preciso atentar aos tipos de eficiências que podem ser aceitos, à mensuração adequada dessas eficiências e seu impacto sobre os preços, na medida em que há necessidade de que os benefícios sejam compartilhados com os consumidores. E, finalmente, isso tudo gera uma maior complexidade das análises técnicas antitruste, o que impõe pesadas exigências de qualificação do ponto de vista dos órgãos de defesa da concorrência. Muito obrigado.

SLIDE 1

IBRAC – X SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - 2004

Jorge Fagundes E-mail: jfag@unisys.com.br

Econometria, Simulações e Eficiências
Na Análise Antitruste

SLIDE 2

ECONOMETRIA, SIMULAÇÕES E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE ANTITRUSTE

- I - Introdução
- II - Econometria
- III - Simulações e Suas Aplicações
- IV - Eficiências
- V - Conclusões

SLIDE 3

I - INTRODUÇÃO

- Teoria, abstrações e raciocínios lógicos nem sempre são suficientes para a determinação dos efeitos líquidos de AC e condutas
- Necessidade de quantificar fenômenos no âmbito antitruste
- Econometria e simulações, quando empregadas adequadamente, são ferramentas úteis para a defesa da concorrência
- Existência de eficiências em AC e condutas torna a tarefa dos órgãos mais complexa: eficiências privadas evitam perdas para os consumidores?

SLIDE 4**II - ECONOMETRIA**

- O que é?
- Objetivos
- Métodos
- Dificuldades

SLIDE 5**Econometria - i**

- O que é?
- Econometria é o procedimento estatístico utilizado para se obter informações sobre o comportamento dos agentes econômicos (consumidores e firmas).
- Exemplo: a partir de séries de dados de preços, quantidades, custos, etc., obtém-se como os consumidores reagem a elevações nos preços de um produto à “diante de um aumento de 5% nos preços, haverá uma queda nas vendas de 10%”

SLIDE 6**Econometria - ii**

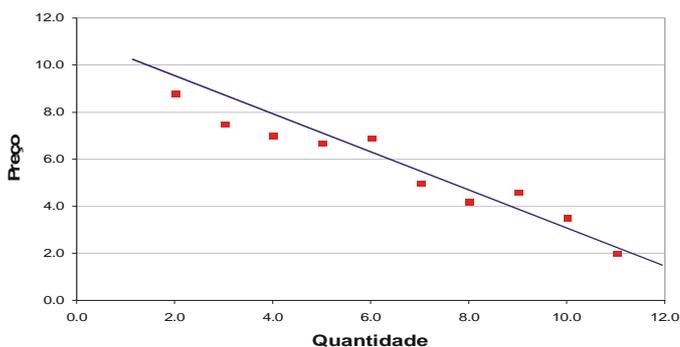
- Objetivos
- No contexto de antitruste, o objetivo mais comum é a obtenção de estimativas das elasticidades-preço próprias e cruzadas dos produtos num AC ou conduta. Estas elasticidades são parâmetros cruciais dos modelos de simulações.

(Nota: “Elasticidade própria” é a redução de quantidade demandada de um produto correspondente a uma elevação em seu preço. “Elasticidade cruzada” é a elevação (ou redução) na quantidade demandada de um produto correspondente a uma elevação no preço de um outro produto. Por exemplo, quando o preço do vinho sofre uma elevação de x%, aumenta a demanda de cerveja em y%)

SLIDE 7

Econometria - iii

- Métodos
- Dados revelam preferências dos consumidores (escolhas realizadas no passado)
- De forma simplificada, uma regressão econométrica calcula a reação “típica” (média) dos consumidores (demanda) a variações nos preços

**SLIDE 8**

Econometria - iv

- Dificuldades i
- No contexto de antitruste, a principal dificuldade econométrica é o viés de simultaneidade. Dados refletem equilíbrio entre oferta e demanda, misturando diferentes efeitos.
- É necessário controlar as variações nos preços devido à oferta, de forma a “identificar” corretamente a demanda: → efeitos exclusivamente devidos ao comportamento dos consumidores (lado da demanda)
- Há diferentes técnicas de identificação, entre elas (i) “cost shifters” (dados de custos), (ii) Hausman 1996 (dimensão painel), e (iii) BLP 1995 (atributos dos produtos)

SLIDE 9

Econometria - v

- Dificuldades ii
- Demanda estimada é uma aproximação da realidade, não a própria realidade → imprecisão
- Possibilidade de uma análise de sensibilidade: o que aconteceria se a elasticidade – ou o parâmetro estimado – fosse um pouco maior ou menor? Os resultados antitruste seria radicalmente alterados?
- Experimentos que medem esta imprecisão → teste de Montecarlo: fornece probabilidades para os resultados

SLIDE 10

III – SIMULAÇÕES E SUAS APLICAÇÕES

- *Objetivo*
- *Natureza*
- *Funcionamento*
- *Modelos*
- *Conclusões*

SLIDE 11

Simulações e Suas Aplicações - i

Objetivo das Simulações de Fusão:

completar (não substituir) análise estrutural

Principal Vantagem:

hipóteses são explícitas → debate transparente

Principal Desvantagem:

hipóteses são necessárias e há dificuldades em alterá-las (falta de tempo, de informação e até de Teoria Econômica) → nem sempre são adequadas

SLIDE 12

Simulações e Suas Aplicações ii

- O que são?
- Uso de modelos formais baseados na Teoria dos Jogos para fazer previsões sobre os efeitos competitivos na análise antitruste
- Modelos indicam quais as ações dos agentes sob determinadas circunstâncias, prevendo o resultado – equilíbrio – de suas interações
- Natureza à Um “Teorema” é o resultado da simulação

SLIDE 13

Simulações e Suas Aplicações iii

- SE (hipóteses)
 - (i) A demanda pelos produtos tem forma funcional Logit, tendo sido estimada com dados bimestrais de preços e quantidades a partir de 1994 através da técnica de painéis dinâmicos...
 - (ii) Firms escolhem preços de forma a maximizar lucros em cada período, levando em conta a reação das demais firms, mas sem conluio tácito (“One Shot Nash” ou “Unilateral Effects”)
 - (iii) A fusão não implica reduções de custo marginal superiores a X%, não havendo possibilidade de entrada de novas firms
- ENTÃO (conclusão)
 - A fusão provocará aumentos de preços (e não deve ser aprovada sem restrições, caso estas sejam factíveis....)

SLIDE 14

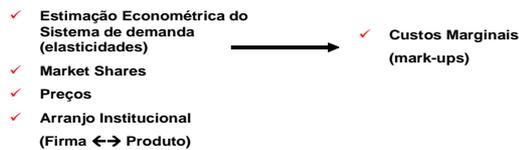
Simulações e Suas Aplicações IV

- Hipóteses diferentes levam a conclusões diferentes
- Logo, é importante escolher as hipóteses que mais se ajustam as características da dinâmica competitiva do mercado estudado. Este é o critério para a escolha do “melhor” modelo
- Vantagem: teoria econômica + métodos numéricos permitem resposta extremamente precisa à uma redução de 2% nos custos das requerentes evita aumentos de preços pós-operação no mercado relevante?
- Desvantagem: sensibilidade em relação as hipóteses; limitações dos modelos disponíveis frente à complexidade da realidade; supõe-se que o modelo de competição é o mesmo antes e depois do evento antitruste (AC ou conduta)

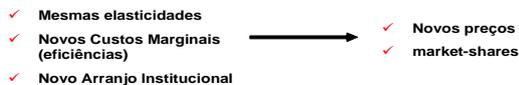
SLIDE 15

Simulações e Suas Aplicações v: Funcionamento dos Modelos AC

(i) “Front End”



(ii) “Back End”



SLIDE 16

Simulações e Suas Aplicações vi

ETAPAS

Dados: Preços, Quantidades; Custos



Estimativa Econométrica: Elasticidades própria e cruzada



Modelo de simulação (justificando hipóteses e adequação aos fatos)



Resultados Quantitativos (análise da robustez e da sensibilidade)

SLIDE 17

Simulações e Suas Aplicações vii: Principais Modelos para AC

(i) Bens Homogêneos

- ✓ Cournot Horizontal (Farrell and Shapiro 1990):
 - escolha de quantidades (Kreps and Sheinkman 1983)
 - diferentes hipóteses para custos marginais e franja competitiva
- ✓ Cournot Vertical (Hendricks and McAfee 2000)

(ii) Bens Heterogêneos

- ✓ Bertrand Horizontal (Werden e Froeb 1994 em diante)
 - diferentes formas funcionais de demanda:
Log-Linear, AIDS, Logit, Linear, BLP (1995)
 - custos compensatórios

SLIDE 18

Simulações e Suas Aplicações viii: Aplicações Condutas

Cartéis:

- (i) Osborne & Pitchik (1986): relação entre capacidades instaladas e lucros
- (ii) Nevo (2001) e Slade (2004): repartição entre margem de lucro “competitiva” (sem conluio, dada a estrutura de mercado e os efeitos unilaterais) e margem devido a conluio (efeitos coordenados).
- (iii) Cálculo do peso morto → perda social

Fechamento de Mercado:

Modelo vertical de Hendricks & McAfee (2000)

SLIDE 19

Simulação ix - Conclusões

- As simulações contribuem para a avaliação dos impactos de AC e condutas, permitindo:
 - Quantificar os efeitos do exercício unilateral do poder de mercado naveriguar a sensibilidade dos resultados diante de alterações nos parâmetros estimados
 - Contrapor os diversos efeitos (elevações de preços e reduções de custos marginais, por exemplo) à o efeito *líquido* de um AC ou condutas sobre o bem estar social.
- Integrar evidências empíricas e qualitativas através das hipóteses adotadas nos modelos estruturais; e
- Explorar o efeito líquido de diferentes restrições impostas ao AC por parte dos órgão antitruste

SLIDE 20

Simulações ix - Conclusões

Objetivo: Criar um Teorema que possa ser provado

Desafios:

- ✓ Provar que o teorema tem hipóteses “consistentes”
- ✓ Modelo bem ajustados aos fatos à explicar o passado
- ✓ Escolha da forma funcional à conservadorismo e/ou buscar reduções de custos compensatórias
- ✓ Efeito do setor distribuidor: relação entre produtores e distribuidores pode aumentar, diminuir ou anular os efeitos sobre os preços no nível dos produtores

SLIDE 21

IV - Eficiências

- Questão básica: Distribuição de Renda e Bem Estar dos Consumidores
- Padrões de Incorporação
- Excedente total x Excedente do Consumidor
- Brasil
- **Eficiências em antitruste são de natureza social: algo é eficiente quando não piora a situação de qualquer indivíduo, mas promove a melhoria da situação de pelo menos um indivíduo (Pareto)**

SLIDE 22

IV - Eficiências: Padrões

- As eficiências podem ser incorporadas à análise de atos de concentração e condutas basicamente de duas formas:
- Excedente total (Williamson) → Eficiências geram aumento do excedente total, independentemente de efeitos redistributivos?
- Price-standard ou Excedente do consumidor: Eficiências impedem perdas para os consumidores?

SLIDE 23

Excedente total (Williamson) i

- Neste caso, uma concentração - ou conduta - é sancionada se os ganhos dos produtores (maiores lucros) superam as perdas dos consumidores “puros” (menores quantidades e maiores preços)



- aumentos de preços no mercado relevante – ou perdas para os consumidores neste mercado - são aceitos
- Impactos redistributivos provocados pelo aumento de preços são ignorados a partir da *hipótese, questionável*, de que os perdedores (consumidores) são compensados pelos ganhadores (produtores)

SLIDE 24

- Problema 1: como nunca há compensação, consumidores “puros” (maior parte da população), perdem; somente proprietários das firmas ganham
- Problema 2: argumenta-se que economias reais – sinergias – liberam recursos para outros setores da economia, beneficiando “outros” consumidores. Mas:
 - Tal argumento depende de hipóteses questionáveis sobre o grau de mobilidade dos fatores e o funcionamento dos mercados de capital e de trabalho. Por exemplo, trabalhadores demitidos podem não encontrar emprego, dadas as imperfeições do mercado de trabalho
- Resultado: eficiências potenciais de Pareto dificilmente se concretizam
→ consumidores perdem como consequência do maior poder de mercado criado pelo AC ou conduta

SLIDE 25

Price Standard ou Excedente do Consumidor

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

SLIDE 26

Excedente do Consumidor

- Cada jurisdição apresenta suas especificidades, em função das particularidades da legislação local e das características da economia
- No Brasil, Lei 8.884/94 aponta para a necessidade de que as eficiências gerem benefícios para os consumidores (II - os benefícios decorrentes (do ato) sejam *distribuídos* equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores e usuários finais, de outro) à modelo do excedente do consumidor ou price standard.
- Caso Nestlé-Garoto firmou clara jurisprudência: PS

SLIDE 27

Eficiências: Brasil i

- Cada jurisdição apresenta suas especificidades, em função das particularidades da legislação local e das características da economia
- No Brasil, Lei 8.884/94 aponta para a necessidade de que as eficiências gerem benefícios para os consumidores (II - os benefícios decorrentes (do ato) sejam *distribuídos* equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores e usuários finais, de outro) → modelo do excedente do consumidor ou price standard.
- Caso Nestlé-Garoto firmou clara jurisprudência: PS

SLIDE 28**Eficiências: Brasil ii**

§ Art. 54:

“IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” e

▪ Guia SEAE/SDE:

Definição : “os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que *não* podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração). Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência”

SLIDE 29**Eficiências: Brasil iii**

§ Guia SEAE/SDE:

✓“serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados.....não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis”

✓“não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos”

SLIDE 30**V-CONCLUSÕES**

■ Importância da Quantificação: aumentos prováveis de preços; redução de custos via eficiências; elasticidades próprias e cruzadas; preços de equilíbrio sem colusão; perda de bem estar social (peso morto); etc

■ Econometria + Modelos à Simulações para AC e Condutas = + evidências para as autoridades antitruste

■ Eficiências = Tipos, Mensuração Adequada e Impactos sobre Preços à necessidade de benefícios para os consumidores (bem estar dos consumidores)

■ Maior complexidade das análises e técnicas utilizadas à qualificação dos órgãos de defesa da concorrência

Luiz Fernando Rigato Vasconcellos: Gostaria de agradecer mais uma vez por essa oportunidade de expor, para a comunidade que lida com questões antitruste no Brasil, algumas questões que eu considero de fundamental relevância para o entendimento e para a evolução do sistema de defesa da concorrência. O tema deste Painel, que já foi brilhantemente explorado pelo Prof. Fagundes e pelo Prof. Gesner, ou seja, técnicas quantitativas de análise de fusão, é um tema bastante em moda, por assim dizer, em diversas jurisdições antitruste ao redor do globo. Quer dizer, hoje são cada vez mais fartamente usados instrumentos quantitativos para ter acesso a alguns pontos não apenas em atos de concentração e operações de fusão, mas também em condutas. Significa que se consegue muita coisa com uma abordagem tradicional de análise, conduta e desempenho, e temos feito muito no Brasil com a aplicação da Portaria conjunta SDE/SEAE 50, que trouxe efetivamente muita objetividade à análise fundamentalmente dos atos de concentração, mas que lança luz também sobre as questões corretas para uma boa análise antitruste.

Não quero fazer desta apresentação uma panacéia tecnológica, mostrando quais são essas técnicas, mas apenas mostrar em que condições, em que casos, elas são relevantes para se formar, para se ter conhecimento de caso e acesso a algumas coisas um pouco mais aprofundadas, que são as escolhas dos consumidores na definição de mercado relevante - quando este não é óbvio, quando não é trivial -, e isso acontece na grande maioria dos casos em que há, por exemplo, indústrias de bens de consumo não durável ou mercados geográficos que são bastante regionalizados, como no caso das indústrias de varejo. Então pretendo começar minha apresentação fazendo uma descrição básica dos processos. Há pelo menos duas aplicações na definição de mercado relevante e na previsão dos efeitos da fusão sobre a concorrência que já foram, de certa forma, abordadas, mas eu gostaria de chamar a atenção para outros pontos que são importantes: as vantagens e a sua conclusão.

Como já foi dito nas apresentações anteriores, não pode fazer uso de ferramentas quantitativas apenas como uma solução final e definitiva das coisas. A formação de convencimento continua sendo importante, e o método quantitativo é um dentre outros meios disponíveis. Além disso, na grande maioria das vezes, as abordagens quantitativas servem como complemento à análise estrutural. Se lermos cuidadosamente a Portaria conjunta, poderemos observar que ela é fundamentalmente estrutural: todas as caixinhas que estão ali, aquele fluxograma, apresentam questões de estrutura de mercado e algumas presunções dispararam alguns sinais: - verde abaixo de 20%, amarelo dependendo de como você vai escorregando em torno daquele algoritmo de decisão. Entretanto, se pegar-

mos todos os conectores daquelas caixinhas, veremos que envolvem questões comportamentais, quer dizer, é preciso saber não só qual é o mercado relevante, qual é a concentração da indústria naquele mercado relevante, mas também qual vai ser o efeito dessas duas primeiras coisas sobre o mercado. Mesmo numa análise *a posteriori*, esse é um exercício prospectivo que depende de algumas hipóteses, quais sejam de saber como a indústria compete, qual é o modelo que melhor descreve a maneira como aquela indústria entra em concorrência e, anterior a isso, quais são os parâmetros importantes que influenciam a decisão dos consumidores e dos produtores, ou seja, traduzindo para uma linguagem mais econométrica, quais as elasticidades relevantes nesse caso.

Outra questão importante é que adotar processos de decisão um pouco mais formais permite-nos fazer uma aproximação com desenvolvimentos técnicos teóricos mais recentes, tanto do ponto de vista da microeconomia como da econometria estatística propriamente ditos. Quer dizer, se olharmos para uma análise do ato de concentração clássica como é feita hoje no Brasil, veremos que em diversas ocasiões se usa estatística. Para algumas questões sempre teremos algumas hipóteses, mas o que nos interessa é o comportamento do consumidor médio, ou seja, a curva normal, não as exceções, não as patologias de consumo. Esta é uma definição do guia bastante geral. Imaginando que haveria sobreposição eu não queria abordar todas as caixinhas do guia, mas de uma certa maneira o que fazemos é definir o mercado relevante, ou seja, qual é o *marketing share* naquele determinado mercado relevante. Há alguns critérios de decisão sobre aquele mercado relevante, algumas presunções e finalmente se conclui o caso. Ora, não é preciso ser um observador muito atento para concluir que a própria definição de mercado relevante pode alterar o resultado de um determinado caso, principalmente quando há uma área cinza bastante nítida em torno da definição do mercado relevante. Repetindo, isso acontece nas indústrias de consumo de bens não-duráveis, em que há um esforço da indústria, uma competição por diferenciação de produto bastante grande. Quer dizer, como decidir? Como um técnico que analisa um ato de concentração num desses setores deve decidir à luz das ferramentas hoje disponíveis para tomar essa decisão? Não é incomum, ao analisar um ato de concentração, receber uma petição das requerentes colocando um universo imenso de mercadorias e/ou serviços dentro de uma definição de mercado relevante. Como concluir, como colocar determinados parâmetros? Eu acho que é interessante deixar o *slide* aí com a definição de mercado relevante. A Portaria 50 define o mercado relevante como “o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços”. Notem que há várias assertivas neste e no

próximo trecho extraído da própria Portaria que são questões comportamentais, embora estejamos falando de uma coisa que seja estrutural da indústria. Então voltando ao que eu estava dizendo anteriormente, como decidir? Quer dizer, temos algum algoritmo que nos permita dizer: “Esse bem eu o colocarei dentro da minha cesta de decisão de consumo; esse outro bem, determinado bem ‘Y’, não”. Como construir a cesta de consumo que define mercado relevante na sua expressão “produto”? Podemos começar de uma maneira trivial, e é recomendável que assim se faça. Quer dizer, não colocaremos num determinado mercado relevante produtos de naturezas completamente distintas, por exemplo whisky junto com suco de manga. Mas, vocês podem dizer: “Eu conheço um consumidor ‘X’ que troca whisky por suco de manga. Neste caso, trata-se de uma patologia de consumo, que não interessa, pois a média dos consumidores não estão dispostos a fazer isso. Isso é estatística. Não interessa dizer se em média os consumidores estão dispostos a trocar whisky por suco de manga e em que grau, quanto o preço do suco de manga precisa aumentar para que ele substitua ou não o whisky. Esta informação não está acessível trivialmente. Todos os outros atributos físicos e características do produto são observáveis. Se você olhar os casos recentes analisados nessa indústria, isso sempre foi feito, mas chega-se a um ponto em que não se consegue mais ter acesso a um território um pouquinho mais complicado, que são as preferências dos consumidores. Nesse caso, precisamos de instrumentos um pouco mais invasivos, um pouco mais sofisticados para chegar lá. Notem que em praticamente em todos os casos relevantes que o sistema analisou houve a presença desses instrumentos em maior ou menor grau.

A definição de mercado relevante necessariamente envolve duas grandezas: uma grandeza espacial, geográfica, mas também pode ocorrer em algum espaço virtual, não necessariamente em uma única região; e uma grandeza social, que são os indivíduos, os consumidores, suas escolhas, o modo como os indivíduos são racionais e como classificam os produtos em sua ordem de preferência e qual é sua ligação, o que é a preferência.

Em ambos os casos, a ferramenta de que dispomos é o teste do monopolista hipotético, que é um teste de natureza quantitativa: supomos um determinado monopólio e a capacidade dessa suposta empresa exercer um aumento de preço pequeno e não transitório. Como fazer isso sem ter de novo acesso às estatísticas fundamentais do mercado? Em outras palavras, sem ter acesso pelo menos às elasticidades de preço, ao preço cruzado, talvez à renda dos consumidores por determinada mercadoria?

Não quero me perder em assuntos técnicos, mas existem um conjunto de técnicas que podemos usar para fazer isso. Eu falei bastante do mercado de

produto, mas essas são questões que também surgem, embora sejam até tecnicamente mais fáceis lidar com as definições de mercado geográfico. O que usamos normalmente como definição de mercado geográfico, naqueles casos em que essa questão se torna uma questão de verdade, é adotar uma circunferência, um raio: o mercado torna-se um círculo, quer dizer, há um raio de influência de uma determinada planta fabril, de uma determinada loja, de um determinado centro de distribuição. Ocasionalmente, podemos ter mercados geográficos com definições mais heterodoxas que não sejam formas geométricas, de não-circunferência. Ou seja, há que se levar em consideração também as características regionais tanto econômicas quanto de relevo, eventualmente o clima, as características de infraestrutura de transporte de uma determinada região e a sua influência. Ou seja, podemos chegar a formatos não convencionais de mercado relevante na sua definição geográfica. Isto é fácil? Não, é extremamente difícil. O volume de informação necessário para fazer isso muitas vezes não compensa o custo de abrir mão de uma definição mais simples e igualmente robusta, que porém é um círculo. Mas se tivermos informações sobre o trânsito ou informações de nível microeconômico é possível fazê-lo e, de novo, isso nada mais é do que estatística. Temos, portanto, usado métodos quantitativos nas análises que fazemos com bastante vigor ao longo desses anos, sendo que a questão fundamental, na minha opinião, é: Como trazer essas questões quantitativas para os autos, ou seja, como colocá-las no universo de conhecimento processual e de convencimento do Conselheiro? Acredito que não há uma resposta segura a essa questão que não envolva, por assim dizer, o conhecimento das partes, a defesa das partes sobre aquelas questões que estão sendo trazidas. Creio que esta é a questão chave para o uso mais intensivo desse tipo de ferramental no direito econômico. Ou seja, ela precisa ser compreendida, precisa ser trazida ao espaço processual. E qual é a vantagem de fazer isso? Isso traz à luz, focaliza pontos que são importantes para a conclusão do caso, qualquer que seja. Antes de termos o guia de concentração horizontal, podíamos ter discussões, não balizadas por nenhum critério sobre mercado relevante, sobre a maneira como isso iria impactar o mercado, e sobre as presunções, sobre os sinais verde, amarelo e vermelho para prosseguir ou não prosseguir a análise. Quer dizer, valer-se de técnicas - vou usar a palavra estatística em vez de econometria, pois parece um termo mais comum -, ter acesso a esse tipo de ferramenta lança luz sobre as partes da discussão realmente relevantes, e aprofunda-se muito mais a questão do que é considerada meramente uma abordagem estrutural. Não que a abordagem estrutural não valha; ao contrário, tem sido valiosa para uma parte significativa dos casos você consegue resolver. E tempo é um recurso precioso para todos nós, e que deve continuar sendo amplamente usado - e tem sido - e continuará a ser utilizado em todas as jurisdições antitruste que conhecemos.

Outra questão que não diz respeito necessariamente a essa decisão de recursos que nós já fazemos é a simulação de fusão. Isso já foi exposto em apresentações anteriores. Diferentemente do uso de material estatístico e quantitativo nas definições de mercado relevante, para qualquer outra coisa em se precise de acesso mais detalhado a coisas que não estão na superfície, a simulação de fusões é uma ferramenta bem mais nova e um modelo matemático que envolve conhecer fundamentalmente o seguinte: se temos a estatística feita, e os parâmetros relevantes sobre as elasticidades de oferta da curva de demanda ou da curva de oferta, precisamos então saber como essa indústria compete, se compete, por exemplo, por diferenciação de produto, por quantidade ou por preço, se está próxima da não concorrência absoluta, para derivar alguma conclusão acerca desse mercado. Ou seja, estes são os insumos fornecidos pela econometria no exercício anterior. A aplicação desses instrumentos é um pouco mais rara nas jurisdições, tem sido feita principalmente por um grupo de economistas do DOJ, liderados por um cidadão que chama Gregory Werden e que tem usado - ele que é um economista do DOJ -, na análise da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano, um pouco dessas ferramentas. Elas servem naqueles 5% dos casos que são relevantes no sistema, tirando todos os casos que sequer deveriam ter passado pelo sistema.

De novo, isso pode ser estendido a um rigor formal, a um rigor matemático muito grande. Não é essa a idéia. O que se faz com essas novas técnicas e o que isso trás de lucidez para a discussão da análise antitruste? Fundamentalmente isso envolve, como eu já disse, determinar os parâmetros importantes de mercado, quais sejam as elasticidades, que têm muitas características comportamentais na definição desses parâmetros, e usá-las como insumos e modelos computacionais quase, que trarão algum resultado. A questão é mostrar qual a melhor maneira de essa indústria competir. Está faltando o modelo de Cournot caso haja competição por preços nessa indústria. Mais importante, isso tem que ser aceito, tem que ser conhecido e aceito. Sobre isso tem que ter havido substancial debate de ambas as partes, então haverá material suficiente para fazer uma simulação. Estamos fazendo uma coisa radicalmente diferente? De um ponto de vista puramente analítico não. Nós fazemos, um técnico antitruste faz, em nossa cabeça, diversas simulações com vários insumos, sobre as condições de importação de determinada mercadoria, sobre as condições de acesso a mercado, e a partir dali tiramos uma conclusão. O problema aparece, e aparece com bastante força quando deixamos de ter acesso superficial. Precisamos saber quão intensivas são essas coisas, por exemplo, para compensar eventuais deficiências como bem apontou o Prof. Jorge Fagundes em sua primeira apresentação. O mais importante dessa história toda é que podemos perder muito mais tempo em

torno de questões técnicas - mas eu acredito que não seja o caso -, é termos consciência de quais são as vantagens e as limitações disso. Não devemos transformar essas questões numa panacéia técnica sem fim é possível - quem conhece econométrico, quem conhece modelos econômicos sabe que se pode transformar facilmente as coisas numa discussão infundável. É preciso trazer - acho que esse é o ponto mais importante da minha apresentação -, ao universo processual, ao universo de conhecimento dos agentes envolvidos em processo antitruste, quer seja numa análise de fusão, quer seja numa conduta. Então, o principal benefício é quantificar, é lançar luz sobre as questões que realmente importam no ato de concentração, numa conduta complexa, e que não se consegue resolver com instrumentos menos invasivos. Isso permite a comparação direta dos efeitos corretivos e reduções dos custos provenientes de uma fusão. Imposição explícita, eu acabei de mencionar, vou para as conclusões gerais da apresentação. Essa primeira que é lançar luz, esclarecer as hipóteses, trazê-las para dentro do universo processual e a principal questão: Por que não usamos intensivamente algumas dessas ferramentas? Nosso país é relativamente pobre de estatísticas públicas. Temos uma grande dificuldade em construir bancos de dados. Para fazer qualquer coisa quantitativa, o pressuposto básico mais fundamental e elementar disso é que tenhamos informações que nos permitam um certo grau de liberdade econométrica e estatística para calcular todas as coisas de que falamos. Mas sabemos o quanto é complicado obter informações dos clientes e das partes, principalmente quando não são auditadas por nenhum instituto independente.

Há algumas referências bibliográficas para quem queria estudar mais profundamente este assunto. Notem que a maioria dos artigos são desse grupo de economistas de DOJ?. há o uso dessas ferramentas em alguns casos importantes. Concluindo, a questão fundamental é trazer isso às Cortes. Como fazer com que isso venha fazer parte de um universo de conhecimento? É óbvio que uma das características fundamentais é não abusar do alfabeto grego e ter bastante cuidado na maneira de usar essas ferramentas. Sei que é um tema bastante árduo para quem não está acostumado com a linguagem de métodos quantitativos, mas também é uma ferramenta bastante útil na aplicação do direito antitruste. Obrigado.

SLIDE 1

TÉCNICAS DE ANÁLISE: ECONOMETRIA E SIMULAÇÃO

Luís Fernando Rigato Vasconcellos

SLIDE 2

Técnicas de Análise

1. Descrição básica
2. Aplicações:
 - Definição do mercado relevante
 - Previsão dos efeitos de uma fusão sobre a concorrência
3. Vantagens de sua utilização
4. Conclusões

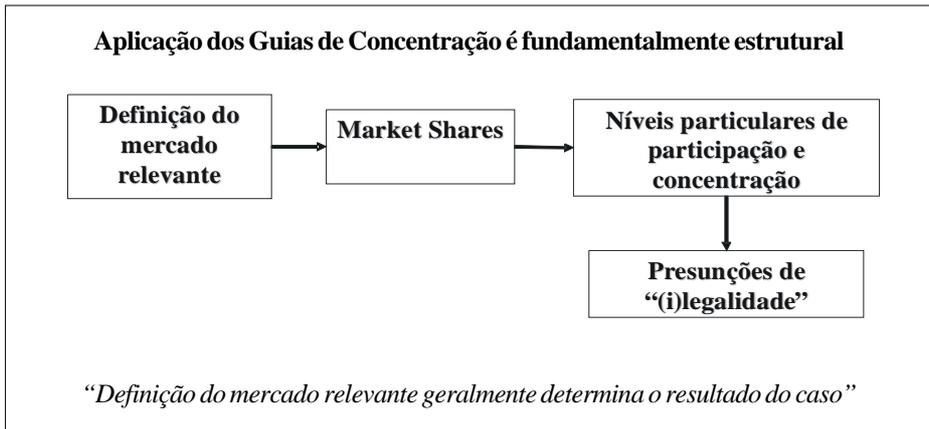
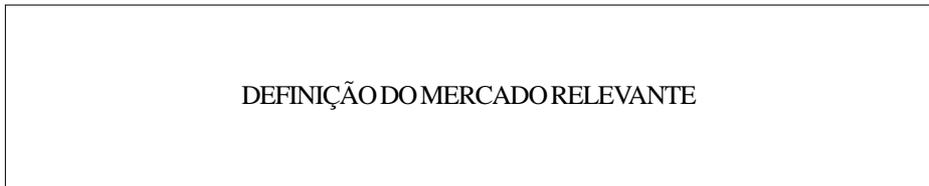
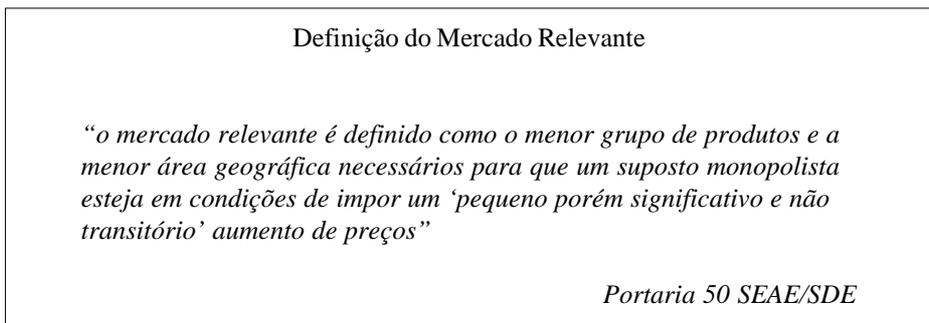
SLIDE 3

DESCRIÇÃO BÁSICA

SLIDE 4

Descrição Básica

- Alternativa e/ou complemento à análise estrutural
- Análise quantitativa por meio de modelos econômicos formais
- Aplicação dos desenvolvimentos teóricos provindos da Microeconomia e da Econometria

SLIDE 5**SLIDE 6****SLIDE 7**

SLIDE 8

Definição do Mercado Relevante

“o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer poder de mercado”

Portaria 50 SEAE/SDE

SLIDE 9

Definição do Mercado Relevante

- Mercado Relevante Geográfico
- Portaria SEAE/SDE n. 50: menor espaço econômico no qual uma empresa, de forma isolada - ou grupo de empresas, de forma coordenada - é capaz de exercer o poder de mercado

SLIDE 10

Definição do Mercado Relevante

Ou seja mercado relevante é um espaço econômico

- a) Grandeza espacial/geográfica*
- b) Grandeza social – indivíduos/consumidores*

SLIDE 11

Definição do Mercado Relevante

- Implementação efetiva do Teste do Monopolista Hipotético - TMH
- Utilização do modelo econômico de monopólio análise da curvatura da demanda, ou seja, de como a elasticidade da demanda varia com os preços

SLIDE 12**Definição do Mercado Relevante**

- Definição de uma forma funcional para a demanda (linear, log-linear, logit, AIDS, etc)
- Calibragem: o TMH é calibrado de modo que reflita a margem (preço-custo marginal) da indústria vigente antes da fusão

SLIDE 13**Definição do Mercado Relevante**

- Principais Vantagens:
- Introdução de maior objetividade à definição do mercado relevante;
- Hipóteses explícitas permitem a análise do ajuste do modelo à realidade do mercado;
- Maior precisão na delimitação do mercado relevante

SLIDE 14**Definição do Mercado Relevante**

a) Casos envolvendo indústrias de bem de consumo não duráveis

- Diferenciação de Produtos
- Conhecimento das características do produto focal e dos potenciais substitutos;
- Acesso mais bem definido às preferências dos consumidores;
- Conhecimento da curva de demanda

SLIDE 15

Definição do Mercado Relevante

b) Varejo e Distribuição

• Mercado relevante geográfico é tradicionalmente definido como circunferências;

- **Características regionais**
- **Transportes**
- **Infraestrutura viária e eixos de influência**

**Formatos não
convencionais**

SLIDE 16

SIMULAÇÃO DE FUSÕES

SLIDE 17

Simulação de Fusões

• Principais etapas da análise:

1. Determinação das elasticidades, que dependem da definição de uma forma funcional para a demanda

2. Utilização de tais parâmetros na previsão dos efeitos de uma fusão sobre os preços – simulação

SLIDE 18**Simulação de Fusões**

- Etapa 1: a obtenção dos parâmetros se dá por meio de ferramentas econométricas
- Etapa 2: Depende de três passos preliminares:
- Especificação do modelo que melhor descreve o mercado. Ex.:
- Modelo da Firma Dominante;
- Modelo de Bertrand para produtos diferenciados

SLIDE 19**Simulação de Fusões**

- Etapa 2:
- Calibragem do modelo: definição dos parâmetros necessários ao ajuste do modelo à realidade do mercado pré-fusão.
- Recuperação dos Custos Marginais: são calculados de forma a serem consistentes com o modelo

SLIDE 20**Simulação de Fusões**

- Principais Vantagens:
- Quantificação dos efeitos do exercício unilateral do poder de mercado
- Permite a comparação direta dos efeitos anticompetitivos e reduções de custo provenientes de uma fusão
- A imposição explícita de hipóteses permite a discussão objetiva acerca da validade do modelo.

SLIDE 21**CONCLUSÕES**

SLIDE 22

Conclusões

- A utilização de modelos econômicos oferece análises concretas e objetivas concernentes à definição do mercado relevante e dos efeitos de uma fusão
- Modelos econômicos dependem fundamentalmente das suas hipóteses, definidas explicitamente à conferem, assim, maior foco às discussões
- Métodos são dados-intensivos

SLIDE 23

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SLIDE 24

Referências Bibliográficas

- Werden, G.J., e Froeb, L.M 2002. “Calibrated Economic Models Add Focus, Accuracy, and Persuasiveness to Merger Analysis,” in *The Pros and Cons of Merger Control, The 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority*.
- Werden, G.J. (1997) “Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners’ Guide”, in J.A. Caswell e R.W. Cotterill (eds.), *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*. Storrs, Conn.: Food Marketing Policy Center.

SLIDE 25

- Werden, Gregory J. (2002) “*Market Delineation Algorithms Based on the Hypothetical Monopolist Paradigm*”, April 22
- Croke, Froeb, Tschanz e Werden “Properties of Computed Post Merger Equilibria” DRAFT;

José Inácio Gonzaga Franceschini: Em primeiro lugar, neste ambiente de economistas, eu desde logo declaro a minha absoluta ignorância. Eu não sei até por que até fui convidado para fazer comentários. O fato é que fico muito feliz que haja pessoas que se apresentam para debater estes temas e chegam a conclusões. Por outro lado, também reconheço o mérito da apresentação do Prof. Gesner, que ao menos conseguiu formular três questões. De minha parte, como não entendo do assunto, só tenho dúvidas e perplexidades, então não teria três questões. Eu prefiro não enumerá-las, porque tenho apenas 20 minutos.

A questão é que como advogado eu leio a lei, e o que diz a lei é que a coletividade é o titular do bem jurídico protegido. Assim, a primeira perplexidade que me vem à mente diante da metodologia e dos paradigmas utilizados na análise de atos de concentração é: Que diabos estamos fazendo? Será que estamos atendendo a esta realidade - realidade não -, a esta exigência legal de atentar para o interesse jurídico protegido da coletividade? Ou, ao contrário, estamos tornando esta disciplina uma disciplina hermética, onde há inúmeros e interessantíssimos estudos de enorme profundidade e complexidade que servem a inúmeros estudos complexos e que trazem apenas um interesse acadêmico? A questão é - quem se lembra do Williamson há de se recordar que o pequeno triângulo correspondente à zona morta é nada mais do que um pequeno triângulo. Alguém já teria feito um cálculo estatístico dizendo que esse pequeno triângulo corresponderia, nos Estados Unidos (há sempre uma jurisprudência externa - nunca ou pouca nacional), a 0,1% do Produto Interno Bruto dos Estados Unidos à época em que esse cálculo foi feito. E a questão que me traz dúvidas - e aliás quanto mais eu milito, já o faço à 31 anos, mais dúvidas eu tenho - é, se na relação custo-benefício, não estamos despendendo muito mais recursos públicos e recursos do Estado sem necessariamente estarmos atendendo ao interesse da coletividade, mesmo porque a grande maioria dos métodos e paradigmas se caracterizam por uma incerteza conceitual, dúvidas existenciais e que levam a análises laboratoriais e de mera ficção não necessariamente correspondentes a realidade. O que temos visto é que as decisões do CADE, na história da jurisprudência - aqui está um exemplo -, desde 1962, são logicamente perfeitas, seguem modelos muito bem estruturados acolhidos pela doutrina nacional e internacional, mas às vezes, eu diria que em quase todos os casos que conheço, têm um pequeno defeito: não têm ligação com a realidade fática ou empírica, e é esta a questão primordial que eu levanto.

O grande problema que esta dificuldade acarreta é que o Estado brasileiro, de Estado empresário que era - que, como sabemos, tentou em 1988, com a chamada Constituição Cidadã, transformar-se num Estado social -, pouco

a pouco, graças a uma pequena aversão que a cultura brasileira tem à livre concorrência, pode estar se transformando, inclusive pelos paradigmas utilizados em atos de concentração, em um Estado regulador da liberdade individual, o que certamente não é desejado pelo menos por alguns advogados como eu.

O fato é que esta tendência ao Estado regulador da liberdade individual que tende a restringir a liberdade individual resulta na criação de direitos *sui generis* de natureza restritiva desta liberdade individual. Esquecendo-se de que o fundamento, a definição do direito da concorrência é uma disciplina das relações de mercado - as leis de mercado têm a sua soberania -, as leis de mercado é que não de ser protegidas e as relações de mercado entre os agentes econômicos, não entre o Estado e os agentes econômicos, mas entre os agentes econômicos e o consumidor. Nós como advogados, lemos em primeiro lugar a Constituição Federal. E o que diz a Constituição Federal? Será que no art. 1º da Constituição Federal há a primazia da intervenção do Estado na economia ou, ao contrário, o art. 1º da Constituição Federal diz que é fundamento da República Federativa do Brasil a livre iniciativa. Não diz que há a intervenção do Estado na economia - a intervenção do Estado na economia está lá um pouquinho mais abaixo, 173 longos artigos abaixo, para dizer que o Estado tem entre suas funções perspicuas a fiscalização, o incentivo e o planejamento. Daí o princípio jurídico de que a intervenção do Estado há de ser minimalista e de preferência consistente com as realidades de mercado, embora às vezes me parece que haja um certo distanciamento. O fruto disto é aquilo, decorrente de uma qualificação jurídica, de uma taxionomia que resulta da aplicação de uma escola intervencionista ou estatista no direito da concorrência, pelo qual o direito da concorrência passou a ser uma regulação jurídica do intervencionismo estatal no mercado, com feições ora administrativas, ora econômicas, conforme o interesse do aplicador da lei. E o resultado é uma priorização de políticas de desempenho com preocupação muito maior com os efeitos das anomalias de mercado em detrimento da análise das causas destas mesmas anomalias e em detrimento, portanto, de políticas estruturais. Há uma fantasia, no meu modo de ver, de que o CADE exerce um poder de polícia. Efetivamente não há na Constituição nenhuma idéia de controle da economia, nem as características de poder de polícia estão presentes nas decisões do CADE, pois faltam-lhes os requisitos fundamentais de coercibilidade, de discricionariedade, de auto-executoriedade. Há na realidade este chamado poder de polícia na forma de cobrança de modestas taxas processuais, ou seja, paga-se para fazer negócios no Brasil, conforme estabelecido na Constituição Federal, o que deveria, na verdade, ser um direito. Há uma preocupação, portanto, de que esta linha de pensamento, que tem sua origem no intervencionismo estatal, oriundo desde a carta de 1967, passe a refletir muito mais uma política - o direito da concorrência -, muito mais uma política industrial,

uma política econômica do Estado, ou seja, há uma transferência da titularidade do bem jurídico protegido da coletividade para o Estado, ou seja, como o Estado vê pelas políticas industriais econômicas do momento, e ideologicamente assim definidas, a aplicação do conceito da concorrência. Não me parece que isto seja o que a lei prevê ou o que a Constituição sugere.

Haveria nesta metodologia de análise de atos de concentração - ao menos me parece-, quem sabe, um erro de paradigma. Qual é a metodologia? Baseada no trinômio estrutura-conduta-desempenho, esta metodologia parece levar a uma visão um tanto quanto maniqueísta de luta entre o bem e o mal na política de concorrência, e acaba resultando num comprometimento de inovações e investimentos. Nós sabemos, dentro das três caixinhas que são mencionadas, que primeiro se analisa a estrutura do mercado, depois se determina a parcela obviamente de participação dos *players* desse mercado, examina-se a partir daí a probabilidade de exercício unilateral coordenado de poder de mercado, passando-se à fase final de análise das eficiências geradas, e aí se faz uma conta de chegar matemática ou aritméticas vezes na relação custo-benefício. Mas a questão é qual a legitimidade que se confere a uma metodologia rígida, enquanto a realidade é dinâmica, com pressupostos tão cheios de incertezas e insegurança? Com que legitimidade se afronta um direito tão claro e tão preciso que é o da livre concorrência? O que significa a necessidade absoluta de ter cautelas extremas na aplicação dessa metodologia e paradigmas e não tomá-los como verdades ou como certezas absolutas para a realização de um mal para a coletividade, gerando custos sociais ao invés de benefícios. E as incertezas são óbvias. Por exemplo, na parte de estrutura de mercado, parte-se de uma definição de mercado relevante com base no chamado “teste do monopolista hipotético”. No Brasil se dá preferência à definição do mercado pelo lado da demanda. A leitura, para quem não é economista, da definição do teste monopolista hipotético é de que parece muito mais uma definição de mercado pelo lado da oferta em vez de o ser pelo lado da demanda. Então, ao pretender, com um teste que pela leitura seria mais pelo lado da oferta, definir o mercado pelo lado da demanda, começa já aí um pequeno problema. Ato contínuo, define-se a estrutura do mercado e usa-se com grande frequência o índice HHI, que foi criado por dois cavalheiros, **Herfindahl e Hirshman**, que com estes nomes presume-se que não sejam aqui nascidos e que fizeram seus testes tempo atrás num país chamado Estados Unidos, que se pretende tenha a mesma estrutura e a mesma dinâmica que o mercado brasileiro. Então, aplica-se esse mesmo teste aqui no Brasil para definir se o mercado é ou não, ou passou a ser, competitivo ou, ao contrário, se passou a ser concentrado. Eu me recordo de um Seminário em Campos do Jordão, em que um colega, um brilhante advogado, o Dr. Pedro Dutra, disse:

“Não se deve usar o HHI”. E a resposta que foi dada no seminário foi: “Mas isso é apenas uma informação”. Mas uma informação que não tem que ver com o Brasil, com a realidade da estrutura de mercado brasileiro. Serve para que, então? Mas, ao contrário, o que se vê em muitas decisões é que esse famoso HHI, - contra o qual não tenho nada -, simplesmente por não servir, não deveria nem ser usado, e muito menos usado como razão de decidir na definição de estruturas de mercado neste país tropical. Aí vem a lei e diz que 20% do mercado representa uma posição de domínio de mercado. Eu acho engraçadíssimo - obviamente também se sabe que estes 20% são fruto de estudos realizados em outro país mais ao norte, de acordo com as estruturas de mercado ali existentes e também curiosamente não se aplicam aqui ao Brasil -, e eu sempre me pergunto qual a situação interessante de domínio de mercado naquele mercado concentrado de três empresas, onde duas tem 40% e a coitada de 20% tem domínio do mercado. Passa-se então a ter dificuldades de análise na definição de mercado.

Passa-se em seguida ao um exame das eficiências geradas pelos atos e eu vejo que há métodos ou modelos econométricos para definir ou quantificar eficiências. Eu me pergunto: Já que se sabe - e não é de hoje - que as eficiências, sejam as inovativas, sejam as produtivas, sejam alocativas, não são mensuráveis: Como fazer testes estatísticos de algo não-mensurável e com isso se interfere na liberdade de iniciativa das empresas? O resultado desta análise, que mais se aproxima de uma ficção do que de uma realidade, pode ser o condicionamento de atos de concentração e na exigência de termos de compromisso de desempenho, que assim seriam definidos: cláusulas factíveis e objetivas limitadas pela finalidade de alcance da eficiência e da preservação dos níveis de concorrência no mercado relevante. Confesso que não conheço um só termo de compromisso de desempenho que tenha cláusulas objetivas, limitadas a esta finalidade de eficiências. Em geral não acarretam ou são nulas ou são até em detrimento do próprio mercado, e muito menos têm alcançado, pelo menos na minha visão empírica, a preservação dos níveis de concorrência no mercado. O que significa que o paradigma que está sendo utilizado hoje e a que se acrescenta agora a análise econométrica, traz uma dicotomia, uma disputa entre uma racionalidade formal-econômica, e o bem-estar social. A pergunta é: Será que estamos cumprindo o nosso papel ou estamos apenas fazendo-o formalmente e ao custo da própria sociedade? O importante, me parece, é compatibilizar uma política de incentivos de investimentos, levando sempre em conta aquela dignidade que é constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa.

Por que esse paradigma é fundamentalmente questionável? Porque ele é estático, contrariamente à realidade de mercado. Parte, por exemplo, de

uma premissa estrutura-conduta e desempenho, um determinando o outro, e a estrutura em si mesma é predeterminada por elementos exógenos objetivos de oferta e de demanda. Portanto, a estrutura não é uma criação humana, é uma geração de somatória de dados que resulta numa estrutura, seja pela somatória de conjuntos de produção, pelo lado da oferta, seja pelas estruturas de preferência, pelo lado da demanda. E resulta numa estrutura de mercado que é assim conceituada objetivamente (não há possibilidade de alterações), que por sua vez determinam a conduta do agente neste mercado. E a conduta do agente é necessariamente aquela decorrente da estrutura de mercado e que, portanto, resultará num desempenho deste mesmo agente no mercado. Será que isso é real? Também não me parece. Há algo que me parece óbvio: o esquecimento de que a realidade resulta numa retroaplicação destes ícones, afetando os diversos ícones a eles precedentes. Por exemplo, a inovação que essa estrutura, que esse paradigma desconsidera, gera por si só, por via de uma conduta de mercado, a criação de novas estruturas. Por exemplo, quem não se lembra da famosa IBM, que é ícone da informática, há alguns anos? Quem é que imaginaria que esta estrutura concentrada pelo poder de fogo da IBM pudesse ser um dia contestada? Eis que de repente surge um fulaninho que constitui uma pequena empresa chamada Microsoft. Aqui não foi a estrutura que gerou uma conduta, foi a conduta, a inovação que veio gerar a estrutura. Ao mesmo tempo, por exemplo, pode-se citar - é o caso mais óbvio - o Viagra. O Viagra, que foi estudado para tratamento de hipertensão criou um mercado, de hoje, que eu chamaria de hipertensivos. Mas o fato é que gerou também um novo mercado através da inovação e da conduta daqueles que operaram a arte destrutiva da criação. Por exemplo, no ramo de laticínios - que era arcaico, obsoleto, estava parado no tempo no Brasil -, eis que de repente surgiu uma empresa que hoje está com algumas dificuldades chamada Parmalat, que revolucionou a administração via conduta de mercado, gerando uma nova realidade estrutural nesse mercado.

O problema maior é que esta análise ficcional, esta análise laboratorial dos atos de concentração parte de uma presunção que não está na lei, que é a presunção de ilegitimidade dos atos de concentração. É preciso ver se esses atos “podem” ser aprovados. Não é isto que diz a lei. A lei trata os atos de concentração a partir de um elemento de legitimidade e não de ilegitimidade. E onde está isso? No art. 1º da Constituição Federal, fundamento da República Federativa do Brasil, que diz que a livre iniciativa é fundamental. Portanto, ao contrário de se saber: Será que eu posso aprovar um ato de concentração? O que se deve saber é: Por que eu negaria um ato de concentração? Foi mencionado neste seminário que há requisitos legais baseados em exigência de eficiências e outros, que se houver meios mais favoráveis de obter esta ou aquela eficiência,

quem sabe o ato de concentração precise ser rejeitado ou eventualmente condicionado. É exatamente o oposto, segundo a presunção de legitimidade. Não cabe ao Estado dizer para o empresário qual a eficiência e o método que ele deve usar. Se houver um resultado anticoncorrencial, sim, ele pode agir nos estritos termos da lei. Ao contrário do que se deduz da leitura literal do parágrafo que estou mencionando, do art. 54, estando presentes aqueles requisitos, que não são condições de autorização, são circunstâncias mediante as quais o Estado não pode deixar de aprovar aquele ato de concentração, não se confere ao Estado o direito de intervir onde o princípio maior é o da própria livre iniciativa e livre concorrência. E, para concluir, já que se falou de econometria, farei uma comparação do modelo econométrico com o que no passado se chamou de justiça tarifária. Em matéria jurídica eu me recordo, se não me falha a memória, que em meados do século passado se tentou fazer, principalmente na Bolívia, no Código Penal boliviano, que os juízes não precisassem pensar: haveria modelos matemáticos, fórmulas, pelas quais o pobre coitado do réu, uma vez condenado, teria seus dados seriam colocados numa prancheta e dali sairia a decisão, sem qualquer elemento de subjetividade por parte do julgador. Ora, o julgador é treinado para julgar com base num elemento essencial que se chama humanidade. Ele parte da lei. Se a lei é omissa, ele julga com base em mecanismos alternativos, de analogia dos precedentes, dos princípios gerais do direito etc. Se continuar sendo omissa, ele parte para aquilo que é mais caro a cada um de nós, pelo menos geneticamente, que são as máximas de experiência humana e com isto julga o caso conforme a realidade fática que se apresenta. Por isso me causa uma certa preocupação o fato de que temos no CADE uma Resolução 36, que trata de elementos objetivos da dosimetria da pena, do cálculo da pena, como se aquele elemento humano fosse desnecessário. E aqui eu teço um elogio a quem naquela sessão se tornou meu verdadeiro herói, o Conselheiro Prado, numa decisão em que se estabelecia, se discutia o valor da pena a ser imposta a uma determinada empresa, e alguém questionou dizendo assim: “Mas isto está em desacordo com a Resolução 36”. Isso que se questionou era se a Resolução 36 retroagia ou não ao fato concreto. Eis que o Conselheiro Prado diz assim: “Mas este valor é aquele que eu considero justo”. Este é o componente necessário: a humanização da aplicação do direito, porque a coletividade é feita por indivíduos, não é feita por seres extraterrenos ou estranhos a nossa formação genética. O que acontece com a econometria é que a preocupação traz correspondência ao que eu chamei de justiça tarifária, as preocupações que a justiça tarifária gerariam num advogado. A grande preocupação é que, a exemplo daqueles instrumentos que foram utilizados, isto é, o índice HHI, os 20% e outros métodos, que aliás não são originários do Brasil e não tem base nesta realidade, eles acabem se transfor-

mando de instrumentos em *razão* de decidir, em *solução* do caso concreto. Um único elemento passa, então, a ser o mais importante, mesmo porque a sua linguagem é tão hermética que, quem sabe, nem todos os Conselheiros do CADE irão entendê-lo porque apenas iniciados, por exemplo, têm acesso à discussão de um cálculo econométrico. E, aliás, é curiosa essa dicotomia, porque a ciência estatística é, pelo que sei, uma das ciências mais modestas, porque parte da dúvida, do questionamento - ela própria se define como imprecisa -, e o jogo econométrico passa a ser uma discussão de inclusão ou exclusão de variáveis, onde se fazem testes de simulação e se chega eventualmente a erros do tipo 1 e do tipo 2, quem sabe praticando o que eu chamo de erro tipo 3: qual o resultado, qual a disciplina jurídica para a solução de conflitos em caso de dúvida? Não é a imposição de condições, é o próprio negócio, é *odiosa restringendo*. Nós gostamos dessas coisas, ou seja, se a norma é restritiva de direitos individuais, deve ser interpretada o mais reestruturadamente possível e não o mais intervencionistamente possível.

Estas são as preocupações que me afligem, ou seja, em que medida todo esse instrumental tão carregado de dúvidas tem legitimidade para afrontar o direito constitucional e a certeza que a Constituição nos dá de que a livre iniciativa deve prevalecer. Muito obrigado.

DEBATE

Pedro Zanotta: Nós temos agora tempo para perguntas e eu pediria à vocês, já que o Seminário está sendo gravado para fins de transcrição depois, que quem fizer uma pergunta use o microfone e se apresente - nome, escritório, empresa e a quem está dirigindo a pergunta. Passo ao Dr. Pedro Dutra, que foi citado e tem direito de resposta.

Pedro Dutra: Boa tarde a todos. Eu quero esclarecer e agradecer a citação de meu colega Franceschini e situá-la. Ela se deu num Seminário em Campos do Jordão, de gratíssima memória para mim, num pequeno e sempre ilustrativo debate com a então Profa. Farina. O que eu disse de fato foi isso: que era preciso ter cuidado na aplicação de um índice que foi formulado a partir de uma realidade que não é a nossa. A professora disse: “De fato, mas ele, pela sua metodologia, é um índice que pode nos trazer alguns elementos de informação para acertação do fato, da causa,. Por isso é que vamos usá-lo com as cautelas devidas”. Mas eu subscrevo pelo menos em parte, em parte mesmo, a ratia do Dr. Franceschini contra alguns excessos dessa análise econômica, que eu considero mais positiva do que negativa. É preciso debater isso melhor. Mas a razão da minha observação não era essa, eu quero registrar aqui o meu contentamento

especial com a palestra da presidente do CADE, a Profa. Farina. Há menos de seis meses no cargo, não veio nos ensinar Direito da Concorrência, muito menos Economia ou Econometria, dando uma extrema e saudável demonstração e um grande exemplo a todos nós de funcionária pública. Ela já veio prestar contas, veio dizer o que está fazendo, o que pretende fazer, e dizendo como vai mostrar isso à comunidade, aos cidadãos, ou seja, ela está prestando contas ao contribuinte que a paga tão mal mas sabe de sua dedicação. Isso é extremamente relevante. Isto marca, afirma - eu creio -, uma nova tendência que não começou evidentemente com a professora, estão aí o ex-presidente Gesner como prova, e outras autoridades, mas que de agora em diante deve ser um fator essencial no debate e no aperfeiçoamento do Direito da Concorrência, que é esta publicidade e este compromisso de todos os funcionários de prestar contas sempre o mais breve e o mais amplamente possível. Ou seja, a estatística tem o seu papel e ela deve ser posta à disposição do contribuinte. Muito obrigado.

Pedro Zanotta: Mais alguma pergunta, Dr. Pietro?

Dr. Pietro: Dirigida ao Fagundes. Nós sabemos que ultimamente o Tribunal da Comunidade Européia reverteu várias decisões da Comissão Européia da Concorrência, na época do Monte, e houve críticas ferinas atacando exatamente aquilo que foi considerado como fundamentação meramente hipotética daqueles que seriam os riscos para uma série de eventos de fusões e tudo o mais. Ou seja, o que parece é que na base de tudo isso estaria a escolha de um famoso modelo paramétrico errado para poder fazer estas avaliações. Nesse sentido, e querendo buscar um apoio moral sobre o que foi dito hoje sobre a possibilidade de que a econometria poderia fornecer instrumentos para nos dar maior garantia, eu perguntaria: Quando poderemos chegar a ter esse tipo de garantia e de sossego profissional de podermos ter e confiar nas decisões do CADE de maneira que não estejam baseadas na escolha eventual de um modelo, mas que isso possa ser superado através dessas fórmulas que a econometria estaria produzindo?

Jorge Fagundes: Eu queria fazer um comentário em relação à Europa. O que vemos hoje em dia na Europa é justamente o fortalecimento da área de análise econômica por parte do DG-4. Na verdade, parte dessas críticas que foram feitas sobre certas decisões do DG-4 está justamente apoiada na ausência de uma análise econômica um pouco mais profunda. Dito isso, eu queria falar um pouquinho sobre econometria e simulações, do ponto de vista mais epistemológico. O mundo é complexo, e entender a realidade e atuar sobre ela é uma tarefa difícil, não só na área de defesa da concorrência, mas em inúmeras áreas. Sendo assim, o melhor que podemos fazer é procurar nos cercar de fundamentações um pouco

mais científicas, de teorias um pouco mais aceitas, reduzindo o nosso grau de incerteza e desconhecimento a respeito do mundo, e aprender a conviver com isso. Aliás, não é à toa que o CADE é um órgão judicante: há um elemento subjetivo na tomada de decisão, mas o melhor que podemos fazer, novamente, é utilizarmos as melhores informações e técnicas disponíveis para reduzir o grau de incerteza. Qual é, então, a alternativa? Jogar dados? Qual é a alternativa, como é que você entende o mundo, formula opiniões sobre esse mundo e toma uma decisão em relação a esse mundo? Através das melhores técnicas de informações disponíveis. No caso do Direito Econômico, a economia fornece uma série de instrumentos que estão em constante aperfeiçoamento, e à medida em que esses instrumentos vão se aperfeiçoando, passam a ser incorporados aos processos de decisão dos órgãos de Defesa da Concorrência, nas mais diversas jurisdições. No entanto - repito - é importante aprender a conviver com a incerteza inerente a esse processo de tomada de decisão, não só na área antitruste, mas nas mais diversas áreas. Se estivéssemos discutindo, por exemplo, Direito Ambiental, e se determinado projeto prejudica ou não o ambiente de uma certa região, eu tenho certeza que também existiriam diversas teorias, diversas possibilidades de interpretar os impactos ambientais, cada uma condizente com uma certa visão ou teoria a respeito do meio ambiente. E há um juiz que vai ter que analisar os diversos argumentos pró e contra, as diversas teorias e tomar uma decisão - na minha opinião - com base na melhor informação disponível e nas melhores teorias, tais como são aceitas no *mainstream*, ou seja, no meio onde são formuladas. Então, existem teorias já aceitas e relativamente incorporadas e algumas inovações que paulatinamente vão sendo absorvidas pelo mundo acadêmico com implicações sobre a realidade.

Eu não sei se estou respondendo à sua pergunta. O ponto é: Quando discutimos o papel da econometria, dos métodos quantitativos de uma forma mais geral, e das simulações, creio que a primeira recomendação que todo economista faz é o cuidado que deve ser tomado no emprego desses métodos, porque tais métodos estão sujeitos, como quaisquer outros, a algum tipo de incerteza e imprecisão. Dito isto, quer dizer, conhecendo bem quais os erros que podem ser cometidos e a natureza desses instrumentos, conhecendo, portanto, os riscos associados ao uso desses instrumentos, é lógico que eles se tornam úteis, porque - como disse o Luiz - lançam luz sobre esses problemas que estamos estudando. Eu acho que fora dessa possibilidade o que há é escuridão, é jogo de dados, é um debate estéril, muitas vezes ilógico e irracional, baseado em pressupostos não explicitados. Assim, esses instrumentos, quando usados com a devida cautela, só ajudam no processo de tomada de decisão, aumentando inclusive a segurança jurídica em relação aos procedimentos e elementos utilizados na tomada de decisão por parte dos órgãos antitruste.

Pedro Zanotta: Pergunta lá no fundo, por favor. Por favor, nome para gravação e para quem é a pergunta.

Manuel Del Pino (Buenos Aires): Tenho uma pergunta dirigida ao Jorge Fagundes que está vinculada à validade dos informes econométricos frente às situações de crises econômicas, e como se faz para que aquele informe econômico possa contemplar uma crise econômica, por exemplo, uma desvalorização, onde há uma distorção dos preços relativos de, por exemplo, 100%? Pergunto isso porque na Argentina, recentemente, tivemos uma desvalorização muito forte e a autoridade de defesa da competência na Argentina acaba de recusar um informe econométrico apresentado num ato de concentração muito importante, onde justamente se justificou no ato que aquele informe econométrico não conseguira levar em conta a diferença ou a modificação havida nos preços relativos nos últimos três anos devido à desvalorização.

Jorge Fagundes: Para falar a verdade, não sei se entendi bem, é a questão sobre econometria e inovação?

(?): Econometria e desvalorização.

Jorge Fagundes: Desvalorização! Sim, eu não sei se com isso você quer remeter à questão de que, quando utilizamos instrumentos econométricos, de certa forma estamos buscando em dados e ocorrências no passado, algum guia para o futuro. Eu acho que de alguma forma a sua pergunta se relaciona um pouco com a feita pelo Dr. Pietro, ou seja, existe um grau de incerteza associado ao mundo e ele não é eliminável. O melhor que o analista pode fazer é tentar através das melhores técnicas inferir alguma coisa a respeito dessa realidade, com as devidas cautelas. Mas eventos imprevisíveis são como o próprio nome diz, imprevisíveis e, portanto, não podem ser antecipadamente incorporados a nenhum tipo de trabalho econométrico ou modelo de simulação, e precisamos – repito – conviver com esse tipo de incerteza. Eu não diria que isso é uma deficiência, mas é uma característica da realidade não eliminável através de instrumentos econômicos.

Elizabeth Farina: Eu gostaria de completar. Acho que esse realmente é um desafio que nós enfrentamos nas economias em transição - o Gesner tocou nesse assunto -, especialmente as nossas, que vieram de períodos de muita volatilidade do valor da moeda. Então, certamente, a manipulação dos dados, a informação, o tipo de informação e o que ela está refletindo no momento é muito importante, têm que ser avaliados corretamente. Uma preocupação que temos no CADE hoje não é sair fazendo as simulações etc. Inclusive a Secretaria de Direito Econômico tem-se equipado nesse aspecto, já que é lá que se faz a instrução. Este semestre, por exemplo, nós fizemos um curso para os técnicos

que acabaram de entrar no CADE, um curso ainda introdutório que vai ser entendido e aprofundado, mas onde pusemos advogados e economistas para terem aulas de econometria, simulação, direito administrativo, direito civil e a parte conceitual de organização industrial, exatamente para poder fazer a pergunta correta quando uma parte, um advogado ou um economista, vai apresentar um estudo ao CADE. Ou seja, o que está por trás? Qual é o pressuposto etc.? Essas questões que o Dr. Jorge Fagundes colocou. Creio que é da maior relevância isso que você está levantando para economias como a brasileira e a argentina, e não é à toa que a maior parte dos estudos que usamos aqui tenham sido feitos a partir de 1994, pois antes o preço relativo, ou seja, o significado da evolução daquele preço relativo, era alguma coisa um pouco fluida. Então acho que é uma preocupação muito genuína.

Tércio (funcionário do CADE): Gostaria de fazer uma pergunta para o Dr. Franceschini. Eu também sou formado em Direito e, como acredito que grande parte dos advogados têm certa dificuldade para entender alguns estudos em economia, eu gostaria de fazer um parâmetro com o Direito, pois entendo que o Direito comparado serve não para a gente ver que uma lei é aplicada num outro país e aplicá-la no nosso, mas sim para entender o próprio Direito em si. Então, o que eu gostaria de perguntar para o senhor é, *in casu*, se todos os objetivos econométricos também não seriam interessantes para entender a nossa estrutura de mercado? O que é que o senhor pensa? O senhor nega esses estudos de fora para servir de embasamento para decisões aqui ou o senhor acredita também que eles são importantes para a formulação de uma estrutura nossa, do nosso mercado, e que podem ser utilizados para a análise dos atos e condutas?

José Inácio Franceschini: Bom, muito obrigado pela pergunta. Enquanto mero instrumento entre tantos outros é, eu diria, interessante, mas não acho que seja assim tão vital. O grande problema que eu vejo na aplicação do método estatístico econométrico é em primeiro lugar a transformação, como eu disse, de um método que deveria ser uma ferramenta em uma razão de decidir, isso muito mais preocupante na medida em que se constata, em primeiro lugar, uma possibilidade mais do que concreta de quem realiza esses testes estar buscando uma demonstração matemática de uma decisão que ele *já* tomou em sua maior parte, ou seja, a postura do analista em geral é predeterminada por ele mesmo. Então, ele irá buscar variáveis econométricas, projeções e simulações para chegar a uma conclusão que ele já determinou. O segundo problema é o que eu chamaria de matematização do Direito da Concorrência, ou seja, a preocupação de que haja uma prevalência de uma metodologia rígida em prejuízo de uma análise lógico-dedutiva que é fundamental para a deliberação de algo tão

importante quanto a realização de um princípio constitucional. Então, que é um instrumento não há dúvida, mas sobre a validade desse instrumento é que é preciso ter cautela. Não é um instrumento que decide, é de se perquirir se ele já não é uma predisposição a algo pré-definido, ou seja, em fórmulas matemáticas, e qual o prejuízo para uma função de julgamento que resulta da aplicação de uma metodologia lógico-dedutiva. Ou seja, a minha preocupação é de que a análise econométrica não seja no campo do Direito da Concorrência a substituição de uma ciência humana, que é a ciência econômica, por uma ciência exata. Quando tratamos de realidades de mercado, onde a conotação humana é muito mais importante do que fórmulas eventualmente laboratoriais. É um instrumento curioso, mas cuja eficácia precisamos questionar seriamente. Além disso, precisamos ter uma preocupação séria quanto à sua aplicação e cautela na aplicação de projeções, de simulações, quando o princípio é a liberdade de mercado.

Marcus Vinícius de Campos (IBRAC): Eu gostaria de fazer uma pergunta para a Profa. Elizabeth e para o Dr. Franceschini. É claro que se os modelos econômicos tentam descrever simplificada a realidade, e têm grande utilidade para explicar o mundo do ser, a lei, a Constituição, o sistema jurídico impõem valores no mundo do dever ser. Obviamente que é difícil para os conselheiros do CADE, ao interpretarem qualquer fusão, compatibilizar aqueles critérios objetivos que estão na lei, como por exemplo repartir os benefícios de uma fusão entre os consumidores e os requerentes, não eliminar a parte substantiva do mercado etc., com valores que a sociedade brasileira impõe como um dever ser. E os modelos nos explicam como a realidade provavelmente é, obviamente não com caráter prescritivo. Quando usamos modelos para prescrever uma forma de ver a realidade, um valor de sociedade, é evidente que - como o Prof. Franceschini acabou de falar - eles explicitam uma opção para justificar uma decisão que eu tomei. Parece-me que o uso da economia no CADE e no direito em geral é uma grande conquista da racionalidade econômica, mas que não está explicitando muito bem que tipo de sociedade queremos ter, que tipo de objetivos a nossa lei quer aplicar. Talvez os conselheiros estejam buscando um bom conforto para legitimar suas decisões, já que é difícil tomar decisões num país onde o governo não diz o que quer com a lei, não explicita quais os objetivos que nós queremos com a política de concorrência. A falta dessa explicitação evidentemente nos leva a olhar a Constituição e tentar encontrar nela esses objetivos que o governo não nos diz. Eu queria que vocês comentassem um pouquinho isso.

Elizabeth Farina: Bem, o que queria dizer primeiramente é que a livre iniciativa nem sempre leva à livre concorrência. Existem várias iniciativas que são livres, porém que são restritivas da concorrência. Então, não se pode confundir as

duas coisas. O segundo ponto é que acho que houve um aprendizado muito grande nos últimos dez anos tanto dos advogados quanto dos economistas na sua interface, mas quando o uso de modelos formalizados cresce, acho que cria um desconforto maior entre as duas profissões, porque conhecemos menos esse lado. Todos nós usamos modelos mentais para analisar questões humanas - não extraterrenas, mas humanas - modelos mentais. E esses modelos mentais de alguma maneira envolvem a lógica. Eu acho que a formalização matemática, a matemática, é uma ciência formal, não é uma ciência empírica. Ela reflete – retomando o que o Fagundes falou - ela explicita muito as regras lógicas que você está utilizando nos seus modelos mentais e daí fica óbvio, aparece com mais clareza, muitas vezes, que o seu modelo mental não é um modelo mental, mas nem sempre isso está claramente explicitado. Isso significa que o desconforto com relação aos modelos e à maneira pela qual se descreve a economia só pode ocorrer porque ele ficou explicitado por pressupostos claros, quer dizer, matemáticos. O modelo formalizado não é a teoria econômica, é um pedaço da teoria econômica, uma maneira de mostrar a teoria econômica, mas é um instrumento importante porque é sintético e explicita coisas que nos nossos modelos mentais não ficam às vezes tão claros. Acho que precisamos ter acima de tudo bom senso para usar as coisas, então, fica claro que um modelo de simulação não vai dizer estritamente qual é a segunda casa depois da vírgula que você tem que aplicar, o que seria um absurdo - qualquer bom economista e qualquer advogado creio que percebe isso no uso desses modelos: o importante é como você os usa. Se esses modelos são criados e se vão se adequar ou não ao modelo brasileiro, eu acho que é uma arte que é preciso ter que interpretar e de escolher esses modelos, que nem sempre estão disponíveis, porque, por exemplo os modelos de simulação têm muito mais incertezas do que parece, Franceschini, não só as que você mencionou, mas outras, por exemplo como é que se chega ao equilíbrio. Você tem que adotar uma coisa - tem um nome, eu adoro, é bom para usar esses nomes e tal - uma otimização não linear. Bom, isso depende do pacote matemático que você usa do *software*. Isso pode ter resultados diferentes. Dependendo do ponto em que você inicia o processo de otimização, pode ter outro resultado, então você vai dizer: “Bom, então não vou usar nada disso, vou jogar fora”. Não, absolutamente. O que precisamos aprender, é lógico, com assessorias, é a usar aquilo, explicitá-lo e ver como é que podemos nos informar melhor com esse tipo de resultado. Assim, entendo que essa discussão é riquíssima aqui dentro do IBRAC. Acho que foi uma idéia muito feliz abordar essas coisas, porque de fato é a prática. O Dr. Daniel Goldberg teve a iniciativa importante de montar um grupo de estudo desse tipo de trabalho dentro da Secretaria que atenua muito o problema que o Dr. Franceschini abordou: “Bom, eu já tenho uma conclusão na minha cabeça, então vou formalizá-la, escolher o modelo mais adequado, usando a

econometria combinada com o modelo matemático de simulação que demonstra o meu resultado”. Bom, isso é verdade? Então, o advogado de uma parte vai contratar um economista junto com um econometrista, e o da outra parte outro economista e outro econometrista. O que é preciso é dotar o sistema - que nessa altura do campeonato eu espero que tenha neutralidade em relação aos dois lados, porque não está defendendo ninguém a não ser a coletividade - de capacitação para tratar e usar isso adequadamente. Agora, notem o seguinte, isso não é uma Jaboticaba, nós não estamos falando só do Brasil. Se verificarmos as estatísticas internacionais, os casos que chegam a detalhes dessa natureza, a essa discussão e a toda essa formalização são menos de 1% nos Estados Unidos. São menos de 1% que tem algum tipo de resultado negativo e o nosso também vai ser. Então é muito criterioso mesmo. Eu até tinha uma pergunta para o Dr. Gesner, porque ele diz: “Olha, esses modelos são bons para a gente fazer uma discriminação”. E aí a dificuldade é só se você tiver os dados já disponíveis para que você possa fazer uma simulação rápida e dizer: Ih! Isso aqui, qualquer coisa que der na elasticidade, etc. não vai dar nenhum problema. Então eu aproveito para fazer esse gancho para você elaborar um pouco melhor a sua idéia, que eu talvez não tenha captado totalmente. Acho que este é um tema em que teremos que avançar e acho muito bom que tenha sido trazido para o IBRAC este ano.

José Inácio Franceschini: Bom, primeiramente, eu gostaria de deixar claro que a ciência econômica tem muito a colaborar - como tem colaborado - com a evolução do Direito da Concorrência. Não é essa a questão. A questão é: Qual o propósito de métodos matemáticos estatísticos que são ou não são empregados para a decisão de um caso, e qual o valor que se atribui a isto. Veja que a ciência econômica e a ciência jurídica do Direito da Concorrência têm embates conceituais muito interessantes, como, por exemplo, quando a presidente Farina diz: “A livre iniciativa nem sempre leva à livre concorrência”. Mas o que diz a Constituição é o inverso: a livre iniciativa é um instrumento da livre concorrência, aliás a livre concorrência é um instrumento da livre iniciativa e não o inverso. Então, outra questão interessante, conceitualmente falando - e portanto é preciso ter cuidado sobre como se usam esses instrumentos -, por exemplo, é que se parte do princípio, que também foi mencionado no Seminário, de que o mercado concentrado resulta numa presunção de ilegitimidade de atos de concentração. Não é o que a Constituição diz: independentemente dos níveis de concentração de mercado, a presunção é de legitimidade, vamos estudar se é o caso ou não de haver uma interferência nesse mercado, mas o conceito é exatamente o oposto. Ou seja, como eu disse na análise do teste de hipóteses, estes são casos concretos. Então há erros tipo I, erros tipo II, e será que eu

posso aprovar uma operação que, eventualmente, quem sabe, não sei, vai causar algum mal à concorrência ou, ao contrário, será que vamos negar e, quem sabe em hipótese, não sei se tenho certeza, uma operação que seria eventualmente em favor da concorrência? Então, como eu não sei, eu fico no meio salomonicamente, imponho algumas condições que me parecem ser razoáveis e que é o que está na lei. Não é isto que está na lei: se houver uma certeza de uma potencialidade lesiva, é claro que o Estado tem que agir, porque assim a lei o determina, mas não havendo essa certeza de potencialidade legítima, acarreta o que eu chamei de erro tipo III. Qual a solução jurídica, então? A solução jurídica está nas regras de hermenêutica, que dizem que em caso de dúvida favorece-se o negócio, favorece-se a análise restritiva da lei. É esta diversidade de lógica que é importante. O resultado disso são - o que me preocupa muito - os mecanismos formais dissociados da realidade. Eu ouvi com grande interesse a manifestação do Prof. Gesner quando disse: “Quem sabe a jurisprudência do norte não se aplique ao sul”. É exatamente isso. Nós chegamos a um patamar de evolutivo no Brasil que possibilita a geração de teoria e prática econômica aplicável a nossa realidade. Um caso recentíssimo, concreto, que já acabou e foi resolvido aqui, já que estamos perto, estamos na Bahia, o caso do Bom Preço, em que o CADE entendeu que havia dois supermercados e que não haveria - pelos cálculos matemáticos, econométricos e testes não sei de quem vindos do exterior - possibilidade de um ingresso, haveria barreiras que não permitiriam o ingresso tempestivo e suficiente de um novo *player* que contestasse o poder de mercado dos agentes atuantes. Quinze dias depois surgiu um outro supermercado - vocês vão passar aqui em frente e vão ver -, um supermercado maior do que os outros. Então alguma coisa está errada na análise de laboratório. Há casos mais antigos que também podem ser mencionados - eu sempre cito alguns. Na minha visão, no caso da White Martins, uma decisão do CADE simplesmente paralisou a pesquisa e desenvolvimento no setor de gases industriais. Matou o mercado praticamente em termos de inovação. Há uma série de processos. O caso Anheuser-Busch, o caso Brahma-Miller foi o gérmen do fenômeno Ambev, quer dizer, há uma série de fatos que me dizem que ou os instrumentos não estão sendo aplicados ou os instrumentos aplicados não servem, o que gera uma necessidade - que só os economistas vão poder suprir - de gerar teorias e práticas econômicas em consonância com a realidade brasileira. Ou seja, a matematização pura e simples pode ser um dado interessante nesta análise, mas não como fator de decisão, não como peso que elimine um julgamento que resulta de uma avaliação dos fatos concretos, uma avaliação inclusive com conotação eventualmente subjetiva. Dentro dos parâmetros que a lei estabelece, os mecanismos legais existem; os instrumentos devem ser adaptados e colocados à disposição da lei, conforme

deve ser ela aplicada pelo ordenamento jurídico. Quer dizer, não estou criticando, muito ao contrário, estou sugerindo aos economistas que contribuam mais, não que saiam desse ramo, pois precisamos de realidades econômicas que resultem em benefício da sociedade e não resultem apenas em uma defesa da instituição por si só.

Pedro Zanotta: Quem sabe a provocação do Dr. Franceschini nos faça substituir o HHI pelo FGF (Farina-Gesner-Fagundes). O Dr. Luiz Fernando, antes do Gesner responder, queria fazer uma complementação também.

Luiz Fernando Rigato: Eu tinha um comentário a fazer que estava mais relacionado com a questão anterior, mas que está relacionado a esta também. A pior maneira de você lidar com esse tipo de questão é transformá-las em mito. Eu lembro que eu tinha apontado isso na minha apresentação, e a Profa. Farina o ressaltou de uma maneira bastante conveniente, que é o seguinte: na verdade, o que se faz ao usar métodos quantitativos e qualquer outro tipo dessas ferramentas, é criar regras objetivas e uma metodologia universalmente aceita, científica e humana também, pois a ciência só é feita por pessoas. Nesse sentido é que eu acho que esses instrumentais são importantes. Quer dizer, falando de uma outra maneira, se você tiver um ato de concentração ou qualquer outro processo julgado duas vezes pelo mesmo Conselho, na mesma 4ª feira, a probabilidade de você ter decisões divergentes tem que ser zero. Isso é regra objetiva, não é nada mais do que isso. Se está expressa em símbolos ou em palavras não tem importância, pois estamos falando a mesma coisa: é praticamente só uma questão de linguagem. É só essa a consideração.

Gesner Oliveira: Fazer uns comentários, respondendo à Profa. Farina e ao comentário do Dr. Franceschini, só tomaria a liberdade de dizer que, ouvindo muito atentamente o debate, eu acho que há uma coisa muito saudável em nossa conversa hoje: nós verificamos um remédio que tem efeitos fortes e eu acho que há um consenso aqui que deve-se ler a bula com muito cuidado. Eu acho que é preciso analisar todos os efeitos colaterais, as hipóteses, o quanto que servem, o quanto não servem. Eu acho que isso é importante. Um segundo aspecto que se pode perceber é que, assim como na discussão, na exposição dissertativa há retórica também na utilização de instrumentos econométricos, matemáticos etc. Muitas vezes o modelo é usado como mero recurso retórico mesmo: há um ponto a ser feito e ele pode ser um instrumento de convencimento dentre vários instrumentos de convencimento. Eu acho que é importante fazer um certo apelo para o exercício não abusivo de técnicas econométricas ou para um exercício bastante racional, bastante cauteloso e realista. Respondendo à Profa. Farina, eu achei muito interessante essa sugestão, que é uma sugestão na

verdade do Rubem Feld e do Epstein acerca de como a autoridade de Defesa da Concorrência pode usar modelos de simulação para separar casos óbvios. Como se faz isso? Ela estabelece cenários muito conservadores e pode chegar à conclusão de que um conjunto de atos não tem nenhuma chance de ter efeitos anticompetitivos e, nesse sentido, poderia fazer o chamado (Kui-cluk?) ou um procedimento mais rápido. Eu acho que, dado o estado das artes, ainda é uma possibilidade teórica. Por quê? Porque ainda o volume de dados no mesmo artigo eles mostram como é possível diminuir muito o volume de informações necessários para se proceder uma simulação. Mas mesmo assim, realisticamente, e mesmo com os notáveis avanços que têm havido no Brasil e em outros países, a verdade é que ainda não é possível usar para grande número de operações os modelos da atualidade. Mas eu acho que daqui a três, cinco ou talvez dez anos, provavelmente esse será um instrumental bastante importante. Eu chamaria a atenção também para o problema da estrutura. Eu acho que nós podemos trabalhar no sul e no norte com uma metodologia comum. Mas quando utilizamos o modelo há sempre variáveis exógenas, variáveis endógenas e um conjunto de parâmetros que definem a estrutura do modelo. É razoável supor que economias em transição tenham parâmetros significativamente distintos, e isso também está sujeito a estimação, a investigação. Podemos inclusive testar uma série de hipóteses acerca desses parâmetros. O que chama a atenção, no caso brasileiro e de várias outras economias, é que as taxas de expansão dos mercados, a penetração de alguns produtos, é tão baixa, e o potencial de expansão é tão alto, que certos níveis de concentração não assustam aqui como assustam em economias maduras. Ou quando as distorções são muito grandes (por exemplo a economia russa, brasileira, de dez, vinte anos atrás), as pequenas modificações geram eficiências enormes. Mas então lemos casos americanos e dizemos: “precisamos tomar muito cuidado, porque nunca houve tanta eficiência aceita etc. Precisamos tomar cuidado porque de fato há uma tendência a volumes elevados de eficiências em economias em transição”, e coisas desse tipo. Eu acho que essa sensibilidade nós não podemos perder, que é uma sensibilidade que surge de dar muito valor à análise do caso. Quer dizer, outra coisa que não podemos perder é o valor do caso, do fato, daquele caso, daquela região, porque há uma propensão natural a passar a aplicar o modelo do Rio Grande do Sul ao Amazonas. Mas é preciso realmente levar em conta a riqueza dessa área, que é justamente aquela cidade, aquele município, aquelas circunstâncias, para que cheguemos aos formatos não-convencionais, para os quais que o Conselheiro Luiz Fernando chamou a atenção. Quer dizer, creio que precisamos fazer uma homenagem aos formatos não-convencionais porque é muito importante apreender, senão cairemos no modismo, na mitologia, na retórica. Realmente, devemos respeitar muito os casos. E

aí, se há mais matemática, mais estatística ou não, eu acho que é o menos importante. Eu acho que realmente vamos deixar esse debate e partir para um debate de maior riqueza fática. Um último comentário, se me permitem, é que também há algumas implicações processuais que eu acho que talvez não houve tempo para elaborar suficientemente, mas por exemplo, exercícios econométricos, alguns procedimentos básicos que possibilitem replicar o exercício, oferecer nos autos os dados que foram utilizados e toda a rotina para uma replicação fácil por parte dos órgãos, isso é da maior relevância e obviamente torna o processo mais transparente e menos retórico, porque justamente haverá um rigor maior por parte do órgão.

Pedro Zanotta: Eu queria encerrar, pois não temos mais tempo. Estamos um pouco atrasados, mas foi bastante útil para todos nós. Agradeço a Profa. Farina, aos nossos palestrantes e pediria a todos vocês que, não obstante o atraso, começássemos as 14 horas o segundo Painel, que vai tratar de um assunto bastante interessante que são os cartéis, e mais uma vez lembrar o lançamento do livro e do CD do Dr. Franceschini no fim da tarde e corrigir uma omissão minha de não dizer que são lançamentos da Editora Singular. Obrigado

PAINEL 2

ABERTURA

Mauro Grinberg: Muito boa tarde. Antes de dar início à sessão, gostaria de dar aqui dois avisos em nome da diretoria do IBRAC. O primeiro deles é que isso que vocês estavam vendo antes, no quadro, eram DVDs de Seminários que o CADE fez, de todos os Seminários do CADE, que em breve estarão à venda. O outro aviso que eu tenho a fazer é que logo após esta sessão, teremos a distribuição dos prêmios ESSO, e eu peço a todos que fiquem no recinto e que prestigiem os escritores que se dedicam ao estudo do Direito da Concorrência.

Vamos então dar início a esta sessão fazendo inicialmente a apresentação dos expositores. Vamos tratar de cartéis, e eu vou apresentar os três expositores de uma só vez, de modo que depois cada um deles irá se sucedendo junto ao microfone. À minha esquerda, Dr. Ricardo Cueva, que é LL.M. em Harvard, Ph.D. em Frankfurt, Procurador da Fazenda Nacional, hoje Conselheiro do CADE, mas que, na qualidade de Procurador da Fazenda Nacional já representou a União junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. À minha direita imediata, a Dra. Bárbara Rosenberg, já bem conhecida de todos vocês, que é LL.M. em Berkeley e Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direitos Econômicos, que todos vocês já conhecem. A grande novidade do currículo dela é que há poucos dias ela obteve o seu doutorado, o que talvez tenha sido um alívio, mas também pode ser o início de uma outra carreira. À minha direita, ao lado da Dra. Bárbara, Martin Low, nosso velho amigo do IBRAC, que é MBA em Economics em Toronto, LL.M. em Cambridge, diploma de International Law (Direito Internacional) em Haia, representou contra diversos casos de acusações de cartéis somando cerca de U\$ 150 milhões de multas, e hoje sócio do escritório McMillan Binch sediado em Toronto, no Canadá.

Quero também esclarecer as ausências deste escritório: uma delas a do Dr. Ruy Santacruz, que não pôde vir por motivos absolutamente justificados, e de Martijn Snoep, da Holanda, que me passou e-mail na véspera de irmos para cá dizendo que acabara de falecer seu avô, que efetivamente o havia criado, de modo eu tenho a certeza de que todos considerarão justificadas as ausências, e todos nós certamente passaremos as nossas condolências a Martijn Snoep.

Dito isto, podemos passar imediatamente às exposições deste Painel sobre cartéis, que será um Painel mais curto do que o habitual porque nós temos menos expositores, mas cada um poderá falar um pouquinho mais do que havia sido previsto, de modo que eu serei menos cruel na contagem do tempo. Dr. Ricardo Cueva, por favor.

Ricardo Cueva: Eu queria antes de tudo agradecer o convite feito pelo IBRAC e especialmente ao Mauro, que é meu colega de Procuradoria desde que eu entrei, na verdade, na Procuradoria em Brasília e em São Paulo.

Queria lembrar, para começo de conversa, uma anedota que eu ouvi hoje do Luiz Fernando, no café-da-manhã. O Ministro Eros Grau recentemente disse que a palestra mais curta que ele havia ouvido era sobre cobras na Austrália. Como não há cobras na Austrália, bastou esta frase e estava dada a palestra. Eu não diria que a minha seja tão curta; talvez seja uma palestra sobre cobras na Irlanda, onde também não há cobras, mas há pelo menos uma lenda de que São Patrício exterminou as cobras.

Eu realmente não preparei nenhuma apresentação em PowerPoint, porque previa que tivéssemos um debate entre cinco pessoas, inclusive com um economista, que poderia dinamizar um pouco a questão, mas eu prometo ser breve.

A relação entre autoridade da concorrência e Poder Judiciário, ou melhor, o controle jurisdicional das decisões administrativas emanadas das autoridades antitruste, tem sido objeto de discussão em vários países. Questiona-se, sobretudo, a natureza e a extensão do controle que os magistrados exercem sobre os atos administrativos. Em outras palavras, indaga-se se o controle jurisdicional é externo ou se pode adentrar o próprio mérito da decisão. No plano teórico, há argumentos nos dois sentidos. No plano prático, os argumentos tendem a girar em torno da alegada falta de especialização dos juízes. Nenhum dos argumentos permite chegar a conclusões inequívocas. No Brasil, essa discussão tem sido especialmente relevante em vista das ações judiciais em que se questionam decisões do CADE, sejam elas referentes ao controle dos atos de concentração, sejam elas voltadas à repressão de infrações à ordem econômica. Também aqui não é possível obter respostas claras quanto ao alcance do controle jurisdicional das decisões administrativas, até porque as poucas decisões judiciais existentes pendem ainda de exame nos tribunais superiores.

Para melhor entender o problema, proponho uma questão mais específica: quais são as condições de exigibilidade das decisões condenatórias do CADE, ou seja, quais são as condições necessárias para que as decisões que aplicam sanções nos processos administrativos instaurados para reprimir infrações à ordem econômica resistam ao controle jurisdicional? Deixarei de lado, portanto, os atos de concentração e centrarei a atenção nos processos administrativos punitivos. Procurarei demonstrar que, nesse campo, há muito que aprender com o direito administrativo sancionador, o qual abrange todas as áreas em que o Estado, no exercício de seu poder de polícia, aplica sanções.

O primeiro ponto a enfatizar é a necessidade de reforma do regimento interno do CADE, no sentido de adaptá-lo ao direito administrativo sancionador. Como se sabe, o processo administrativo foi até certo ponto equiparado ao processo judicial na Constituição de 1988, na medida em que, no art. 5º, LV, que assegura aos acusados em processo administrativo “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Mais recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII, visando garantir a todos, no âmbito judicial ou administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não há dúvida, assim, de que o processo administrativo deve obedecer ao devido processo legal, tanto em sentido formal como em sentido material. Vale dizer: o processo administrativo deve obedecer *pele menos* aos princípios do contraditório e da ampla defesa (sentido formal), devendo atentar, ainda, para requisitos substantivos, como os princípios da proporcionalidade e da eficiência (sentido material). Com isso, caracterizou-se claramente na doutrina e na jurisprudência que os antes denominados “procedimentos administrativos” têm natureza de processos administrativos, e que devem sujeitar-se ao devido processo legal.

É claro que subsistem procedimentos de natureza inquisitorial, como os inquéritos administrativos ou averiguações preliminares, que, espelhados nos inquéritos policiais, destinam-se a coligir os indícios e as provas minimamente necessários à instauração do processo administrativo. Neles não há e nem poderia haver contraditório. Mas nem por isso há prejuízo para o administrado. Ao contrário, sua existência justifica-se exatamente para que a Administração possa investigar as inúmeras informações e denúncias que recebe, formulando acusações somente quando estritamente necessário, sem impor ao administrado o ônus de se defender em processo administrativo.

De todo modo, tem-se que a Lei 9.784/99, a lei do processo administrativo, baliza o que seja devido processo legal no âmbito administrativo. O regimento interno do CADE, no entanto, não foi ainda adaptado às inovações da lei. Basta mencionar, como um exemplo entre muitos, a participação no processo dos terceiros interessados, que é um problema mais freqüente nos atos de concentração do que propriamente aos processos para punição de condutas anticoncorrenciais, mas de qualquer modo é uma questão ainda não equacionada. A lei de processo administrativo, em seu art. 9º, claramente dá legitimidade para que os terceiros interessados intervenham no processo, mas isso não encontrou no CADE ainda uma disciplina muito eficaz. Situações como essa mereceriam um tratamento mais adequado no regimento.

Outra possibilidade, freqüentemente discutida, seria a criação, no regimento interno, de um rito próprio para a punição das condutas anticoncorrenciais.

De um lado, haveria um rito de jurisdição voluntária para os atos de concentração. De outro, um rito adequado ao direito punitivo, ao qual se aplicaria subsidiariamente não apenas o Código de Processo Civil, mas também o Código de Processo Penal, o que, entretanto, por depender de alteração da lei, não poderia ser feito num horizonte tão curto.

No que tange especificamente à repressão das condutas anticoncorrenciais, ou seja, ao direito punitivo, percebe-se no ainda pequeno repertório de decisões do CADE que não houve uma absorção plena do direito administrativo sancionador como norte das deliberações, especialmente quanto à aplicação de princípios de direito penal e de processo penal. Por isso, impõe-se uma rápida comparação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Na doutrina, tanto nacional – e aqui vale lembrar o livro de Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador” – quanto europeia, postula-se a unidade do *jus puniendi* estatal. Fala-se numa unidade substancial, principiológica, das normas penais e das normas administrativas repressoras, e não, é claro, numa unidade plena. Enquanto no direito penal predominam os tipos fechados, no direito administrativo predominam os tipos abertos, sobretudo no direito da concorrência. A prova da volição ou do elemento subjetivo também é substancialmente diferente no direito penal, que dá ênfase maior ao dolo ou ao dolo eventual, sendo os ilícitos de negligência, que envolvem culpa, uma minoria. Já no direito administrativo sancionador fala-se quase sempre em culpa ou, no máximo, em culpa grave como requisito necessário para a punição. No direito administrativo sancionador, de um modo geral, nos diversos setores onde há o exercício do poder de polícia do Estado, constata-se uma tendência à criação de tipos que reflitam ilícitos de mera conduta ou de perigo e que não exijam uma prova tão completa como nos ilícitos de resultado. Recentemente num seminário sobre o sistema financeiro, por exemplo, discutiu-se o futuro da Instrução Normativa CVM nº 8, que foi editada nos primórdios da Comissão de Valores Mobiliários para punir casos de fraudes, de simulação, casos em que não há como de antemão especificar qual o tipo de conduta que está sendo punida, e que, portanto, tem que ser um tipo necessariamente aberto. Verificou-se ali que essa norma contém um tipo de encerramento, ou tipo de reserva, necessário para os casos em que houver manifesta má-fé, manifesta intenção de causar dano ao mercado. Mas a tendência é substituí-lo por tipos de mera conduta, tipos que reflitam a falta de zelo, a falta de cumprimento de certas normas essenciais daquele ramo do direito. É que tais ilícitos têm uma apuração muito mais simplificada e admitem até ritos sumários de apuração, sendo, em princípio, mais adequados para garantir, por exemplo, a higidez do sistema financeiro do que os ilícitos de resultado, que demandariam uma apuração mais lenta e custosa. Assim, em vista do princípio da eficiência administrativa, é possível justificar uma

reorientação dos tipos infracionais administrativos, no sentido de uma simplificação. Mesmo no direito da concorrência, no qual a chamada regra da razão tem ampla aplicação, pode-se identificar uma tendência a simplificar os tipos infracionais ou, ao menos, a criar tipos que ensejem apuração mais abreviada. Cito como exemplos o texto de Martin Low, apresentado neste seminário, bem como o texto da conferência proferida recentemente na Fordham University pela comissária do Bureau Canadense de Concorrência, no qual se fala claramente na necessidade de criar um tipo infracional que permita punir os cartéis *hardcore*, ou cartéis clássicos, *per se*, isto é, independentemente de uma longa e custosa dilação probatória.

Uma outra característica importante do direito administrativo sancionador, para lembrar mais uma vez o livro de Medina Osório, é a incidência do princípio constitucional da culpabilidade, que pressupõe a inevitabilidade do ilícito, isto é, a possibilidade de o fato ser evitado, e remete às noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, as quais lastreiam as clássicas excludentes de ilicitude, como a legítima defesa, o estado de necessidade ou o estrito cumprimento de dever legal. No direito punitivo, portanto, a responsabilidade é sempre subjetiva. A Constituição, ao assegurar a dignidade da pessoa humana, os princípios da pessoalidade e da individualização, o devido processo legal e os demais direitos e liberdades fundamentais estatuídos no direito internacional e no próprio texto constitucional, não admite a responsabilidade objetiva na seara punitiva, seja penal, seja administrativa. Aplicar o princípio da culpabilidade no direito da concorrência leva de imediato à questão de como interpretar o art. 20 Lei 8.884, o qual dispõe que os ilícitos anticoncorrenciais serão caracterizados independentemente de culpa. Não há falar aqui em responsabilidade objetiva, pelas razões já apresentadas, mas de inversão parcial do ônus da prova. Por certo, a autoridade tem o ônus de provar a autoria e a materialidade do ilícito, mediante a apresentação dos indícios que comprovem o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ou o risco de lesão à concorrência, mas não precisa provar a culpa do acusado. Cabe a este apresentar os contra-índícios que excluam a ilicitude de sua conduta. Portanto, a lei, ainda que afaste a necessidade da prova da culpa para a caracterização do ilícito, permite que o acusado apresente contraprova, no sentido de que seu agir não era evitável ou de que não se revestia de antijuridicidade. O princípio da culpabilidade tem por corolários, ainda, os princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, os quais são contemplados dentre os critérios para a dosimetria da pena previstos no art. 27 da Lei 8.884.

Quanto à prova indiciária, não há dúvida de que o indício – definido no art. 239 do Código de Processo Penal como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência

de outra ou outras circunstâncias” – é um meio legítimo de prova, tanto no processo penal como no direito administrativo sancionador, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Dois casos recentemente julgados no CADE permitem ilustrar a aplicação da prova indiciária no direito antitruste brasileiro. O primeiro é o processo em que se condenou um acordo de concorrentes numa cidade-satélite em Brasília para distribuição de gás de cozinha. Nesse caso, houve uma ampla coleta de depoimentos pela SDE que permitiu afirmar, sem margem a dúvida, que os distribuidores de gás de cozinha haviam chegado a um acordo claro para fixar o preço. A prova indiciária foi acolhida no Conselho por unanimidade, sem qualquer discussão. Fala-se aqui, portanto, em prova indireta, prova por indícios, prova circunstancial; não houve nenhum documento, nenhuma ata, nada que pudesse provar diretamente a colusão. A decisão, a seu turno, fundou-se em precedentes do CADE. O segundo caso diz respeito ao cartel da ponte-áerea, que envolvia quatro companhias de aviação, uma das quais já não existe mais - a Transbrasil -, que operavam no trecho Santos Dumont-Congonhas, e, em 1999, decidiram aumentar o preço de forma paralela. Quais eram as provas dos autos? Havia a prova de uma reunião secreta realizada em hotel entre os dirigentes das quatro empresas e, mais importante, o aumento realizado de maneira paralela no mesmo percentual, seis dias depois dessa reunião. Houve uma imensa discussão sobre o sistema chamado ATPCO (Airline Tariff Publishing Company), de divulgação das tarifas, que é usado tanto pelas empresas áreas quanto pelos agentes de viagem, mas essa discussão no fim acabou sendo afastada porque não tinha sido objeto de contraditório. O argumento decisivo para punir as empresas acusadas foi, na verdade, a doutrina do paralelismo plus, pois se provou que, além da reunião - que a rigor não seria necessária como elemento de prova para determinar a existência do cartel -, havia uma série de indícios a serem levados em conta, os quais não foram objeto de uma contraprova bem-sucedida. Vê-se, aqui também, que a prova indiciária permite estabelecer um juízo de reprobabilidade, mesmo na ausência de prova direta.

A admissibilidade da prova indiciária no CADE conduz à errônea contraposição entre ilícito *per se* e regra da razão. Na doutrina brasileira, Calixto Salomão e Luis Fernando Schuartz demonstram tratar-se de uma falsa dicotomia: qualquer tratamento jurídico de um ilícito é de antemão um tratamento *per se*, na medida em que, preenchido um certo requisito fixado pela norma, e desde que o julgador se sinta suficientemente convencido a motivar sua decisão, caracteriza-se um ilícito *per se*. Na verdade, há um contínuo entre esses *standards* probatórios. No limite, pode-se imaginar dois exemplos de cartel. No primeiro, há uma prova direta, cabal, da existência do cartel, como uma ata assinada por seus membros. Provada a materialidade da colusão, é dispensável a demonstração da concretude

dos efeitos e da racionalidade da conduta. No segundo, não se encontra nenhuma prova direta da existência do cartel, mas há indícios que demonstram que o comportamento dos agentes somente pode ser explicado pela hipótese de um acordo entre concorrentes. Nos dois exemplos, é possível, em tese, sustentar a caracterização do ilícito anticoncorrencial. O que muda é apenas o *quantum* probatório necessário a motivar a condenação. É claro que o uso da chamada regra da razão, isto é, dos princípios da razoabilidade e da adequação, é útil não apenas para caracterizar a materialidade do ilícito, como também para determinar a dosimetria da pena, que deve ser fixada sempre em atenção às peculiaridades do caso concreto e do princípio da proporcionalidade.

Se quisermos “blindar” as decisões proferidas nos processos instaurados para punir as condutas anticoncorrenciais, é preciso, ainda, que a portaria ou o despacho inaugural contenha uma narração o mais completa possível do fato, lembrando sempre aquele princípio de que o julgador decide sobre os fatos e não sobre o direito, podendo até mesmo fazer a *emendatio libelli*, pode requalificar o ilícito, dependendo do caso, se o processo em seu desenrolar se configurar inadequado para aquele tipo infracional indicado na portaria inaugural ou no despacho do secretário.

Com essas breves considerações, espero ter conseguido demonstrar que o direito administrativo sancionador tem muito a contribuir para o incremento da efetividade dos processos instaurados para reprimir condutas anticoncorrenciais, os quais tendem a se tornar mais freqüentes e relevantes com o amadurecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Bárbara Rosenberg: Boa tarde a todos. Antes de mais nada, gostaria de agradecer ao IBRAC, uma vez mais, a oportunidade de estar participando do Seminário Anual de Defesa da Concorrência, que reputamos da maior relevância. A Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) entende, aliás, que não só é um privilégio poder estar aqui, como é uma obrigação: por constituir uma autoridade pública, tem o dever de prestar todas as informações relativas às atividades que desenvolve, dar transparência a essas atividades para, em última instância, justificar a forma como a SDE vem alocando seus recursos. Grandes esforços têm sido feitos pela SDE no sentido de investigar e punir condutas anticoncorrenciais, em particular os cartéis, prática tão deletéria ao mercado e a economia. O objetivo, agora, é que isso resulte efetivamente em um maior volume de casos sendo encaminhados ao CADE e, obviamente, na medida em que esses casos estejam mais bem instruídos, que este esforço investigativo resulte em mais condenações. O ideal, aliás, seria que não houvesse infrações à ordem econômica e, que, por conseqüência, não buscássemos aumentar o número de condenações. No entanto, dado que infrações existem, o nosso objetivo é identificá-

las e investigá-las de forma efetiva, de maneira que o CADE receba processos com evidências fortes e efetivas. Julgamos imprescindível instruir bem os casos não só para que CADE possa ter elementos suficientes para condenar, mas também fazê-lo dentro de toda a legalidade, para garantir que essas decisões sejam mantidas no Judiciário. Este, aliás, tem sido um foco constante de preocupação da SDE desde o início do ano passado: no tocante aos procedimentos que vêm sendo adotados dentro da Secretaria, posso garantir que temos nos esforçado para que todas as provas sejam colhidas respeitados os princípios de legalidade, garantindo-se a lisura de todos os procedimentos e a garantia dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Para ilustrar esse cenário, o que eu gostaria de discutir hoje com vocês é um aspecto específico relativo à prática de cartéis. Na literatura atinente ao tema, é comum encontrarmos referências a mercados que, dadas suas características, normalmente não seriam suscetíveis à formação de cartel. Uma das características de mercado apontada em livros texto como mercados em que a cartelização é considerada difícil refere-se àqueles mercados extremamente pulverizados. Diz-se que mercados que têm um elevado número de empresas tendem a ser concorrenciais, pois a coordenação seria extremamente difícil. Nesse cenário, portanto, um mercado formado por vinte empresas, por exemplo, seria um mercado que não suscitaria *a priori* maiores preocupações para a autoridade de Defesa da Concorrência. No entanto, do ponto de vista das empresas que ali atuam, a perspectiva pode ser diferente. Ao observar que existe concorrência no mercado e que, em razão disso, o preço tende a ser competitivo e as margens comprimidas, as empresas poderiam tentar buscar o que eu chamei – ali no *slide* – de uma solução “inteligente” para esse assunto, com vistas a melhorar suas margens. Mais uma vez, qualquer livro-texto começa dizendo que um cartel tem poucas empresas que dele participam, mas, possivelmente, se uma solução inteligente para o assunto for encontrada, é possível que o comportamento dos preços melhore sob a ótica das empresas, ajudando, em última instância, a recompor as margens que seriam erodidas com a concorrência.

Vamos pensar, por exemplo, num mercado em que o preço venha caindo de forma muito clara durante um período de quatro anos - vamos usar uma estatística de preços deflacionados pelo índice do IBGE. Diante dessa situação, as empresas que fazem parte desse setor vão dizer: “Precisamos recompor a margem, mas para isso vamos precisar fazer um estudo aprofundado de mercado, será necessário conhecer as empresas que nele atuam, saber quais são os volumes de produção de cada agente, quais são os preços e custos e elaborar projeções e estatísticas. A partir desse cenário, será possível às empresas fazer uma análise que permita, em última

instância, recuperar margens por meio da divisão de mercados, estipulação de volume de vendas, direcionamento de clientes ou até, se for o caso, restrição da produção. Por que? Porque se essa prática for bem planejada e monitorada, é possível que essa coordenação entre empresas concorrentes resulte em aumento de preços e/ou recomposição de margens, já que os preços passarão a ser supracompetitivos”.

Se houver barreiras à entrada nesse mercado, a situação tende a ser ainda mais simples, uma vez que, ainda que as empresas existentes coordenem suas práticas e acabem vendendo a preços mais altos, será difícil que terceiros ingressem no mercado vendendo os produtos por valores competitivos. Então, apenas para dar um exemplo (isso está ilegível nos slides, vez que escrito à mão), posso ler para vocês essas anotações que sugerem medidas para “coordenar” mercados que tenderiam a ser competitivos. As medidas seriam: (i) o estabelecimento de cotas dentro desse mercado; (ii) o monitoramento e o conhecimento desse mercado; (iii) o estabelecimento de carteiras de clientes; e (iv) o estabelecimento de algumas regras necessárias para o funcionamento desse mercado coordenado. Em outras palavras, poderia dizer que o que está na tela e sendo aqui descrito consistiria em uma espécie de “manual básico” para o funcionamento de um cartel. Por meio dessas práticas, possivelmente o que esse setor estaria buscando, teria como *visão* é a construção de um setor equilibrado, fundado no trabalho em grupo. A *missão* desse grupo, portanto, seria gerenciar o mercado com vistas a um aumento de *market share* do grupo, buscando maximizar o resultado total. Assim, os valores que teriam que permear esse acordo entre os concorrentes (não esqueçamos que estamos falando em um grupo de empresas que, em tese, seriam concorrentes, mas que estão atuando de forma não-concorrencial) seriam a integridade, a confiança, o respeito e a harmonia. Esses valores são fundamentais, uma vez que, no limite, como todos sabemos, o cartel é um arranjo intrinsecamente inestável e, portanto, precisa de regras muito claras, muito bem-estabelecidas, para o seu bom funcionamento.

Arthur Badin (Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico): Mas, Bárbara como é que esse grupo de 20 pessoas pode introjetar esses valores de integridade, confiança, respeito, harmonia se há um grupo tão grande, tão eclético de pessoas e de empresas?

Bárbara Rosenberg: Esse é, de fato, Badin, um ponto extremamente sensível e que é um dos pontos centrais de qualquer livro-texto. Um cartel, para funcionar devidamente, deve de fato introjetar tais valores nos seus membros, por meio de métodos e procedimentos claros, bem definidos, de forma que a prática de coordenação se justifique.

Algumas alternativas seriam, por exemplo, que esse grupo de empresas se reunisse e estabelecesse metas claras de aumentar sua participação de mercado de, por exemplo, 68% para 75%. Estratégias de definição de preço e visão de mercado também poderiam ser compartilhadas. É importante ressaltar, no entanto, que essas empresas, ao se reunirem, deveriam ser cuidadosas ao identificar o escopo de suas reuniões, já que, cientes da ilicitude de um cartel, não faria sentido denominar o encontro de “Reunião para formação de cartel”. Por outro lado, um nome possível, bem mais discreto, poderia ser, por exemplo, “Curso avançado de vendas para dirigentes”. Esse curso avançado de vendas, que poderia reunir-se semanal ou mensalmente, conforme o caso, poderia ter por escopo definir procedimentos muito claros e muito específicos para a prática de todos os participantes do “curso”. Poderia ser ali ensinado, entre outros, a lidar com *softwares* que auxiliassem na divisão e monitoramento de mercado. Para tanto, esse “curso” poderia contar com representantes de empresas e envolvidas que se reunissem semanalmente ou mensalmente, estabelecendo-se, ainda, regras estritas com relação ao não-comparecimento: quem não comparecesse à reunião, por exemplo, não poderia opinar posteriormente ao que foi ali deliberado. Seria fundamental, logo de início, que os clientes fossem claramente identificados e então, alocados os clientes às empresas a partir dessa lista. Divididos os clientes, seria fundamental que tais regras fossem estritamente respeitadas e observadas, como uma “Bíblia”, já que sua observância é quase um dogma para garantir o funcionamento de qualquer coordenação. Mais do que isso, seria possível estabelecer diversos mecanismos no que toca à participação nas reuniões, definindo tratamentos específicos com relação à atuação junto a clientes, observadas, inclusive, suas características específicas. Se o produto objeto do cartel fosse utilizado em obras públicas, e vendido por meio de licitações, seria interessante pensar também em regras específicas, de forma a garantir que a empresa a quem cabe o cliente ganharia a licitação, sem impugnações ou concorrência das demais. Um aspecto de implementação que poderia garantir os resultados pretendidos seria que, uma vez definido a quem caberia o cliente, todas as outras empresas ofereceriam preços superiores, dando-se assim o “preço de cobertura” necessário para garantir a alocação, o direcionamento, de clientes. Por outro lado, caso algum cliente opte por pagar esse “preço de cobertura”, a venda deve ser realizada, para não levantar maiores supeitas. Posteriormente, se for o caso, as partes voltam a equalizar as participações.

Além disso, já que está havendo uma troca de informações para dividir mercado, por que não colaborar mútua e reciprocamente informando aos demais quem são os maus pagadores. Cabe pensar: “Puxa vida, se a minha empresa foi prejudicada por um mau pagador, por que não passaria essa informação relevante ao meu concorrente que, em tantas outras circunstâncias, tem me ajudado?”.

Para facilitar a divisão e o monitoramento, uma idéia seria atribuir números às empresas e, se fosse o caso de obras públicas, por exemplo, também defini-las com códigos ou numerações, de forma a garantir a efetividade da divisão desse mercado. Esta dinâmica poderia, de fato, auxiliar na organização do mercado, garantindo seu funcionamento harmônico. Claro que para isso Serpa imprescindível o cartel definir normas de representatividade dos membros, fixar cotas de mercado, realizar assembléias deliberativas e, por que não, poderia ter ele um “comitê gestor”. Na medida em que o cartel seja organizado e gerido por tal comitê gestor, elevam-se as chances de ser ele implementado da forma devida, já que este zelaria pela perenidade do programa, poderia estabelecer um sistema para eliminar conflitos, além de buscar garantir o sigilo e a segurança do programa. Evidentemente, a temática do sigilo é recorrente, além de ser um elemento central, da maior importância quando se fala de cartéis.

Ainda na linha de definir procedimentos, por que não pensar em procedimentos de rateio de despesas, de direcionamento de clientes e de regras sobre adesões e desistências de membros, definindo-se quem poderia entrar ou não nesse sistema. No tocante à divisão de mercado, por exemplo, pode ser estabelecido que haverá mensalmente uma assembléia na qual será determinada a estimativa de mercado para o mês seguinte, atribuindo-se quantidades específicas a cada membro, que se comprometerão a cumprir o acordado. Mais do que isso, por que não cogitar de um acompanhamento sofisticado de vendas, pelo qual as empresas se comprometam a informar diariamente, no dia subsequente à venda realizada, tudo aquilo que foi vendido no dia anterior. Além disso, é evidente que é necessário um sistema de auditoria que garanta essa credibilidade do sistema também.

Contudo, ainda que os valores de “integridade, confiança, respeito, harmonia” dentro do grupo sejam seu pilar, é importante que haja penalidades para o caso de descumprimento das normas do cartel. Se, por hipótese, houvesse desrespeito à alocação de um cliente, que resultasse na invasão de uma obra direcionada, seria fundamental que aquele que descumpriu fosse punido. Por exemplo, se determinada obra foi direcionada para uma empresa e outra empresa acabou não “dando cobertura” e ficou com a obra para si, poder-se-ia cogitar de uma pena de R\$ 1.000,00, sendo que 80% iriam para o prejudicado e 20% iriam para o caixa que custeia e é responsável a “organização” do grupo. As penalidades podem, ainda, ser mais detalhadas. Podem ser previstas, ainda, uma série de outras penalidades em caso de falta de fornecimento de dados ou de envio de dados falsos, porque – repito – os elementos de “segurança” e “confiança” são vitais, fundamentais para a existência e estabilidade do cartel.

Se quiséssemos sofisticar ainda mais os procedimentos para o cartel, poder-se-ia cogitar que todas as informações que comentava fossem organizadas e oferecidas em “pacotes” diferentes aos membros. Dentro de uma associação ou de um sindicato, por exemplo, alguém poderia ter interesse de simplesmente ter acesso a estatísticas de mercado, hipótese em que adquiriria o “Pacote de Informações de Mercado”; outros, poderiam querer um “Pacote de Consórcio”, mais abrangente, que seria destinado a implementar junto às empresas participantes a fixação do *market share* dentro de um consórcio de comercialização, estabelecendo claramente uma divisão de mercado e a efetiva implementação de cartel.

A fim de garantir, ainda, que as práticas, os procedimentos e as dinâmicas sejam efetivamente introjetados e incutidos nos gerentes ou diretores das empresas participantes, seria conveniente pensar em estratégias de dinâmica de grupo, por exemplo. Iniciada uma dinâmica de grupo, seria sugerido ao grupo que cada participante escrevesse em pedaços de cartolina, frases com propostas de mecanismos que permitissem levar adiante o objetivo de coordenação pretendido. Nessa linha, talvez surgissem propostas como: “respeitar o acordado, não roer a corda”, “respeitar 100% a tabela”, “termos uma central de vendas administrada pela mesa visando ao equilíbrio de cotas”, “toda a programação deve ser descarregada na mesa para que obviamente possa fazer essa distribuição”, “criar um mecanismo de repasse para reajustes de frete”, “concentrar mercado”, “equilibrar oferta e procura”, “combater não-alinhados”, “combater não-alinhados, mas não com redução de preço”. Como mencionado, incutida a lógica do cartel, tais sugestões poderiam surgir como propostas dos próprios gerentes.

Vocês podem estar se perguntando o que eu acabei de expor aqui, caberia indagar por que a diretora do DPDE “ensinaria” alguém a organizar um cartel. Esse, definitivamente, não é o caso. Na verdade, o que gostaríamos na SDE é de desencorajar, a qualquer custo, que esse tipo de prática ocorresse – esse aliás, é meu dever legal. Ocorre que, por mais curioso e caricatural que a descrição que acabo de fazer pareça, o fato é que todos os documentos que acabei de descrever a vocês, foram documentos apreendidos pela Secretaria de Direito Econômico na primeira ação de busca e apreensão realizada no Brasil nos termos da Lei 8.884/94. Essa busca foi realizada, com a devida autorização judicial, em julho de 2003 do ano passado.

No entendimento da SDE, a utilização deste instrumento de investigação [busca e apreensão] revelou-se fundamental e imprescindível, na medida que permitiu colher fortíssimas evidências que apontam, no entendimento desta SDE, para a existência de um sofisticado cartel. Após um ano e quatro meses de intenso trabalho de análise e investigação, ouvidas as partes envolvidas e analisados todos

os fatos e indícios coligidos, a SDE concluiu sua investigação e encaminhou ao CADE, nesta semana, parecer com sugestão de condenação das partes envolvidas. O parecer, tornado público esta semana – e contendo documentos também públicos – obviamente ainda será objeto de análise e julgamento pelo CADE. No entanto, já tendo a SDE formado seu convencimento, e assim se manifestado nos precisos termos da lei, viu-se compelida a reiterar sua declarada missão de não medir esforços para combater a conduta anticoncorrencial potencialmente mais nociva à economia e aos consumidores, qual seja, o cartel.

Em outras palavras, entendemos que narrar resultados de nosso trabalho é parte de nosso dever de prestar contas para a comunidade do IBRAC, que tem acompanhando tão de perto o trabalho do Sistema de Defesa da Concorrência – precisamos justificar a forma na qual temos alocado os escassos recursos públicos de que dispomos, com vistas a justificar nossa atuação, na busca constante da promoção de bem estar. Voltando ao comentário que o Dr. Pedro Dutra fez esta manhã à Dra. Elizabeth Farina, sobre a necessidade de que os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tenham claramente definida sua finalidade, bem que prestem contas de suas atividades, diria, com candura, que o que fiz aqui hoje visava atender a ambos os comentários. No ano passado, também por ocasião do Seminário do IBRAC, tive a oportunidade e o privilégio de estar presente em uma mesa que tratava de cartéis. Naquela ocasião, deixei clara qual entendíamos ser nossa missão, bem como narrei o que a equipe da Secretaria de Direito Econômico vinha fazendo para essa finalidade. Na medida que o combate a cartéis colocava-se como prioridade de nossa atuação, explicitamos as novas técnicas de investigação que começávamos a implementar, tais como a realização de buscas e apreensão, a adoção de acordos de leniência, a implementação de acordos de cooperação com a polícia, Ministério Público e autoridades estrangeiras. Citei, também, a relevância que atribuímos à criação de programas de compliance pelas empresas e as medidas de fomento criadas pela Secretaria.

O Dr. Ricardo Cueva, neste painel, já ressaltou, com absoluta propriedade, a importância e necessidade que provas efetivas sejam obtidas de forma legal. Nesse sentido, gostaria de ressaltar, uma vez mais, que a SDE tem sido particularmente zelosa na observância dos procedimentos adotados e, no caso narrado, isso restou claro na medida em que os documentos que instruíram o processo foram coligidos a partir de autorização de judiciário paulista em ação cautelar de busca e apreensão, tal como preceitua o art. 35-A da Lei 8.884. Diante disso, é importante ressaltar que o esforço conjunto que a equipe do DPDE vem demonstrando até o presente momento continuar – e aqui faço questão de deixar registrado o extraordinário empenho e dedicação dessa equipe. Se o caso hoje narrado é um dentre os

tantos casos que vem ocupando a pauta de trabalho da SDE, devemos frisar que não serão medidos esforços para que nossas atribuições sejam cumpridas, com vistas a buscar, em conjunto com a SEAE e o CADE, o fortalecimento institucional do Sistema de Defesa da Concorrência.

Eram, então, esses os comentários e fatos que gostaria de apresentar hoje, tendo certeza que teremos oportunidade de voltar a alguns destes pontos durante o debate. Por fim, gostaria de agradecer mais uma vez a oportunidade de participar desta mesa e, em especial, aproveitar para fazer um agradecimento público à equipe da SDE, ao Secretário, Daniel Goldberg, e ao seu chefe de gabinete, Arthur Badin, pois é de fato gratificante ver como este trabalho conjunto tem começado a gerar bons resultados. Muito obrigada.

SLIDE 1

10º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA IBRAC

Barbara Rosenberg
Departamento de Proteção e Defesa Econômica
Secretaria de Direito Econômico
Ministério da Justiça

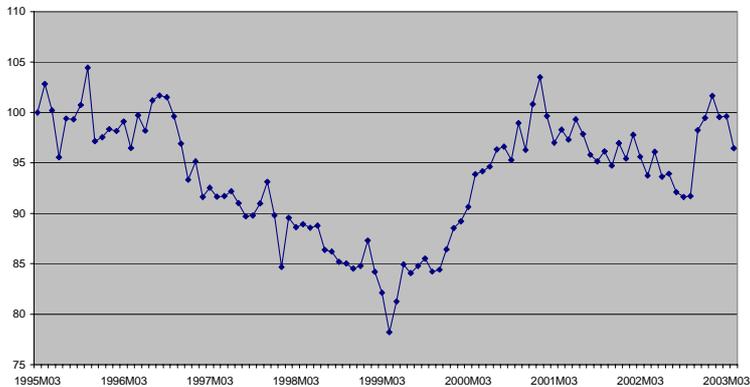
SLIDE 2

COMO ORGANIZAR UM CARTELEM MERCADOS POUCO CONCEN- TRADOS

- Mercados pulverizados tendem a ser concorrenciais => preços baixos
- É necessário procurar uma “*solução inteligente para o assunto*”
- A troca de informações entre empresas tende a “melhorar o comportamento dos preços” e, com isso, ajudar a recompor a margem

SLIDE 3

**Evolução do Preço da Brita na RMSO
Deflacionado pelo Índice de Preço de Pedra Britada do
IBGE**



SLIDE 4

**COMO ORGANIZAR UM CARTEL EM MERCADOS POUCO CONCEN-
TRADOS (CONT.)**

- Necessário realizar estudos do mercado, conhecer as empresas, clientes, volumes de produção, preços e elaborar estatísticas
- Esta análise do mercado permitirá:
 - *Dividir de mercados;*
 - *Estipular volume de vendas;*
 - *Direcionar vendas; e*
 - *Controlar e (se for o caso, restringir) produção.*
- Se bem coordenado e monitorado, deverá resultar em aumento de preços
 - *Barreiras à entrada corroboram esta perspectiva*

SLIDE 5

Metas

③ Aluguel preço médio tanto nos de 4 em 05/2000

④ Estratégia

- Ordenação do mercado
- contatos

⑤ Meta

Preço FOB - Junho/2000 - Dezembro/00

↓

450 000 unidades

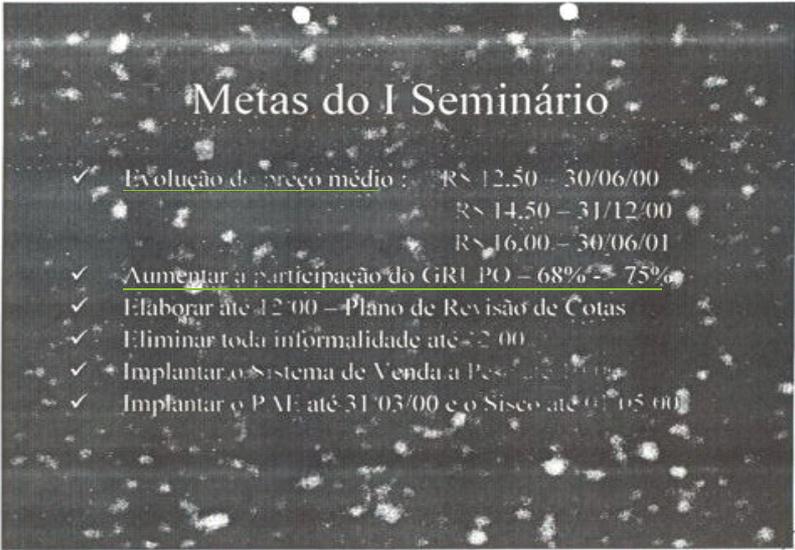
Ações:

- Conhecer muito do mercado
- Estabelecimento de cotas
- Respeito a cartilha
- Definição das regras
- Atualização das regras → preparar (Colômbia)

SLIDE 6

Visão. Missão e Valores

- Visão : construção de um setor equilibrado, com base no trabalho em GRUPO
- Missão : gerenciamento do mercado, com o aumento do Market Share do GRUPO, maximizando o resultado
- Valores : integridade, confiança, respeito e Harmonia

SLIDE 7

Metas do I Seminário

- ✓ Evolução do preço médio : R\$ 12,50 – 30/06/00
R\$ 14,50 – 31/12/00
R\$ 16,00 – 30/06/01
- ✓ Aumentar a participação do GRUPO – 68% → 75%
- ✓ Elaborar até 12/00 – Plano de Revisão de Cotas
- ✓ Eliminar toda informalidade até 12/00
- ✓ Implantar o Sistema de Venda a Preço Fixo até 31/03/00
- ✓ Implantar o P.M.E. até 31/03/00 e o Sisco até 01/05/00

SLIDE 8

Curso Avançado de Vendas para Dirigentes

SLIDE 9

PROGRAMAS DE COMPUTADORES UTILIZADOS PARA MONITORAMENTO

- Um *software* utilizado para definir as cotas e os preços a serem praticados.
- Outro *software* utilizado para direcionamento dos clientes.

SLIDE 10

CURSO AVANÇADO DE VENDAS Procedimentos

1

O curso deve contar com pelo menos um representante de cada empresa.
O elemento que representa a empresa deverá ter autonomia para tomar decisões relativas as condições aqui descritas.
O horário de funcionamento do curso será no período da tarde, em todos os dias úteis, e seguirá uma agenda pré-estabelecida (horários e atividades)

O atraso no horário e o não comparecimento, prejudicam a seqüência dos trabalhos. Em ambos os casos, as empresas ausentes se obrigam a aceitar as decisões do grupo.



SLIDE 11

2

Para o início das atividades do curso foi formatada a carteira de clientes de cada empresa (Bíblia), correspondendo ao fornecimento de materiais no período de 01/08/99 a 20/10/99 e posteriormente atualizada para o período de 21/10/99 a 13/11/99.

A partir de 16/11/99 passou a existir a planilha de obras direcionadas, denominada "COTAÇÕES GERAIS"

Fica estabelecido o prazo até 21/02/00 para atualização da "Bíblia".

Cada empresa deve fornecer uma relação impressa (acompanhada de diskete), informando as correções de endereço no fornecimento e eventuais ausências existentes.

Para cada alteração reivindicada é necessário anexar uma cópia de nota fiscal, sempre respeitado o período de 01/08/99 a 13/11/99.

3

Todas as empresas devem apresentar diariamente (até as 15 hs), durante o curso, todas as cotações recebidas para os fornecimentos de materiais.

Uma vez encerrado o prazo das 15 hs, será compilada uma listagem para apreciação e análise das cotações, com a finalidade de estabelecer:

- Direcionamento de fornecimento para cada empresa
- Cobertura de preços para as demais empresas



SLIDE 12

prazo 30 dias

(4) Para a apresentação das cotações é responsabilidade de cada empresa verificar a "Bíblia" e a planilha de "Cotações Gerais", observando se as mesmas já não são "carimbos" de outras empresas. É vedado a qualquer empresa o fornecimento de materiais aos clientes "carimbados" de outras empresas. Se houver cotações para estes casos, a empresa cotada deve fornecer o preço de cobertura acordado.

Penalidade para o caso de fornecimento a clientes da "Bíblia" ou de obras direcionadas de outras empresas,

- RECOMPOR O VOLUME NO PRAZO MÁXIMO DE 30 DIAS *o Preço em R\$ 2,00 / m³ fe*
(respeitar relação produto x R\$)

Sugestão Comercial – Recompôr o volume na proporção $1,5 \times 1$ *o Preço em R\$ 2,00 / m³ fe*
u Redução

5

As empresas podem efetivar entrega de materiais para clientes que constem de sua "Bíblia" ou que tenham tido o Cliente/obra direcionado para ela. Cada empresa deve manter internamente uma pessoa ("filtro") que deve impedir o faturamento/entrega caso não estejam satisfeitas as condições de "Bíblia" ou de direcionamento.

SLIDE 13

6

Todos os fechamentos de cotações e o fornecimento de preços devem ser estabelecidos dentro do curso.

Todas as cotações devem passar pelo curso.

Somente em casos extremos de urgência pode-se passar preços. Neste caso utilizar a tabela existente (SP – ABC – Quadrilátero – Especiais – Retira)

Penalidade para o caso de fornecimento a clientes que não tiveram cotações apresentadas e/ou fechamentos fora do curso,

- PARAR IMEDIATAMENTE O FORNECIMENTO

7

Cientes TOP

Para clientes especiais, (relação atual: TOP 19), as cotações serão sigilosas e entregues a Coordenação.

Aguarda-se 24 hs para colocação na planilha de cotações. Se algum TOP entregue em "D" coincidir com outro entregue em "D-1" será incluído no dia.



SLIDE 14

8

As cotações são preenchidas em modelo padrão. A ausência do nome do cliente, de endereço identificável, de volume ou nome do responsável pela cotação (cliente), ANULA a cotação.

9

O direcionamento de obras, em casos de 2 ou mais empresas apresentarem a mesma cotação, será pelo critério de cotas do dia (direcionamento para a empresa mais abaixo da cota) (Sistema de Cotas – vide Regras e Procedimentos Gerais)

Sugestão Comercial – Monitorar, diariamente, obras direcionados na razão de 50% do Volume declarado na cotação

10

A partir de 02.02.00 extingue-se o "Orçamento". Passam a existir somente cotações. A validade de uma cotação direcionada passa a ser de 15 dias corridos. Se a empresa não efetuar entrega de materiais nesse período, e comprovar, a obra será considerada disponível.

Sugestão Comercial – Manter Orçamento ✓ – sigilo (30 dias)
Validade da Cotação – Grupo dividido (20 ou 30 dias)
Prorrogáveis por mais 20 ou 30 dias

A

SLIDE 15

11

Distribuidores

Um distribuidor de materiais é também considerado um cliente, podendo estar "carimbado" para alguma empresa. Todavia se este distribuidor estiver entregando em obra de cliente "carimbado" de outra empresa (Logicamente com preço menor ou igual), prevalece a empresa que tem a obra "carimbada". A empresa, que fornece ao distribuidor, assume o compromisso de tirar o distribuidor desta obra direcionada.

12

Uma vez definido o direcionamento e o preço de cobertura, se houver um cliente que aceita o preço acima da cobertura, a venda é válida. (COMPROVAÇÃO)

13

Se uma cotação direcionada for perdida para uma empresa não alinhada e se por algum motivo houver uma nova cotação dentro do curso, a empresa que possuía a cotação inicial também participa da disputa pelo novo direcionamento.

SLIDE 16

14

A partir da lista de Inadimplentes formada pelos clientes devedores de cada empresa, é estabelecido o cliente "BOLA PRETA". Nenhuma empresa pode fornecer para clientes "Bola Preta", salvo na condição do retira a vista. Não poderá existir venda posto obra para "Bola Preta" mesmo a vista.

Critério para fixação do "Bola Preta" – As empresas que lançaram os clientes na relação de Inadimplentes podem solicitar a fixação do "Bola Preta". Alguma empresa pode reivindicar uma defesa para o cliente. Caso não haja um acordo, haverá votação pelo grupo. O cliente se reabilita por desejo da empresa que o indicou.

SLIDE 17

15

Concessionárias

A partir de 25/01/00 constituir o grupo Concessionárias

Cotações em separado – Monitoramento de volumes em relatório a parte

Bíblias e carimbos anteriores a 26/01/00 não valem.

Regionalização (Habilitação de fornecimento)	Grupo Gestor
█ - 1 3 5 6 9 10 13 14 e 17	5, 9, 10 e 13
█ - 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 e 17	4, 8 e 16
█ - 1 3 6 9 10 13 14 e 17	1, 14 e 17
█ - 2 4 7 11 e 12	2, 7 e 11
█ - 1 3 5 6 9 10 13 14 15 16 e 17	3, 6, 9, 10 e 13
█	

Condições para o fornecimento: Habilitadas na Regionalização e apresentar cotações

Habilitações somente até 3.000 m3 por cotação

Grupo Gestor monitora preços e distribuição de volumes

Sugestão Comercial – Não limitar habilitação em 3.000 m3 por cotação



SLIDE 18

ROTEIROS E PROCEDIMENTOS

- Representatividade dos membros
- Fixação de cotas de mercado
- Realização de Assembléias deliberativas
- Comitê Gestor, que terá por *atribuições*:
 - *“Resguardar a perenidade do Programa*
 - *Trabalhar a eliminação de conflitos [...]*
 - *Trabalhar pelo sigilo e segurança do Programa”*
- Rateio de Despesas
- Adesões e desistências
- Direcionamento

SLIDE 19

ROTEIROS E PROCEDIMENTOS

- Funcionamento
 - “Determinação do mercado: na assembléia mensal será determinado por estimativa o mercado para o mês seguinte por consumo geral.
 - Participação da empresa: cada E.P. se compromete a vender o número de unidades apresentado pelo valor de sua cota mercado pelo mercado estimado.
 - Acompanhamento diário: através do meio de comunicação determinado pelo CG. As E.P. se comprometem a informar no dia subsequente a venda total realizada no dia anterior e também eventuais exceções.”
- Auditoria
 - “para efeito de credibilidade do Programa serão auditados por empresa idônea escolhido pelo CG, três empresas participante. A escolha será fará por sorteio na reunião mensal.”

SLIDE 20**MECANISMOS DE MONITORAMENTO E PREVENÇÃO DE DISSIDÊNCIAS**

● Penalidades

– “1) Quebra (furo) de direcionamento

- *Invasão de obras direcionadas ou já fechadas (biblia)*
- *R\$ 1000,00 (80% para o prejudicado - 20% para o caixa), por ocorrência*
- *Após comunicação à coordenação e aviso ao infrator (horário), pedido para parar fornecimento*
- *Tolerância 20 minutos. Se houver emissão de outra nota nota, após o horário estabelecido mais R\$ 1000,00 e na continuidade R\$ 1000,00 por dia (Cobertura - R\$ 2,00 acima valor declarado p/ fechamento por ocasião do direcionamento)*
- *Vendas iguais ou acima ao preço de cobertura não serão consideradas invasões*

SLIDE 21**MONITORAMENTO E PREVENÇÃO (CONT.)**

“2) *Entrega ou fornecimento, sem lançamento e direcionamento no curso: (i) R\$ 1000,00 por ocorrência (Caixa); (ii) Parar o fornecimento imediatamente; (iii) Fornecimento passa ao descobridor da infração; (iv) Se descoberto na auditoria, somente penalidade; (v) Lançar no sistema é garantia e proteção*

3) *Feed-Back - errado ou mentiroso: (i) Sem comprovação de fornecimento - R\$ 1000,00 (por ocorrência) - Caixa; (ii) Se denúncia, fornecimento passa ao denunciante; (iii) Se descoberto na auditoria, somente penalidade*

4) *Feed-Back - omissivo: (i) Houve o fechamento, mas existiu falha interna em não efetuar o feed-back; (ii) R\$ 200,00 (por ocorrência) - Caixa*

5) *Não respeito ao processo de habilitação para concorrências/convites: (i)*

R\$ 2000,00 (por ocorrência) - Habilitados

6) *Não cumprimento ao Compromisso de Preços [...]: (i) R\$ 1000,00 (por ocorrência) - Caixa”*

- *“Acordos passados, bem como casos anteriores devem ser esquecidos*
- *Acordos entre as partes prevalecem*
- *Dúvidas ou recursos – Comitê”*

SLIDE 22**OPÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO GRUPO DE TRABALHO DE COMERCIALIZAÇÃO**

“1- Pacote de Informações de Mercado: Destinado a compartilhar informações de mercado de forma a orientar políticas estratégicas e comerciais da empresa, incluindo: a) PAE; b) Caderno Mensal; c) Reunião Mensal; d) Eventuais conferências de informações; e) Obrigação de informar no prazo estabelecido pelo grupo: transmissão do PAE, preço médio, concreiteiras, inadimplentes e estoques;

2- Pacote Comercial: Destinado a minimizar confrontos comerciais cliente a cliente a fim de maximizar o preço da venda. Incluindo: a) Sisco; b) Reuniões regionais de comercialização; c) Compromisso de proteção da carteira; d) Aceitação da distribuição de obras

3- Pacote de Consórcio: Destinado a implementar junto às empresas participantes a fixação de seu market share dentro de um consórcio de comercialização. Inclui: a) Aceitação inconteste do seu market share; b) Aceitação das regras de compensação de volume.”

SLIDE 23**OPÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO GRUPO DE TRABALHO DE COMERCIALIZAÇÃO**

Planos para Aquisição do programa:

	Pacote Info.	Pacote Comercial	Pacote Consórcio
Plano Básico	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Não</i>
Plano Comercial	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>
Plano Total	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Não</i>

SLIDE 24**DINÂMICA DE GRUPO**

- ✓ “Respeitar obras e pontos de distribuição das empresas do grupo, não diferenciando concorrência entre nossas empresas”
- ✓ “Respeitar o acordado - Não roer a corda”
- ✓ “Respeitar 100% a tabela”
- ✓ “Ter uma central de vendas, administrada pela mesa, visando o equilíbrio de cotas. Toda programação descarregada na mesa”
- ✓ “Criar mecanismo para repasse do reajuste do frete”
- ✓ “Separar a brita do frete, criar uma cooperativa de transporte”
- ✓ “Empresas participantes da mesa só contratariam transporte dos filiados.”
- ✓ “Combater não alinhados. NÃO COM PREÇOS BAIXOS”
- ✓ “Não abaixar preços p/ combater os não alinhados”
- ✓ “Descobrir pontos fracos dos nossos concorrentes não alinhados e induzir com denúncias fiscalizações”

SLIDE 25**DINÂMICA DE GRUPO**

- ✓ “Maior união entre as empresas alinhadas”
- ✓ “CONCENTRAR MERCADO”
- ✓ “CONTROLE DE PRODUÇÃO”
- ✓ “Equilibrar oferta e procura. Combater não alinhados”
- ✓ “Diminuir a produção das pedreiras para que diminua a oferta de brita no mercado, quando o mercado estiver com poucas obras”
- ✓ “Provocar crise de oferta. Desde que se conheça o potencial da concorrência.”
- ✓ “Compra de produção dos Ñ.A.”
- ✓ “Não fazer fechamentos precipitados. Valorar o grupo. Estudar junto – decidir antes”
- ✓ “Aumento de preços sistêmico”
- ✓ “Praticar pequenos reajustes mensais”

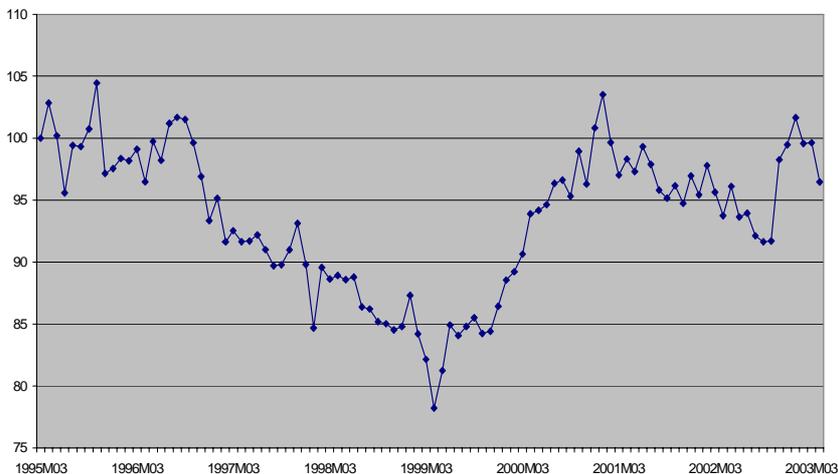
SLIDE 26

ISTO É REAL!

- Por mais surpreendente que seja, a integralidade dos fatos narrados nesta apresentação derivam de documentos apreendidos na sede de um sindicato em São Paulo, na primeira busca e apreensão realizada com base na Lei 8.884/94, pela Secretaria de Direito Econômico em 2003.
- Este caso, que foi encaminhado esta semana ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, marca, portanto, um momento histórico para a defesa da concorrência no País, demonstrando a importância de que sejam empreendidas técnicas de investigação efetivas no combate a cartéis.
- A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem se focado no combate aos cartéis em virtude dos imensos danos causados aos consumidores e ao erário público.

SLIDE 27

**Evolução do Preço da Pedra Britada na RMSP
Deflacionado pelo Índice do IBGE de Custos de Pedra
Britada na Construção Civil**



CARTEL ENFORCEMENT IN CANADA

*D. Martin Low, QC and Omar K. Wakil**

1. INTRODUCTION

Canada has a well-developed system of investigation and prosecution of cartel offences, with a number of features that promote its ability to challenge anti-competitive conduct that targets the Canadian economy from abroad. The objective of this paper is to provide an assessment of Canada's law and enforcement practice from a pragmatic perspective. The aim is to identify a number of features of the present legislation, some recent developments, and some proposed changes to Canadian law that may be of comparative interest in other jurisdictions that face problems comparable to those of Canada in responding to increasing international, functionally global, economic and competitive influences.

2. CANADA'S CARTEL OFFENCES

Canada has one federal statute, the *Competition Act*,¹ which governs all aspects of competition law. The *Act* contains several specific criminal prohibitions against cartel behaviour. The best known is section 45, the general conspiracy offence. Described by the Supreme Court of Canada as the "core" of the *Act*,² section 45 is a provision which has been used to great effect by Canada's antitrust regulator, the Competition Bureau ("Bureau"), in recent years in contesting international cartels which were once beyond the effective reach of Canadian enforcement. Since 1995, the Bureau has obtained over 40 convictions in international cartel cases (mostly through plea agreements) with fines in excess of C\$150 million, and several convictions against individual executives.

* The authors are members of the Competition Group at McMillan Binch LLP, Toronto (<http://www.mcmillanbinch.com/competitionantitrust.html>).

¹ R.S.C. 1985, c. C-34 [the "*Act*"].

² See *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992), 43 C.P.R. (3d) 1 at 32 ["*PANS*"].

Section 45 provides that:

Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property or,

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

As this language demonstrates, cartel conduct is not *per se* illegal in Canada. Rather, section 45 prohibits only those conspiracies that have “undue” anti-competitive effects, as determined under a partial rule of reason analysis.³ As with most other serious criminal offences, a conviction under section 45 requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt both the *actus reus* (illegal acts) and the *mens rea* (mental intent) of the offence. The *actus reus* is established by demonstrating that: (i) the accused was a party to a conspiracy, combination, agreement or arrangement, and (ii) the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if implemented, would likely prevent or lessen competition unduly. In determining whether the agreement would or did cause an “undue” or significant lessening of competition, courts will consider the structure of the market (including the parties’ market shares) and the behaviour of the parties. Proof of the *mens rea* of the offence is also a two-part test. The prosecution must prove that: (i) the accused subjectively intended to enter into the agreement and had knowledge of its terms, and (ii) on an objective test, that a reasonable business person would or should have known that the likely effect of the agreement would be to cause an undue lessening of competition.

³ However, as noted in Part 5 below, there are reform proposals under consideration which would transform section 45 into a *per se* offence against so-called (but vaguely defined) “hard core cartels”: see, e.g., Government of Canada, *Discussion Paper*, “Options for Amending the *Competition Act*: Fostering a Competitive Marketplace” (June 2003), online: <<http://www.pforum.ca/competitionact/dp2003.html>> [“*Discussion Paper*”].

Prosecutions have proceeded on numerous occasions against international cartels, including cases where the co-conspirators were never present in Canada. In most of those cases, including the lysine and vitamins cases, there was a specific evidence to show that the parties had targeted specific Canadian customers and markets. A similar jurisdictional basis was shown in two prosecutions in the Thermal Fax Paper conspiracy — *R. v. Mitsubishi Paper Mills Ltd.*⁴ and *R. v. New Oji Paper Co.*⁵ In those cases, the manufacturers sold their product in Japan to Japanese trading houses, at prices established by agreement among the manufacturers. As the trading houses were party to the agreement, which was specifically directed to the Canadian market, the manufacturers were held liable even though the acts leading to the agreement took place wholly in Japan. However, Canada has never directly espoused the US “effects based” jurisdictional test of *Alcoa*⁶ and *Nippon Paper*⁷ and thus there has never been a contested prosecution, which sought to apply the leading Canadian decision of jurisdictional questions, *R. v. Libman*⁸ to offshore cartels. In that case, the Supreme Court found Canadian criminal subject matters to exist where there was a “real and substantial connection” between the offence and Canada. This is a practical and flexible test that could be usefully considered in cases of international cartels, even though the facts of *Libman* concerned individuals who were in Canada for most of the acts which made up the offence, while the effects of the offence, or those victimized by the illegal conduct, were abroad.

Subsection 45(1)(c) is the specific offence most frequently charged against defendants in conspiracy cases, as it is the most-broadly worded. It covers “hard core” aspects of cartel behaviour, including naked price fixing and customer and market allocation. While there is no formal basis for doing so, it is frequently the case that the Competition Bureau will recommend, and the Attorney-General of Canada (who has exclusive authority to prosecute offenders) will accept, that multiple charges be brought against defendants, relating to anti-competitive agreements affecting either different products, regions or duration

⁴ See Competition Bureau, News Release, “Mitsubishi Paper Mills Ltd. Pleads Guilty to Two Charges Under the Competition Act” (February 17, 1997).

⁵ See Director of Investigation and Research, *Annual Report for the Year Ending March 31, 1997* (Ottawa: Industry Canada, 1997) at 13.

⁶ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 146 (2d Cir. 1945).

⁷ *United States v. Nippon Paper Industries, Co.*, 944 F. Supp. 55 (D. Mass. 1996), rev’d 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

⁸ [1985] 2 S.C.R. 178.

of the conspiracy.⁹ Among other things, this practice has the effect of dramatically increasing a defendant's exposure to penalties (which are capped under section 45 at C\$10 million/5 years' imprisonment *per count charged*) and hence the prosecutor's leverage in securing a guilty plea.

In addition to section 45, the *Competition Act* includes several other prohibitions against specific forms of competitor interaction: bid-rigging (section 47), price maintenance (section 61) and implementing a foreign-directed conspiracy (section 46). As more fully described below, each offence has its own particular elements that must be met in order for the Attorney-General to obtain a conviction.

(a) Bid-rigging

Section 47 provides a *per se* criminal prohibition on bid-rigging. The offence is exhaustively defined¹⁰ to mean: (i) the submission of bids, in response to a call for bids or tenders, that have been arrived at by agreement or arrangement between two or more parties; or (ii) an agreement or arrangement between two or more parties, in response to a call for bids or tenders, under which one or more parties agree not to submit a bid. The defined conduct will only constitute an offence where the parties to the agreement do not provide notice to the tendering authority, before the deadline for the submission of bids, of their agreement.¹¹ It is now clear, from *Welland Chemical*, that the illegal agreement must have been entered into *prior* to the submission or withholding of the bid, and that post-bid conduct is not caught by the *Act*.¹² That is a clear difference

⁹ For example, F. Hoffman-LaRoche Ltd. was convicted of eight counts of conspiracy and fined a total of \$50.9 million for its role in the bulk vitamins and citric acid cartels: see Competition Bureau, News Release, "Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million For International Vitamin Conspiracies" (September 22, 1999).

¹⁰ See, e.g., *R. v. Welland Chemical et al.*, (December 29, 2003), Toronto M82-03 (S.C.J.), as yet unreported [*Welland Chemical*]. Mr. Low appeared as counsel in the *Welland Chemical* case, which involved a determination of whether or not an alleged agreement between two apparent competitors, by which one party agreed to withdraw a bid submitted to a municipality, constituted the offence of bid-rigging. The Ontario Superior Court accepted the submission on behalf of the accused that the offence in section 47 had been exhaustively defined by Parliament, and could therefore not extend to an agreement to withdraw a previously-submitted bid.

¹¹ *R. v. Lorne Wilson Transportation Ltd. et al.*, sub nom. *R. v. Charterways Transportation Ltd. et al.* (1982), 67 C.P.R. (2d) 188 (Ont. C.A.).

¹² *Welland Chemical*, *supra* note 10.

between Canadian and American law on bid-rigging. The principle at stake in *Welland Chemical* is that the offence is strictly defined by the language of the statute, which does not catch post-bid agreements. However, the focus is on agreements that the party seeking bids cannot effectively deal with, and once a bid is submitted, the contracting authority is able to hold bidders to the tenders. Subsequent agreements among bidders might therefore have been thought to be immaterial when the *Competition Act* was enacted. On the other hand, agreements to withdraw a submitted bid for a federal or provincial government tender are prohibited by subsection 121(1)(f) of the *Criminal Code*. There is thus some dissonance between government and commercial tenders that the recent decision in *Welland Chemical* has brought into focus.

As noted, section 47 is a *per se* offence. The prosecutor need not prove that the parties held market power or that the illegal agreement had any harmful effect on competition, as the policy basis for the offence is to protect the competitive tendering process. Commission of the defined act alone is sufficient for a conviction, which carries penalties of a fine “in the court’s discretion” and/or five years’ imprisonment.¹³

(b) Price Maintenance

Section 61 of the *Act* prohibits any attempt by “agreement, threat, promise or any like means” to “influence upward” or “otherwise discourage the reduction of” the price at which any other person sells, or advertises for sale, any product. Typically, it is used to prevent suppliers from controlling the prices at which distributors and retailers offer their goods. A companion offence prohibits refusals to supply a person due to the person’s low pricing policies.

While price maintenance has traditionally been seen as a means of protecting consumers, by minimizing the restrictions on a retailer’s ability to compete on prices, the offence is broadly-worded and, by the inclusion of the word “agreement”, would apply to horizontal agreements between competitors to raise or otherwise stabilize prices.¹⁴ Like bid-rigging, price maintenance is *per se* illegal.¹⁵ The offence lies in the attempt, and parties can be liable even where

¹³ *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 735.

¹⁴ See generally, O.K. Wakil & C.W. Halladay, “Canada Again Considers Reform of Criminal Pricing Offences” *Antitrust Report* (July, 2002) 2 at 4-6.

¹⁵ Typically, price maintenance tends to be local in character, involving restraints on merchants in sales to consumers. However, in *R. v. Rittenhouse Ribbons & Rolls Ltd.* the

there has been no harm to competition or, worse, where the initial attempt to raise prices was unsuccessful. Penalties for price maintenance are the same as for bid-rigging: unlimited fines¹⁶ and/or prison sentences for up to five years.

(c) Foreign-directed Conspiracies

Section 46 is a unique provision of Canadian competition law which reflects the vulnerability of the Canadian economy to the influence of offshore corporate decision-making. The section literally provides that a Canadian corporation may be convicted and fined in an unlimited amount for implementing any policy or directive of any foreign person that is in a position to influence the Canadian entity, where the policy or directive would give effect to a foreign cartel in Canada. Notably, under the language of the section, liability can attach even where the Canadian company had no knowledge of the foreign conspiracy:¹⁷

Any corporation, wherever incorporated, that carries on business in Canada and that implements, in whole or in part in Canada, a directive, instruction, intimation of policy or other communication to the corporation or any person from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation, which communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45, is, whether or not any director or officer of the corporation in Canada has knowledge of the conspiracy, combination, agreement or arrangement, guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court. (emphasis added)

To date, the section has only been used to reach the Canadian affiliate of a foreign corporate cartel participant. An arguable objective of imposing such a strict liability is to ensure that the economic penalties imposed on the Canadian affiliate will be felt by related parties abroad, where a multi-national entity is involved in an offshore cartel that is carried out in Canada. By facilitating the pros-

accused was convicted under section 61 as an aspect of the international cartel arrangements in the thermal fax paper case: see Director of Investigation and Research, *Annual Report for the Year Ending March 31, 1996* (Ottawa: Industry Canada, 1996) at 18.

¹⁶ Note that, despite the lack of a cap on fines under sections 47 and 61, fines under these provisions typically do not exceed C\$200,000 per count charged.

¹⁷ See D.W. Kent, R. Wisner and O.K. Wakil, "Record Fine in Canadian UCAR Case: Competition Bureau Continues to Target International Conspiracies" (Summer, 1999) *International Antitrust Bulletin*.

ecution of their Canadian affiliates, this provision is aimed at deterring foreign corporations from carrying out international cartels in Canada. However, the language of the section, read literally, would apply to any Canadian corporation that is subject to *any* foreign directive. It could clearly be argued that a Canadian arms' length, third-party distributor for an offshore supplier that is involved in a foreign cartel is liable under the statute. This interpretation has never been put before a Canadian court, but prosecutors have recently asserted that such a third party is liable to prosecution as the unwitting agent of a foreign manufacturer beyond Canadian jurisdiction. The policy basis for that approach, as opposed to treating related parties as components of a single economic undertaking, seems controversial. Unlike cases under the bid-rigging and price maintenance provisions, fines assessed under section 46 have been very substantial.¹⁸ Due to the absence of any statutory cap, fines have on occasion exceeded the maximum fine that could have been levied against a member of the cartel under the general conspiracy offence.¹⁹

Notably, all of these companion provisions are *per se* offences, leading perhaps to the conclusion that where the Bureau can make a case against conspirators under one of these offences, it will do so in order to avoid having to prove market power and economic harm as required in a section 45 prosecution. No less an observer than the Industry Committee of the Canadian House of Commons has reached a similar conclusion — in commenting on proposals to abolish the price maintenance offence and treat cases of horizontal price maintenance under section 45, the Committee noted that the Bureau was the “lone dissenter” to this proposal, and that it could “only offer a higher success rate when prosecuting under a *per se* offence as its reason from departing from expert opinion”.²⁰ For the present, while it is true that

¹⁸ Bid-rigging and price maintenance offences have generally been local in character with limited economic impact. International cartel convictions, on the other hand, have typically involved very significant volumes of commerce, consistent with their statutory status as “*unduly preventing or lessening competition*” in Canada.

¹⁹ See, e.g., *R v. SGL Carbon AG* (C\$12.5 million) (2000, graphite electrodes) and *R. v. UCAR Inc.* (C\$11 million) (1999, graphite electrodes), where fines exceeded the C\$10 million cap that would have applied had the defendants been charged under section 45. Other corporations that have been convicted and fined under this section include *Sumitomo Canada Limited* (C\$1.25 million) (1993, insecticides), *Chemagro Limited* (C\$1.25 million) (1993, insecticides), *Roussel Canada Inc.* (C\$370,000) (1999, bulk vitamins), *Tokai Carbon Co., Ltd.* (C\$250,000) (2001, graphite electrodes) and *Mitsubishi Canada Limited* (C\$250,000) (1994, thermal fax paper).

²⁰ House of Commons, Standing Committee on Industry, Science and Technology, “A Plan to Modernize Canada’s Competition Regime” (April, 2002) at 75.

the general conspiracy offence requires a “rule of reason” analysis, companies and their legal counsel should be aware of these instances where cartel behaviour could be prosecuted on a *per se* standard.

3. THE INVESTIGATIVE POWERS OF THE COMPETITION BUREAU

The Bureau has extensive compulsory powers that may be invoked where the Commissioner of the Bureau commences a formal “inquiry”. An inquiry may be commenced where the Commissioner has “reason to believe” that there has been a violation of the criminal provisions of the *Act*, where the Commissioner is directed to do so by the Minister of Industry, or where an application to open an inquiry is made by six residents of Canada. The latter two criteria seek to ensure that there is scope for examinations of competitive situations where the Competition Bureau may have other priorities and, in that sense, they may operate as an outlet for broader public interest analyses. A directive from the Minister or a six-resident application cannot compel the Commissioner to take any particular enforcement proceedings, but the statutory requirement to submit a written report to the Minister upon the discontinuance of such an inquiry typically ensures that the Commissioner will closely examine the facts. The risk of such “public interest” inquiries is that the target(s) of the examination may have to incur the substantial costs and inconvenience that such an inquiry precipitates without any objective, prior reason to believe that anti-competitive conduct has occurred. The Commissioner has historically tended to approach such inquiries with considerable care to avoid the risk of frivolous, unsubstantiated or competitively motivated complaints. Ministerial directions for inquiries have been used very sparingly, out of concern that such initiatives may be perceived to flow from political, rather than competitive or economic, concerns.

During an inquiry, the Commissioner has extensive investigative powers to obtain information by means of search warrants, wiretaps and orders for production (under section 11 of the *Act*). These statutory powers supplement information supplied voluntarily by complainants, marketplace participants, immunity applicants²¹ or fellow enforcement agencies in other jurisdictions. With co-operation between competition agencies on the rise,²² it can be expected that this latter category will grow in importance as a source of information for the Bureau.

²¹ See Part 4, “Immunity Considerations in Canada”, below.

²² See Part 5, “International Co-operation”, below.

(a) Search Warrants

Search warrants may be obtained by means of an *ex parte* court order under section 15 of the *Act*. Under that section, the Commissioner must establish that there are reasonable grounds to believe that a criminal offence has been or is about to be committed, as well as reasonable grounds to believe that relevant evidence is located on the premises to be searched. Preventing access to premises or otherwise obstructing the execution of a search warrant is a criminal offence and the Commissioner may enlist the support of the police if access is denied. It is an almost universal practice in Canada for search warrants to be used in Bureau investigations of cartel activity.

Section 16 of the *Act* expressly provides for the search and seizure of computer records and permits court applications to set the terms and conditions for the operation of a computer system during the search. The Bureau has developed cutting-edge, internal expertise and technology for the conduct of electronic searches, and has shared this expertise with fellow competition agencies. Its powers under section 16 are very broad, though there has been little judicial consideration of these powers. One particular issue relates to the territorial scope of computer searches. In past investigations, Bureau officers have downloaded data stored outside Canada in the course of searching computer systems located in Canada. If the data stored abroad can be retrieved on a terminal in Canada, there is a strong textual argument that such data can be seized from that location. (It should be noted that this interpretation does have important privacy and extraterritorial implications that are untested.) But there continues to be controversy as to the precise limits of the authority granted by a warrant authorising a search of computer systems. Other provisions in the *Act* conferring explicit investigative authority to deal with records physically located abroad could suggest that the scope of section 16 should be limited to data stored and retrievable in Canada. The Bureau has exercised care, in practice, where an information system in Canada is linked to other systems abroad. There are practical measures, such as the establishment of inter-office firewalls, that private parties might take to inhibit access by Canadian searchers to foreign-located data. However, to avoid any risk of perceived obstruction or interference with an investigation, such steps should only be undertaken as part of a corporate data management policy, and not as an *ad hoc* response to the execution of a warrant under section 16.

Documents that are subject to solicitor-client privilege may not be seized under a search warrant, and the *Act* contains a specific rules for determining the validity of privilege claims, as well as provisions requiring the Commissioner to

make a report to the court in order to retain seized documents. Since the affected corporation can ultimately request a retention or privilege hearing, and because evidence procured through an illegal search may be excluded at trial, the courts have generally ruled that search warrant orders may not be appealed.²³ However, a warrant may be set aside in specific circumstances (*e.g.* due to material non-disclosure or misrepresentation in the affidavit supporting the Commissioner's *ex parte* application) and proceedings to challenge such warrants are not unusual.

Amendments to the *Criminal Code* in 1999 gave the Commissioner the additional power to intercept private communications through electronic means, *i.e.* wiretapping.²⁴ This power is restricted to investigations of conspiracy, bid-rigging and serious deceptive marketing cases. It requires prior judicial authorisation. Wiretapping has very significant resource and other implications and its use therefore will likely imply that other investigative tools have produced sufficient probative information to satisfy a judge that the intercept should be authorized. How often those circumstances will arise in cartel cases remains to be seen, although there are indications of increasingly frequent resort to wiretaps in the context of deceptive telemarketing scams.

(b) Section 11 Orders

By means of an order under section 11 of the *Act*, the Commissioner may compel the production of pre-existing records and documents, as well as newly-created, written returns of information. These orders require a person to produce records and written returns under oath or affirmation within a certain period of time. In the application for a section 11 order, which is *ex parte*, the Commissioner need only satisfy the court that an inquiry has been initiated (see Part 3(a) above) and that a person is likely to have relevant documents in his possession or control. Section 11 orders are often used as a follow-up to the execution of search powers under section 15. But they may also be used in lieu of search warrants, because the threshold test for obtaining a section 11 order is lower than that for obtaining a warrant.²⁵ However, as noted, the Bureau is prone to start its investigations with a search.

²³ *R. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694, 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

²⁴ S.C. 1999, c. 2, s. 47 (amending s. 183 of the *Criminal Code*).

²⁵ There is some uncertainty about this statutory standard for compelling production of documents: *R. v. Jarvis* [2002] 3 S.C.R. 73.

Section 11 may also be used to compel witnesses who may have relevant information to appear and answer questions related to the inquiry under oath. The examination takes place before a presiding officer who can determine the propriety of questions asked and the conduct of the examination. Although inquiries must be conducted in private, any person who is the subject of an inquiry is entitled to attend the examination of a witness, unlike the US tradition of Grand Jury secrecy. This may have significant implications, both for the investigation and for the party whose employee is being examined, particularly if other subjects of the inquiry become aware of the examinations. However, the presiding officer has the power to safeguard confidential information by excluding representatives of competitors from commercially sensitive aspects of the examination.

A witness is not excused from testifying on the ground that the testimony may incriminate the person, although section 11(3) provides that no evidence obtained from a witness under a section 11 order may be used against that person in any subsequent criminal proceedings. This limitation is consistent with decisions of the Supreme Court of Canada establishing use and derivative use immunity for persons compelled to give evidence under statutory powers of investigation.²⁶ But where an individual employee of a corporation has been compelled to give evidence under section 11, the evidence is admissible against the corporate accused or co-workers. Furthermore, there is no protection against the subsequent use of documents obtained under a section 11 production order.

A significant Canadian investigative innovation is found in subsection 11(2) of the *Act*. That provision is directed against the foreign affiliate of a Canadian corporation, and permits a court to order the Canadian entity to obtain and produce to the Bureau relevant records that are in the possession or control of an affiliated corporation outside Canada. There are numerous untested legal questions that arise from this provision, which is a “long arm” investigative tool not unlike those available to US litigants. It may require action which the Canadian entity has no legal capacity to carry out; for example, the Canadian corporation may have no legal right to require compliance by its foreign parent or a sister company. Notwithstanding this potential limitation, the exposure of the Canadian entity to compulsion in Canada, enforceable by the Canadian court’s power to punish non-compliance with its orders, is a practical effort to secure evidence in matters affecting Canadian commerce. Current litigation may test some of these issues.

²⁶ See, e.g., *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1990] 1 S.C.R. 425, 67 D.L.R. (4th) 161; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, 123 D.L.R. (4th) 462.

4. IMMUNITY CONSIDERATIONS IN CANADA

(a) Immunity Applications

The Commissioner's *Information Bulletin*, "Immunity Program Under the *Competition Act*",²⁷ sets out the circumstances under which immunity can be obtained and the level of co-operation required to maintain immunity throughout the life of an investigation. The Bulletin (and its related FAQs)²⁸ reflects the current practice of the Commissioner and, by extension, the Attorney General. Since its publication in September 2000, there has been a significant increase in the number of immunity requests and, in the early going, the Bureau received about one per month.²⁹ The authors understand that many applications under the new policy involve purely domestic cases whereas, under the previous program, only one or two exclusively domestic cartels were uncovered by the availability of immunity.

The Bureau's programme offers immunity or leniency in exchange for co-operation with a Bureau investigation, subject to certain minimal requirements. The Commissioner will recommend to the Attorney General that immunity be granted to a party in the following situations: (i) the Bureau is unaware of an offence, and the party is the first to disclose it; or (ii) the Bureau is aware of an offence, and the party is the first to come forward before there is sufficient evidence to warrant a referral of the matter to the Attorney General.

The requirements for a grant of immunity are as follows:

- the party must take effective steps to terminate its participation in the illegal activity;
- the party must not have been the instigator or the leader of the illegal activity, nor the sole beneficiary of the activity in Canada;
- the party must provide complete and timely co-operation throughout the course of the Bureau's investigation;

²⁷ Competition Bureau, "Immunity Program Under the Competition Act" (September 21, 2000), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/immunitye.pdf>>. See also Competition Bureau, Frequently Asked Questions "Immunity Programme under the Competition Act" (November 27, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02312e.html>>.

²⁸ See D. M. Low, Q.C., "The Competition Bureau's Immunity Program: A View of Policy and Practice in Canada" (April, 2001) *Antitrust Report* at 2.

²⁹ Notes for an Address by Konrad von Finckenstein QC, Commissioner of Competition, to the Canadian Bar Association Competition Law Section Annual Meeting (September 20, 2001) at 5, online: <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/kvf0901.pdf>>.

- where possible, the party must make restitution for the illegal activity; and
- if the first party fails to meet the requirements, a subsequent party that does meet the requirements may be recommended for immunity.

While the Commissioner's policy does not legally bind the Attorney General, who has the exclusive authority to grant immunity in competition cases, there is a high degree of probability that a recommendation by the Commissioner will be followed (the Attorney General's policy directives to federal prosecutors now make specific reference to the Commissioner's Program, and the Commissioner's legal advisors conduct the prosecutions under the *Act* and advise on the conduct of an investigation). We are not aware of any case in which a recommendation for immunity has been rejected and the Canadian approach seems a practical way of marrying the interests of an investigative body with the requirements for an independent exercise of prosecutorial discretion.

However, as a recent case in the United States has demonstrated,³⁰ an applicant's responsibilities do not end once a provisional guarantee of immunity ("PGI") has been granted. A PGI can be withdrawn where the applicant does not comply with all of its ongoing obligations (most notably, "complete and timely co-operation" and full, frank and truthful disclosure of *all* offences³¹). There are other, potentially debatable aspects of disqualification; for example, where the instigator or ringleader of a cartel is disqualified. That is a criterion that may be only capable of evaluation subsequent to the provision of the applicant's self-incriminating evidence and other material that comes to light in the course of the inquiry. As the immunity applicant will provide its evidence under the scope of an inducement — a provisional grant of immunity — there might be serious issues of voluntariness of a corporate or individual "confession", if the immunity were revoked on this ground. At present, all that can be said is that, pending clarification of the *Stolt-Neilsen* decision, there will be some uncertainty for parties that have been admitted to the US or Canadian programmes.³²

³⁰ See, e.g., *Global Competition Review*, "DOJ in Leniency Shock" (March 26, 2004), online: <http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=1665>, which discusses the recent decision by the US Department of Justice to terminate the immunity granted to Stolt-Nielsen, in the ocean tanker cartel investigation, for making "false representations".

³¹ Immunity Program, *supra* note 27 at 5 (section F, items 27-28).

³² Scott Hammond, the Director of Criminal Enforcement of the US Department of Justice, recently indicated at the ABA Antitrust Section's Spring Meeting that the decision was an objective application of the clear conditions of the DOJ's policy. He also stated that

The Canadian program reflects the “first-in” amnesty regime employed in the United States. It is therefore important to stress the advantage of being the first party to approach the Canadian competition authorities. Firms that are “first in” with evidence of a conspiracy where the Bureau does not have a provable case can expect a free pass for both the corporation and all implicated officers and employees. However, the party must be “first in” *in Canada*. The Immunity Bulletin is clear that being first in another jurisdiction will *not* result in any favourable treatment in Canada.³³ There have been two cases in which the party that obtained amnesty as the first to apply in the US was slow to come forward in Canada; each corporation was required to plead guilty in Canada and subjected to significant fines.³⁴ In this sense, timing is everything. The timing of a telephone call may mean the difference between complete immunity and a corporate fine of millions of dollars.

Because of the acknowledged pressure to be the first to apply, the Competition Bureau has adopted the US Department of Justice’s practice of accepting a “marker”. If a party is certain that an offence has been committed, but is not yet able (due to the state of its internal investigation) to substantiate the matter, it may preserve its place as “first in” by requesting a marker, often by means of a telephone application to reserve its status. There is a clear incentive for the Bureau to encourage parties to take the initiative as early as possible, and the marker practice facilitates that objective. Granting a temporary marker is fair treatment for the first party to recognize and accept its responsibility in Canada. But it is susceptible to strategic practice, if a party learns about the problem from initiatives taken by another amnesty applicant with other enforcement agencies abroad. In one recent case a party applied for a marker in Canada, while a different amnesty applicant in the US is trying to ascertain whether the conduct applied to Canada. In such a case, there is a real prospect of incompatible immunity outcomes in different jurisdictions, and parties considering an immunity application should be aware of the importance of coordinated applica-

when the facts in that case become public, the conduct that led to the decision will be apparent to all observers. However, this does not assist the advisors of companies or individuals who may be considering an immunity application in the interim.

³³ Immunity Program, *supra* note 27 at 5 (section G, item 31).

³⁴ See Competition Bureau, News Releases, “Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million for International Vitamin Conspiracies” (September 22, 1999); and “Competition Bureau Investigation Nets \$600,000 Fine from Bioproducts Incorporated” (August 19, 2003).

tions to all relevant competition agencies that have adopted leniency or immunity programs.

Related to this concern is the potential for strategic delay by the beneficiary of the marker. Having blocked applications by others to qualify as “first in”, it is unacceptable for the marker holder to stall in providing the requisite evidence to the Competition Bureau. Although there are no specific standards or timetables laid down by the Bureau on this issue, it is evident that it is aware of the problem, and in particular, bureau officials have expressed concern that its investigative needs are being subordinated to a marker holder’s interests elsewhere. It appears that a marker holder in Canada has been displaced due to their inability or unwillingness to move forward quickly with providing cooperation, but so far (unlike the *Stolt-Neilsen* example in the US) there have been no public pronouncements to this effect. There is, however, a countervailing concern that excessive pressure not be placed on the marker-holder, in order to avoid jeopardizing proper investigation of the conduct and interviews of the key individuals. There is a need for both administrative care and further clarification of the ground rules applicable to the marker initiative.

If it is not possible to be “first in”, there are important reasons to consider being the second party to co-operate. A party will not be eligible for immunity if the Bureau has been made aware of the offence by another, earlier, immunity recipient, but the second party to offer co-operation will, as a practical matter, be considered for favourable treatment. (It may also qualify for immunity where the first party fails to meet of the requirements under the Immunity Program.) Typically, a secondary applicant will qualify for a reduced penalty, perhaps as low as 12% of affected commerce (depending on the value of co-operation and any aggravating factors), especially if the Bureau does not yet have sufficient evidence to recommend that charges be brought against the applicant. Subsequent applicants are likely to be offered fine settlements of 20% and then 30-40% of the relevant volume of commerce, depending upon their position in the queue as well as other aggravating or mitigating factors.³⁵ Individual executives of the second party to cooperate may also escape prosecution, whereas later parties should expect individual prosecutions and possible jail sentences. Conspirators who seek to resolve their exposure later in the investigation will have very limited opportunity to negotiate favourable terms regarding both fine levels and the exposure of culpable indi-

³⁵ See *R. c. Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.* [2001] J.Q. no 3424 (Que. Sup. Ct.), where the court generally adopted this hierarchy of fines.

viduals. In short, those who wait inevitably have less to offer, as each co-operating party strengthens the prosecution's case by reducing the evidentiary and litigation risks for the prosecution, and thus its incentive to accept lower fines.

(b) The Application Process

The immunity application process typically involves the following steps:

- Initial Contact: Anyone may initiate a request for immunity in a cartel case by communicating with the Deputy Commissioner of Competition, Criminal Matters. Some information will need to be provided to determine whether the party qualifies for immunity and, as noted above, a “marker” may be granted.
- Provisional Guarantee of Immunity: If the party decides to proceed with the immunity application, there will need to be a description of the illegal activity, usually in hypothetical terms. The Bureau will then present all the relevant information to the Attorney General, who has independent discretion in these matters and who will, if satisfied, issue a written provisional guarantee of immunity.
- Full Disclosure: Following the provisional guarantee of immunity, the party must make full disclosure to the Bureau. The disclosure will be on the basis that the Bureau will not use the information against the party, unless there is a failure to comply with the party's continuing obligations under the immunity agreement.
- Immunity Agreement: If the Attorney General accepts the Bureau's recommendation after full disclosure, the Attorney General will execute an immunity agreement that will include all of the party's continuing obligations.

The moment that corporate managers become aware that their enterprise is implicated in an international cartel — or conclude that they do not want to continue participating in such a venture — they face a pivotal decision. Whether the corporation should contact authorities with an offer to co-operate or hope that none of its co-conspirators initiate such contact (and take the attendant risk of discovery, prosecution and conviction) becomes the key question. The latter course is a high-risk strategy, especially in light of the existence of amnesty programs. There may be enormous consequences associated with a litigated loss and, therefore, tempting reasons to co-operate.

³⁶ See generally, D.M. Low QC, “International Co-operation in the Enforcement of Competition Laws: Recent Canada-United States Criminal Experience,” in Competition

5. INTERNATIONAL CO-OPERATION

In international cartel cases, the Bureau will often co-operate closely with other competition agencies, either through formal processes or informally.³⁶ Formal procedures in criminal cases involve the invocation of Mutual Legal Assistance Treaties (“MLATs”), with the United States and numerous other countries and under competition co-operation agreements, which have a civil-focus, such as the recently upgraded positive comity agreement between Canada-US³⁷ as well as agreements between Canada and Australia and New Zealand,³⁸ Chile,³⁹ Costa Rica,⁴⁰ the EU,⁴¹ Mexico⁴² and the United Kingdom.⁴³ Several other agreements are under negotiation. Furthermore, there are often informal contacts between Canadian and foreign investigative agencies on common issues during an inquiry. While they have been used sparingly, the MLATs permit Canada and co-operating countries to undertake formal procedures in their own jurisdictions to obtain evidence for a foreign investigation. These arrangements also permit Canadian and other agencies to co-ordinate their enforcement activities, exchange confidential

Law for the 21st Century: Canadian Bar Association Competition Law Section 1997 Annual Conference (Huntington, NY: Juris Publishing Inc., 1998).

³⁷ See Competition Bureau, News Release, “Canada and the U.S. Sign Cooperation Agreement on Competition Law Enforcement” (October 5, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02958e.html>>.

³⁸ See Cooperation Arrangement Between the Commissioner of Competition, the Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission, online: <<http://strategies.ic.gc.ca/ssc/ct02030e.html#top>>.

³⁹ See Competition Bureau, News Release, “Competition Bureau Signs Co-operation Arrangement with Chilean Competition Agency” (December 17, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02175e.html>>.

⁴⁰ See Competition Bureau, News Release, “Canada-Costa Rica Agreement could provide Framework for Competition Policy in FTTA” (April 23, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02172e.html>>

⁴¹ For commentary regarding the Canada-EU agreement, see O. K. Wakil, J. F. Clifford & N. H. Johnson, “Canada and the European Union Enter into A New Era of Antitrust Enforcement Cooperation” (February 2000) *Antitrust Report* 20.

⁴² See Competition Bureau, News Release, “Canada and Mexico Sign Cooperation Agreement on Competition Law Enforcement” (November 15, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02307e.html>>.

⁴³ See Competition Bureau, News Release, “Cracking Down on Cross-Border Scams: Competition Bureau Signs Cooperation Arrangement with UK Counterparts” (October 14, 2003), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02730e.html>>.

information in some circumstances and to meet regularly to discuss case-specific matters. There have been MLAT requests in competition cases between Canada and the US and with a number of European countries. With legal developments in the UK, these procedures may become more routine.

In the summer of 1994, Canadian and US authorities conducted their first joint investigation. The case involved suppliers of thermal facsimile paper and ended with convictions in both jurisdictions. A similar joint investigation by the Bureau and the US Department of Justice was conducted in the ductile iron pipe investigation resulting in a conviction in Canada. There was also informal co-ordination (in otherwise independent and parallel investigations) in the feed additives, graphite electrodes, sorbates and bulk vitamins cases. And several new matters have highlighted that such co-operation is ongoing. In a major inquiry involving an alleged plastics additives cartel, Canadians participated in co-ordinated searches with American, European and Japanese enforcers.⁴⁴ Last May, Canadian enforcers appear to have been involved in co-ordinated international enforcement action relating to investigations in the paper and forest products industry.⁴⁵ In fact, UPM Kymmene appears to have obtained immunity from penalties in the EU, the US and Canada, according to media reports.⁴⁶ This sort of informal co-operation has

⁴⁴ Certainly the most notable recent example of true multi-agency coordination is the simultaneous searches in multiple countries by the US DOJ's Antitrust Division, the EC Directorate-General for Competition, the Canadian Competition Bureau, and the Japanese Fair Trade Commission in February 2003 in the plastic additives industry. See European Commission Press Release, "Statement on inspections at producers of heat stabilisers as well as impact modifiers and processing aids - International cooperation on inspections" (February 13, 2003), online: EUROPA <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/03/33|0|RAPID&lg=EN>; and see R.H. Pate, "Anti-Cartel Enforcement: The Core Antitrust Mission" (May 16, 2003), online: US Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201199.htm>>.

⁴⁵ "The Commission's spokesperson has also confirmed that the inspections have been carried out in close coordination with competition authorities in a number of EU countries, as well as the US and Canada." See "Spokesperson's statement on investigation in the paper and forestry products sector" (May 26, 2004) MEMO/04/123.

⁴⁶ See UPM reports, "UPM receives conditional full immunity from competition authorities" (May 25, 2004), online: <[http://w3.upm-kymmene.com/upm/internet/cms/upmcms.nsf/\(\\$all\)/9979c08dde3c1d42c2256e9f003c3935?OpenDocument&qm=menu,0,0,9](http://w3.upm-kymmene.com/upm/internet/cms/upmcms.nsf/($all)/9979c08dde3c1d42c2256e9f003c3935?OpenDocument&qm=menu,0,0,9)>; see Securities and Exchange Commission Form 6-K, "Report on Foreign Issuer" (May, 2004), online: <<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1089642/000119312504094004/d6k.htm>>; and see EU business, "EU raids major forestry firms over paper cartel allegations" (May 26, 2004), online: <<http://www.eubusiness.com/afp/040525141115.m0hemykl>>.

been very successful and appears likely to be the norm in future investigations into cartels affecting North American markets. In fact, there are now annual international conferences of cartel investigators; a meeting of cartel enforcers is now being held in Australia, with the previous meeting having taken place in Rio de Janeiro. There is no doubt that these meetings provide a forum for international cross-fertilization on best practices in enforcement and informal discussions about current issues of mutual enforcement interest.

In 1995 and 1999, the competition co-operation agreements between Canada and the United States and the European Union respectively came into force. Both agreements envisage co-ordinated enforcement activities, exchanges of information (though generally of a non-confidential character) and regular meetings to discuss matters of mutual interest. Each jurisdiction must notify the other of enforcement activities that could affect the other's "important interests" and, when requested, each must also assist the other "to the extent compatible with the assisting Party's laws and important interests". The agreements also allow one party to request that the other commence enforcement action for matters affecting the requesting state – an exercise of "positive comity" which has been invoked only very rarely in criminal matters.

Legal barriers to international co-operation, particularly with the United States, have lowered following a recent court of appeal decision that considered the thresholds for formal co-operation under the auspices of the *Canada-United States Mutual Legal Assistance Treaty*⁴⁷ ("*Canada-US MLAT*"). In *Canada (Commissioner of Competition) v. Falconbridge*⁴⁸, the Bureau had, at the request of the US Department of Justice, executed search warrants and evidence-gathering orders against Canadian companies. It subsequently sought a "sending order" authorising the delivery of materials gathered in connection with the search to the US DOJ. A lower court issued the order; the parties subject to the search appealed, claiming that the warrants were invalid and that the *Canada-US MLAT* did not authorise the exchange. Two key arguments were relied upon by the appellants, on grounds that would certainly have borne weight in a challenge to a warrant in domestic criminal proceedings:

⁴⁷ *Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, 1990, C.T.S. 1990/19 (Canada Gazette, Part 1, 1990, p. 953).

⁴⁸ (2003) 173 C.C.C. (3rd) 466; 12 C.R.(6th) 243; 225 D.L.R. (4th) 1; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied 179 C.C.C. (3rd) v; 28 C.P.R. (4th) vi.

- The sworn informations to obtain the warrants were deficient in that they failed to disclose grounds for obtaining the warrants; in particular that there were no reasonable grounds to believe that evidence relating to the offence would be found at the place where the search was conducted.
- The *Sherman Act* offences in question could not constitute the basis of a valid request because they were not “offences” as defined by the *Canada-US MLAT* and because the substance of the American offence had no Canadian counterpart as required by the Treaty.

The Court rejected both arguments. It considered the informations adequate, even though the Canadian officials were relying on “double hearsay”. The factual basis for the warrants was information obtained from an unnamed informant, which had been passed on to the Canadian authorities by US enforcement officials. The Court found that the information was credible because of the level of detail provided and the fact that the Canadians were relying on US officials with whom they had previously worked and whom they considered to be honest. The Court concluded that there was no need for Canadian enforcers to independently verify the information. The Court also rejected the appellant’s technical arguments that the *Sherman Act* offences were not “offences” for the purposes of the Treaty, as well as arguments that there was a “reciprocal offence requirement.” The Court made it clear that it was not necessary for the conduct in question to violate Canadian laws before Canadian enforcers could assist American colleagues: it is sufficient that the conduct be an “offence” as defined in the Treaty. The decision has clearly established a low threshold for the Bureau to carry out searches in connection with an American investigation and removed doubts as to whether a US offence must have a Canadian analogue before assistance can be provided and information exchanged. The apparent deference shown by the Court in *Falconbridge* to the interests of international cooperation in criminal matters is hardly exceptional, and it is likely that the disposition in this long running case will smooth the way for future Canada-US cooperation in the investigation of competition offences under the MLAT.

Unlike the Canada-US MLAT, the Canada-EU accord does not allow the respective enforcement agencies to gather and exchange confidential information for the use of the other party. The agreement is nevertheless expected to play an important role in international investigations, having regard in particular to the notification requirements that apply to the agencies’ work. It will therefore make it even more necessary for companies with Canadian interests to consider the international implications of an antitrust investigation before initiating contact with investigative agencies or responding to investigative initiatives.

In light of the MLAT and the Canada-EU and Canada-US accords, a company defending a cartel investigation that has multi-jurisdictional implications, and particularly one involving the US or the EU, should be highly sensitive to the potential involvement of the Bureau. Co-operation and the provision of mutual assistance between Canadian and US enforcement officials in international conspiracies cases have now become routine. The trend is clearly moving toward greater co-operation among international agencies.⁴⁹

A co-ordinated approach to the defence of international cartel cases is therefore increasingly critical to an effective strategy. The timing of approaches to the regulators in each jurisdiction should be considered carefully. The exposure of key individuals to prosecution in Canada is a factor of particular concern in developing a coherent defence strategy.

6. WHAT DOES THE FUTURE HOLD FOR CANADA'S CARTEL REGIME?

In June of 2003, Canada's federal government released a discussion paper entitled *Options for Amending Competition Act: Fostering a Competitive Marketplace*,⁵⁰ which contains numerous (and controversial) proposals for reforming

⁴⁹ The Commissioner of Competition noted in 1998 that “[c]ompetition law agencies around the world are increasingly co-operating to combat global cartels [...] criminal behaviour is unacceptable and perpetrators cannot expect to escape sanction in Canada by carrying out their illegal conduct outside the country”: see Competition Bureau, News Release, “\$16 Million in Fines Paid by Archer Daniels Midland for Violations of the *Competition Act* in the Food and Feed Additive Industries” (May 27, 1998), online: <<http://stategis.ic.gc.ca/SSG/ct01240e.html>>.

⁵⁰ *Supra* note 3.

⁵¹ Some of the proposals were perceived to have been spearheaded by the former Commissioner of Competition; it remains to be seen what level of priority the new Commissioner and new Minister of Industry assign to the reforms.

⁵² See Competition Bureau, News Release, “Minister of Industry Tables Amendments to Strengthen the *Competition Act*” (November 2, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02976e.html>>.

⁵³ See, e.g., the opposition to this proposal expressed by the Task Force of Canadian Bar Association's Competition Law Section, “CBA Competition Law Section – Section 45 Amendments Task Force Report”, 21 Can. Compet. Rec. 3 (Summer, 2003) at 26ff, and by numerous (in fact, a majority) of the written submissions from stakeholders in the government's consultation process, online: <http://www.ppforum.ca/competitionact/submissions_e.htm>.

the *Act*. The precise place of proposals to amend the criminal provisions of the *Act* in the new government agenda is difficult to predict at present,⁵¹ but they were not part of a recently announced package of proposed amendments.⁵² The most controversial proposal⁵³ in the *Discussion Paper* would replace the current “rule of reason” conspiracy offence in section 45 with a *per se* criminal offence aimed at “hard-core cartels” (and a companion civil provision for pre-notifying and reviewing non-criminal alliances among competitors). Among other things, proponents of reform have argued that, by requiring proof of market power and harmful effects on competition, section 45 is too difficult to enforce. The Bureau’s poor record in litigating contested cartel cases is typically cited in support of this assertion.

While effective cartel enforcement is obviously a necessary and desirable element in any competitive economy, it is extremely misleading to suggest that simply making an offence easier to prove would result in a more competitive economy. The Bureau’s impressive enforcement record over the last twelve years, since the watershed decision of the Supreme Court of Canada in the *PANS*⁵⁴ case clarified the application of section 45, suggests that Canada’s cartel law *is* effective: the Bureau has obtained convictions in 25 of 28 conspiracy cases, an 89% success rate.⁵⁵ Recent fines have exceeded C\$150 million, including several convictions against individual corporate executives. As one commentator has noted, “if defendants thought they had a chance at acquittal because of a weak law, one would not expect to see firms consistently entering guilty pleas”.⁵⁶

It is equally notable that, in each of the three acquittals under section 45, the prosecution’s case contained serious flaws — in one case, the Crown was unable to prove the illegal agreement and, in another, was unable to prove intent. *A per se* offence would not have changed either of these outcomes. Thus, only one case since 1992 has been lost due to the prosecutor’s inability to prove sufficient economic harm, and in that case the court expressly found that the Crown’s evidence was “unreliable and inconclusive” (in part due to the credibility of the Crown’s expert witness).⁵⁷ In its country report for Canada, the OECD

⁵⁴ *Supra* note 2.

⁵⁵ See H. Chandler and R. Jackson, “Beyond Merriment and Diversion: The Treatment of Conspiracies Under Canada’s Competition Act”, Roundtable on *Competition Act* Amendments, May 2000.

⁵⁶ B.A. Facey & D.H. Asaf, “Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada’s Conspiracy Laws” 20 *Can. Compet. Rec.* 4 (Winter, 2001-2002) 61 at 63.

⁵⁷ *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 290 (Ont. Ct. Gen. Div.) at 325.

⁵⁸ Organization for Economic Co-operation and Development, “Regulatory Reform in

has noted that [s]ome of the problems in enforcement — notably the record of success in contested conspiracy cases — are explained by inexperience, both of the Bureau’s litigators and of the court [...] the Bureau staff too has reportedly ‘overtried’ cases, failing to focus the analysis and delaying the process.⁵⁸ Obviously, there are other factors that must be considered when evaluating the Bureau’s record in contested conspiracy cases: the uncertainties of litigation, defendants’ retention of specialized antitrust counsel to defend the case, the presumption of innocence and all of the other general rights and protections that an accused person or corporation enjoys when facing criminal charges. Perhaps the more natural expectation is that the Bureau should *not* win all, or even most, of its contested cases: where cases are clear, settlements are the norm. Where the chances of success in a prosecution are uncertain, a loss does *not* mean that the case should not have been prosecuted.

Other issues that require careful consideration at the level of policy development in considering “*per se*” liability are the definitional and administrative difficulties with such a development. The OECD’s *Recommendation on Hard Core Cartels*⁵⁹ took years of debate to develop a description of “hard-core cartels” that is by no means sufficiently precise to provide a standard for national criminal legislation. Nor is it apparent that the OECD definition is broader or more tailored to the economic harm associated with cartels than is the current law. In fact, the economic focus of section 45 might be more properly self-defining than a *per se* standard, by concentrating enforcement efforts on those offences that are economically “undue”. The development of US jurisprudence over an extended period provides guideposts for legitimate and illegal conduct.

Canada — The Role of Competition Policy in Regulatory Reform in Canada” (September, 2002) at 42, online: <http://www.oecd.org/infobycountry/0,2646,en_2649_33759_1_70315_119663_1_37463,00.html>.

⁵⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (March 25, 1998) at recommendation A.2, online: <<http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/7328AA9E04799859C1256DAA00643D29?OpenDocument>>. The OECD defines “hard core cartel” conduct as “an *anticompetitive* agreement, *anticompetitive* concerted practice, or *anticompetitive* arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.” By very use of the term “anticompetitive” in its definition, the OECD *Recommendation* would require a competitive effects test in determining whether or not an agreement among competitors was a “hard-core cartel” — Canada’s current conspiracy offence already meets this description.

Those standards neither inhibit appropriate self-determination by businesses, in the conduct of their affairs within the law, nor do they risk allocating scarce regulatory resources to trivial, but facially anti-competitive agreements that may have no economic impact in any relevant market. But at a time when even the US is debating the *per se* rule of liability,⁶⁰ it is not obvious that the adoption of the *per se* standard by itself, without concentrating on improved measures of detection, broader international cooperation and more efficient and effective prosecution, is likely to produce greater success or more desirable regulatory intervention in a sensitive area of economic activity.

7. CONCLUSION

The purpose of this survey of Canadian investigative authority, practice and recent developments has been to highlight a number of Canadian procedures that may be of interest to international efforts to deter and punish cartels. Tremendous achievements in cartel enforcement have been recorded in recent years, which have made significant contributions to the restoration of competitive markets. Other initiatives are awaiting development in Canada and abroad. For example, the extension of extradition treaties to hard core cartel participants has been projected for several years by enforcement officials. Extradition has been available in Canada/US relations, and has recently become available to UK/North American cases (and may become a possibility for Japan, if pending proposals are enacted). In one very recent development, the US Department of Justice has initiated a formal extradition request to the UK, seeking the extradition of Ian Norris, former CEO of Morgan Crucible, a company which has been convicted of cartel related offences in the US and Canada.⁶¹ As this example shows, the efforts of enforcers to pursue cartel misconduct are always evolving.

These initiatives (and the potential flaws in them, outlined above) may be of value as Brazil and other South American countries are increasingly active in the prosecution of international cartels.

⁶⁰ See, e.g., *In the Matter of Polygram Holdings Inc. et al.*, Docket No. 9298 (July 28, 2003) and *California Dental Association v. F.T.C.* 526 U.S. 756 (1999), and a spirited debate during the Chair's Showcase Program, "The Challenge of Counselling and Litigating in the Shadow of the *Per Se* Rule" at the recent ABA Antitrust Section Spring Meeting, April 1, 2004.

⁶¹ See Competition Bureau, News Release, "Morgan companies fined \$1 Million for Obstruction and Price-Fixing" (July 16, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02917e.html>>; US Department of Justice Antitrust Case Filings, "United States v. Morganite, Inc. and The Morgan Crucible Company plc" (April 11, 2002), online: <<http://www.usdoj.gov/atr/cases/morganite0.htm>>.

SLIDE 1

COMPETITION LAW DEVELOPMENTS

10th International Seminar on Competition Policy

Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo

Costa do Saúpe, Bahia, Brazil
November 26-27, 2004

D. Martin Low, Q.C.
McMillan Binch LLP
Toronto

SLIDE 2

NORTHERN DEVELOPMENTS

Canada: 2003 – 2004:

- Current Investigations: 35 (20 international, 15 domestic), with 773 complaints
- Criminal Pleas: 10
- Fines Imposed: \$5,870,000
- Immunity Policy Review Announced
- Marker Revocation

SLIDE 3

NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)

Canada: 2003 – 2004:

- MLAT Decision: *R. v. Falconbridge*
- Extension of Jurisdiction: *R. R.J. Reynolds*
- Morgan Crucible: Obstruction and Price Fixing
- Total Fines Since 1995: \$185,000,000

SLIDE 4

NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)

United States: 2003 – 2004:

- Empagran: Uruguayan plaintiff who bought vitamins in Uruguay from a Uruguayan vendor may not sue in the U.S [unless directly “connected to” US conspiracy]
- Norris Extradition: First request from UK
- Stolt-Nielsen Conditional Immunity Revocation

SLIDE 5

NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)

United States: 2003 – 2004:

- ***Antitrust Criminal Penalty Enhanced and Reform Act: June 2004***
 - *Corporate fine maximum increases from \$10 Million to \$100 Million*
 - *Individual penalties increased to \$1 Million and/or 10 years in jail*
 - *De-trebling civil damages for amnesty recipient*

SLIDE 6

NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)

United States: 2003 – 2004:

- Infineon Plea in DRAM investigation: \$160 Million fine; 4 individuals carved out
- Total Fines Since 1997: \$2.5 Billion

SLIDE 7

EUROPEAN UNION: 2003 - 2004

- Decisions: 5
- Fines Imposed: •404 Million
- Total Fines 2001-2003: • 3.2 Billion (average of 8 decisions per year)

SLIDE 8**EUROPEAN UNION: 2003 – 2004 (CONT'D)****• New Leniency Notice**

- *Implemented in February 2002*
- *40 applications for full leniency up to September 2004*
- *27 grants of conditional leniency*

SLIDE 9**EUROPEAN UNION****Recent Developments:**

- New Commissioner Appointed: very strong staffing, including Oliver Guersent
- Competition Rules Modernized
- New Merger Regulation
- Microsoft Case: •497 Million penalty
- Increased International Co-operation: coordinated dawn raids and leniency/amnesty/immunity grants

SLIDE 10**CANADA:****KEY AREAS OF DEVELOPMENT**

1. Broadening of Criminal Jurisdiction
2. Creation of New Rights of Action
3. Expansion of Civil Litigation

SLIDE 11**1. BROADENING OF CRIMINAL JURISDICTION**

- (a) Subject Matter Jurisdiction
- (b) Personal Jurisdiction
- (c) Indirect Long-Arm Effects

How do the competition regulators in one country take enforcement action against offshore cartel participants that target its economy?

SLIDE 12

SUBJECT-MATTER JURISDICTION

- **Strong historical opposition to extraterritoriality**
 - *Blocking statutes enacted in response to extraterritorial application of U.S. antitrust law*
 - *Government of Canada has filed amicus briefs with the U.S. Supreme Court opposing U.S. extraterritorial reach of the Sherman Act*
 - *Bureau very concerned about offshore cartels that target Canadian markets or produce anti-competitive effects in Canada*

SLIDE 13

SUBJECT-MATTER JURISDICTION (CONT'D)

- General “real and substantial connection” test (*R. v. Libman*, SCC) now being applied to cover international cartels (and mergers or other anti-competitive activity) which impacts Canadian customers

SLIDE 14

PERSONAL JURISDICTION

- Traditional common law and statutory presumption is that courts only have personal jurisdiction in criminal matters (*e.g.* for cartels) if accused is present within the territory
 - *Personal service of originating process only effective in Canada*
 - *Service on corporation effected by personal service on an officer etc.*
 - *Contrast with civil service under Hague Convention*

SLIDE 15

PERSONAL JURISDICTION (CONT'D)

- Prosecutors now attempting to extend service by mail rules to foreign corporations in criminal matters
 - *R. v. R.J. Reynolds (Delaware)*

SLIDE 16**PERSONAL JURISDICTION (CONT'D)**

- Extradition can be used where criminal competition offences are covered by applicable treaties
 - *Eg. cartels in Canada, U.S. and now U.K.*
 - 2 Canada/US extraditions
 - 1 US/UK - Norris
 - Unclear whether extradition of an executive could also confer personal jurisdiction in Canada on a foreign corporation

SLIDE 17**INDIRECT EXTENSION OF CANADIAN LAW ABROAD**

- **2 main tools**
 - *Section 11 orders vs. Canadian subsidiaries*
 - *Section 46 prosecutions of Canadian companies*

SLIDE 18**SECTION 11 ORDERS**

- Section 11(2) orders allow Competition Bureau to require Canadian subsidiaries to obtain and produce documents from foreign affiliates
 - *Contempt penalties if non-compliance*
 - *Bureau now applying to subsidiaries not involved in selling the products being investigated*

SLIDE 19**SECTION 46 - PROSECUTIONS**

- Section 46 allows prosecution of Canadian companies that implement foreign-directed conspiracies
 - *Not limited to affiliates – Bureau sees unrelated distributors as exposed*
 - *No “Guilty Mind” requirement for Canadian company*
 - *No fine cap – Competition Bureau has used to avoid \$10 million maximum for main conspiracy offence*

SLIDE 20**2. CREATION OF NEW CIVIL RIGHTS OF ACTION: A NEW REGIME**

- New private rights of action for tied selling, territorial restrictions, exclusive dealing and refusal to deal (Not the general abuse of dominance provision but legislative proposals to extend Parliament)
 - *Leave of Competition Tribunal is required*
 - *Focus is on prohibition or other remedial orders*
 - *Future amendments will add penalties and / or damages for abuse of dominance*

SLIDE 21**CREATION OF A NEW CIVIL RIGHTS OF ACTION: A NEW REGIME (CONT'D)**

- Tribunal to perform gate keeping function - “may” grant leave if it:
 - “...has reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in the applicant’s business by any practice [in ss. 75 or 77] that could be subject to an order under that section.” [s. 103.1(7)]

SLIDE 22**CURRENT CASES**

- Tribunal has granted leave in 4 cases
 - Barcode Systems v. Symbol Technologies
 - Allan Morgan v. La-Z-Boy Canada
 - Robinson Motorcycle Limited v. Fred Deeley Imports Ltd.
 - Quinlan’s Huntsville Inc. v. Fred Deeley Imports Ltd.
- No case has been tried on merits
- 3 internet pharmacy refusal to deal applications rejected
- 1 refusal to deal: access to Parliamentary Press Gallery rejected

SLIDE 23**CURRENT CASES (CONT'D)**

- Tribunal applied low test for granting leave:
 - Grant leave if:
 - “sufficient credible evidence...to satisfy Tribunal that there is a reasonable possibility that [applicant’s] business has been directly and substantially affected” by respondent’s impugned conduct (e.g. refusal to deal)

SLIDE 24**3. EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION**

- **Procedurally attractive**
 - *Most provinces and Federal Court have introduced comprehensive modern class action regimes*
 - *Supreme Court ruled that ad hoc class actions OK in jurisdictions without modern rules*
 - *Courts in key jurisdiction (Ontario) allow national classes*

SLIDE 25**EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION (CONT'D)**

- **Cross-border trade in class actions increasing**
 - *Vitamins*
 - *Auction Houses*
 - *Copper*
 - *Polyester Staple*
 - *Travel Agency Commissions*
 - *Linerboard*
- **Cross-border trade in class actions increasing**
 - *Polybutylene (tort), Auction Houses, McDonalds*

SLIDE 26

EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION (CONT'D)

- Doctrinaire *Illinois Brick* approach rejected
- Direct purchasers not deemed to bear price fixing harm
- Indirect purchasers may sue
- Pass-on defence available
- Harder for direct or indirect purchaser class to show how they can prove harm on common basis

SLIDE 27

Expansion of Class Action Litigation (cont'd)

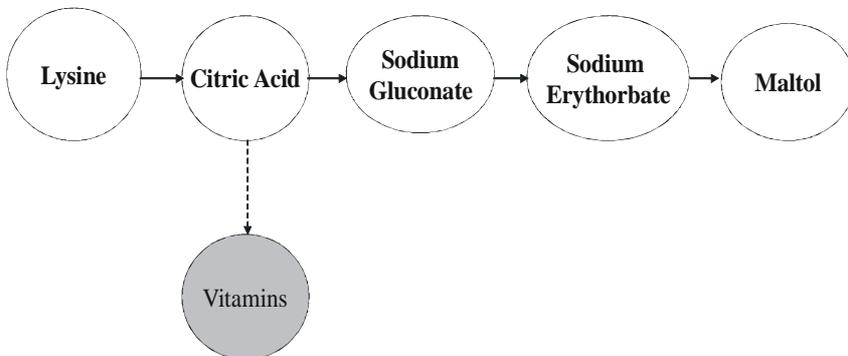
- Overall, Canada friendlier to antitrust class action defendants
- No treble damages
- No juries
- No significant punitive damages
- No *Illinois Brick*: pass on defence available; direct purchasers not deemed to bear harm & indirect purchasers entitled to prove harm
- Cartels not *per se* illegal: Class certification requires economic evidence to permit assessment of cartel impact where no conviction has been registered
- Representative plaintiffs may be liable for costs: *Garipey v. Shell*
- Co-defendants may have right to contribution and indemnity

SLIDE 1**ANTI-COMPETITIVE CONSPIRACIES:
THE OPERATION OF IMMUNITY**

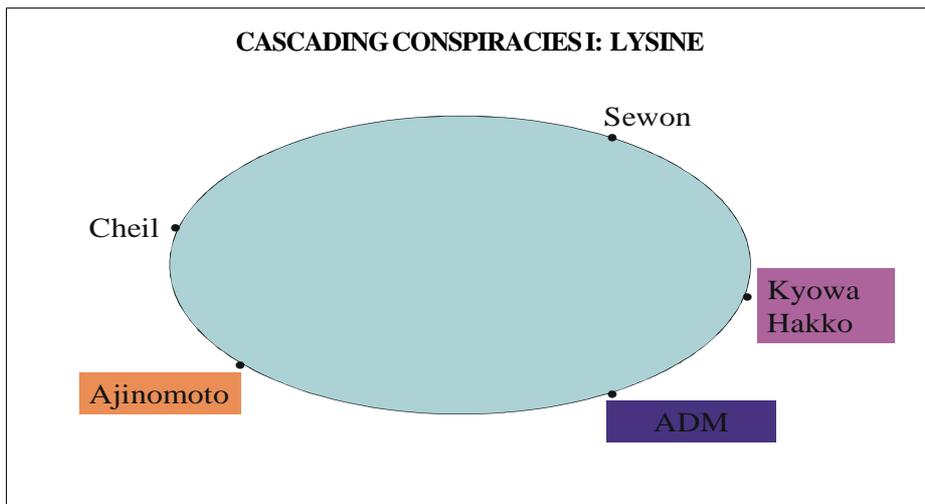
10TH INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY
INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

COSTA DO SAUÍPE, BAHIA, BRAZIL
NOVEMBER 26 – 27, 2004

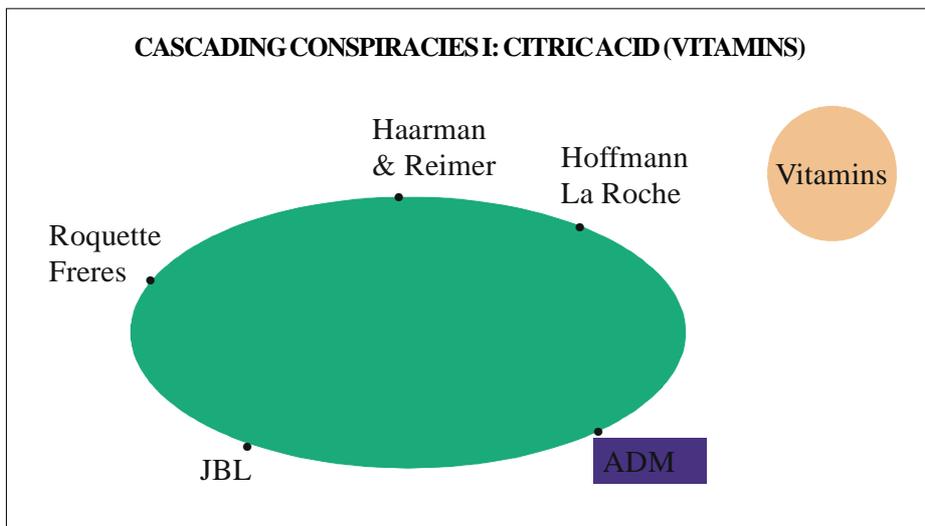
D. Martin Low, Q.C.
McMillan Binch LLP
Toronto

SLIDE 2**CASCADING CONSPIRACIES I: LYSINE OVERVIEW**

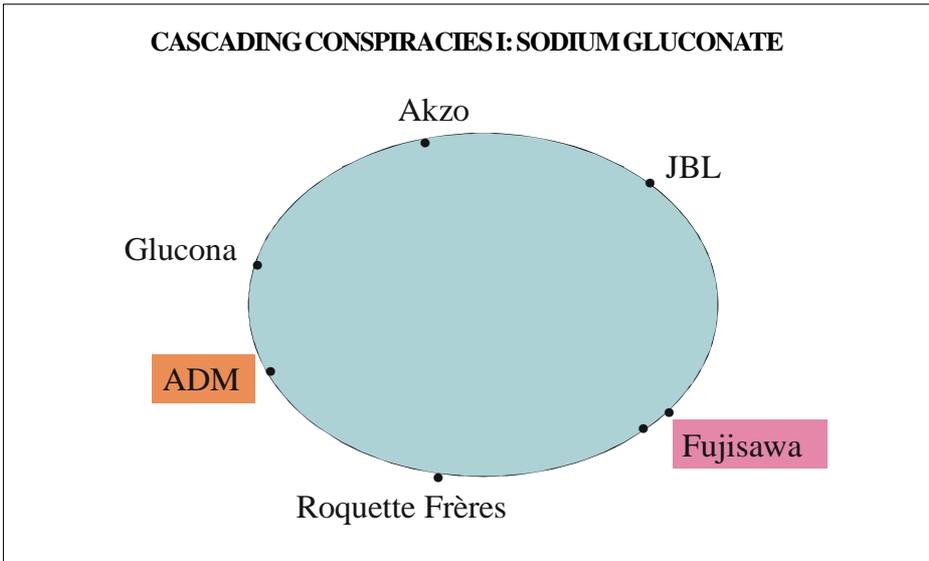
SLIDE 3



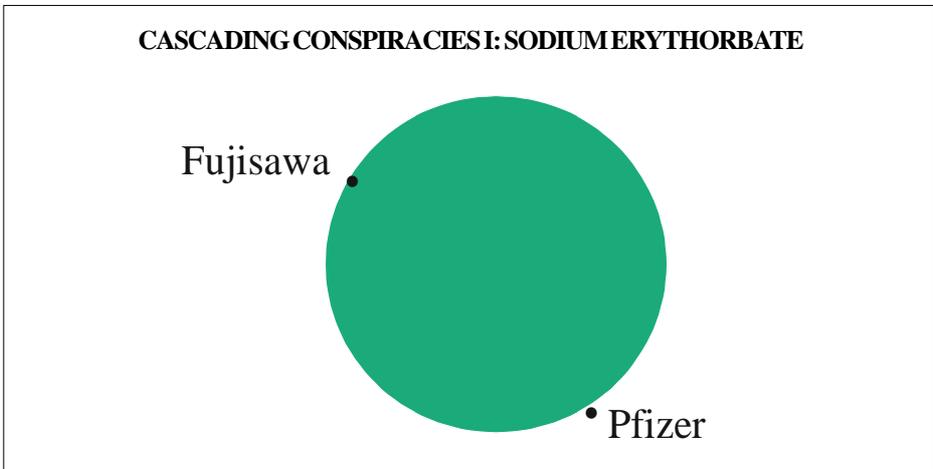
SLIDE 4



SLIDE 5



SLIDE 6



SLIDE 7

INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - LYSINE

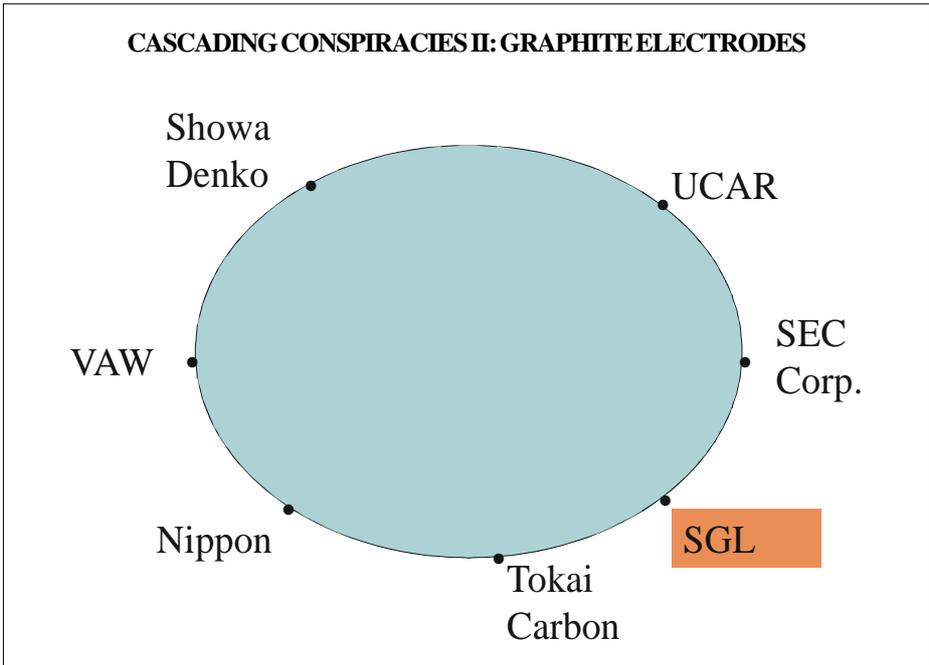
	U.S.	Canada	E.U.
ADM	\$100 M	C\$16 M	€ 43.9 M
Ajinomoto	\$10 M	C\$3.5 M	Pass
Kyowa Hakko	\$10 M	Pass	€ 13.2 M
Cheil	\$1.25 M	No sales/action	€ 10.1 M
Sewon	\$250 K	C\$70 K	€ 7.1 M

SLIDE 8

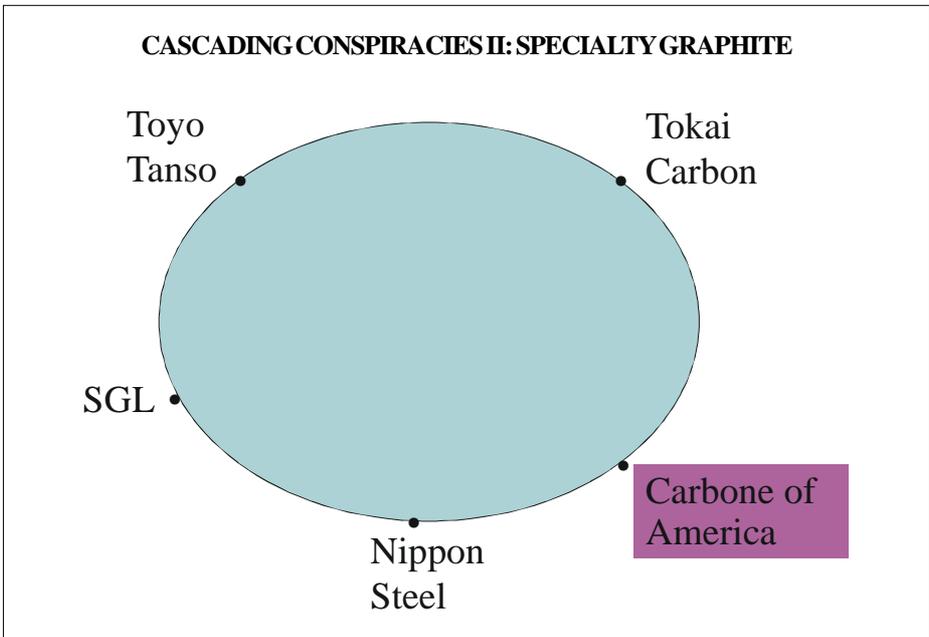
CASCADING CONSPIRACIES II: GRAPHITE ELECTRODES OVERVIEW



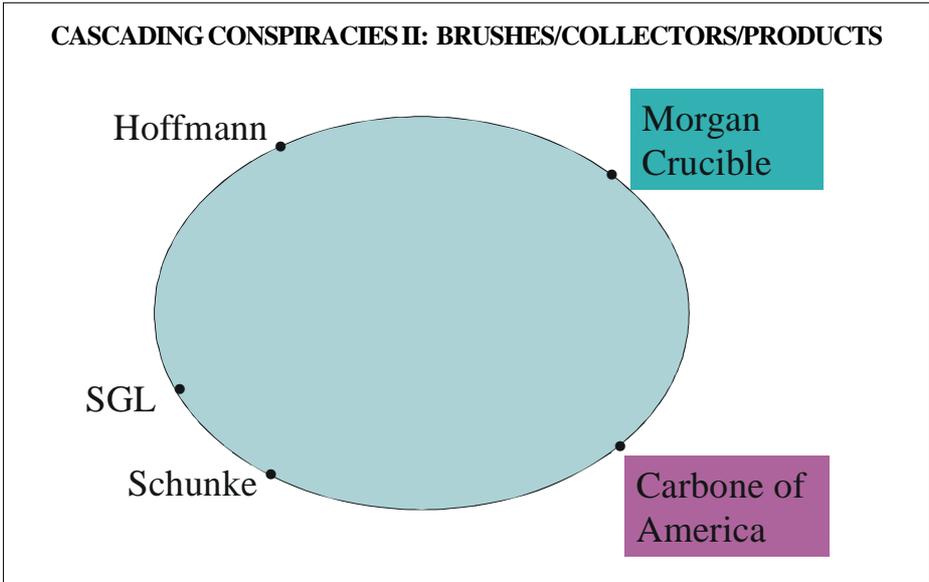
SLIDE 9



SLIDE 10



SLIDE 11

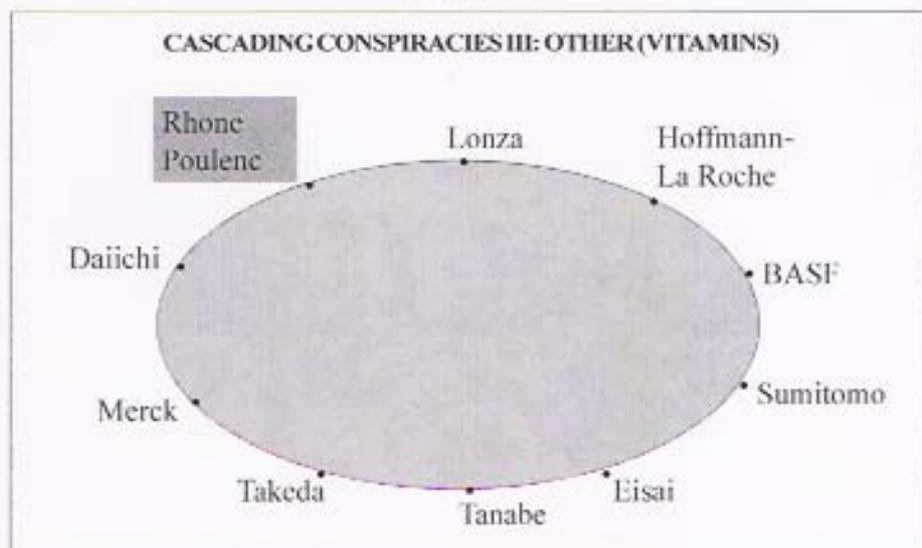


SLIDE 12

INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - GRAPHITE ELECTRODES

	U.S.	Canada	E.U.
UCAR	\$110 M	C\$11 M	€ 50 M
SGL	\$135 M	C\$12.5 M	€ 80M
Tokai Carbon	\$6 M	C\$0.25 M	€ 25 M
Showa Denko	\$32.5 M	-----	€ 17 M

SLIDE 13



SLIDE 14

INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - VITAMINS

	U.S.	Canada	E.U.
Roche	\$500 M	C\$48 M	€ \$462 M
BASF	\$225 M	C\$18 M	€ \$296 M
Rhone-P.	Amnesty	C\$14 M	€ \$5 M
Takeda	\$72 M	C\$5.2 M	€ \$37 M
Daiichi	\$25 M	C\$2.5 M	€ \$23 M
Eisai	\$40 M	C\$ 2 M	€ \$13 M
Merck	\$14 M	C\$1 M	€ \$9 M

SLIDE 15

ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE

- Overview
 - “*First In/Complete Cooperation*”
 - *Justice decision on Bureau recommendation*
 - *Federal Prosecution Service Deskbook*
- <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/fpsdeskbook.pdf>
- *Immunity Program Information Bulletin*
- <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/immunitye.pdf>
- *Immunity Program - FAQ*
 - <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct02312e.html>

SLIDE 16

ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE (CONT'D)

- Immunity-Plus
 - *new product; longer timeframe*
- Penalty-Plus
 - *undisclosed related conduct and seriously aggravating factors*
- Confidentiality/Non-Disclosure
 - *recent developments*

SLIDE 17

ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE (CONT'D)

- Marker System and its Administration
 - “*First In*”
 - *marker issued by Competition Bureau*
 - *good faith/timeliness required*
- Certainty/Predictability
 - *grounds for revocation – Stolt-Neilsen*
 - *consequences of revocation*
- Desirability of Review

SLIDE 18**EXTERNAL REACH OF CANADIAN COMPETITION ENFORCEMENT**

- Introduction: US Policy/Canadian Reaction
 - Alcoa (1934)
 - *From Uranium to Nippon Paper*
 - *CDN/UK/Australia/Japan opposition*
- Substantive Jurisdiction of Canada
 - *International conspiracies under the Criminal Code: s. 465*
 - *Effects-based jurisdiction: Libman?*
 - *Sins of those abroad: s. 46: who is exposed?*

SLIDE 19**EXTERNAL REACH OF CANADIAN COMPETITION ENFORCEMENT
(CONT'D)**

- Personal Jurisdiction
 - R. v. R. J. Reynolds – (2004), 182 C.C.C. (3d) 126.
 - *MLAT service/ Immigration watch lists*
 - *Extradition*
- ***Thomas Liquidation***
- ***Plastic Tableware***
 - *Interpol Red Notices*
 - *Personal Circumstances/Need to Travel*

DEBATE

Mauro Grinberg: Vamos dar início à parte de perguntas. Eu gostaria antes de fazer um comentário, de que esse Painel me pareceu muito curioso, porque primeiro Ricardo Cueva inverte todo o conceito que eu tinha de prova, depois a Bárbara nos ensina a fazer um cartel, depois o Martin Low manda passar o chapéu, ver se há alguém aqui querendo fazer leniência agora. Então, ficou um Painel bastante peculiar, mas de qualquer forma eu quero já dar início às perguntas e respostas e eu vou usar o privilégio da presidência dos trabalhos para fazer uma pergunta ao Conselheiro Ricardo Cueva, porque eu sempre entendi a premissa, a expressão “independentemente de culpa”, que está na lei, como contrária ao artigo da Constituição que diz que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico”, que vise à, ou seja, que tenha um objetivo, preço, aquela coisa toda. Agora, o Conselheiro nos disse aqui que essa expressão “independentemente de culpa” resulta em inversão do ônus da prova. Eu quero então perguntar a ele, pedir a ele que explicito isso, por favor.

Ricardo Cueva: A questão levantada pelo Conselheiro Prado, sobre se é possível cogitar de inversão do ônus da prova no direito da concorrência, vez que a inversão do ônus *probandi* dependeria de uma situação de hipossuficiência, é muito relevante e permite que esclareça melhor meu ponto de vista. A responsabilidade objetiva no âmbito civil aparece no limiar do século XX, quando a tecnologia e a industrialização tornam certas relações tão perigosas que é necessário abolir certas cautelas do processo convencional e inverter o ônus da prova. Exemplos disso são a responsabilidade civil do transportador, a responsabilidade civil do Estado, entre outros, nas quais a inversão do ônus da prova se justifica para remediar uma situação de hipossuficiência. Mas, quando se trata de responsabilidade administrativa por dano ao ambiente ou por lesão à concorrência, a questão já não é mais de hipossuficiência, e sim de atomização dos agentes, de uma relativa assimetria entre eles e da necessidade de garantir eficiência na apuração daquele dano a um bem jurídico relevante. Justifica-se, assim, a inversão do ônus da prova também no caso da concorrência, já que o bem jurídico tutelado pela Constituição e pela Lei 8.884 é de tal magnitude que dá ensejo a isso. Na prática, a autoridade administrativa se deferontia com uma questão de *quantum* probatório, ou seja, ela só se desincumbe da prova da autoria e da materialidade do ilícito concorrencial se tiver um mínimo de indícios que demonstrem a racionalidade econômica do comportamento do agente, com exceção, é claro, das hipóteses de cartel *hardcore* ou cartel clássico, quando os indícios da existência de colusão, por si só, permitem a formação do juízo de reprobabilidade.

Mauro Grinberg: Muito obrigado. Eu quero perguntar à Dra. Bárbara e ao Martin se têm perguntas também a fazer dentro do Painel. Reciprocamente. Cueva, não?!

Ricardo Cueva: Eu teria uma pergunta a fazer ao Dr. Martin, é o seguinte: Se, no âmbito da cooperação internacional que existe, do Bureau com outras agências, com outras autoridades da concorrência é comum trabalhar com prova emprestada? E qual o alcance da prova emprestada de outras jurisdições e da prova feita num caso que tem as mesmas partes mas em outra jurisdição? Qual o efeito que essa prova emprestada teria num caso apresentado no Canadá?

Martin Low: Well, there is, as you should all recognize a great deal of international cooperation among competition agencies. All of those agencies operate within the confidentiality obligations that they have under their domestic laws, but until, I would say two or three years ago, there was a division in the way different agencies approach this. Canada and the United States were very very close. They had a Mutual Legal Assistance Treaty which enable them to provide documents or all testimony, availability of witnesses to the other country. It did not work quite that way with the Europeans, who were very cooperative but could never, as they interpretate their law, provide any help to anyone else. They will give you anything that they had a specific obligation under their law to provide. In the last two or three years, the way that parties cooperate internationally is that if there is no specific prohibition to the provision of information then they would give you as much as they can.

In Canada, there is specific legislation for information pursue into the mutual legal assistance program. So that, if the United States were to conduct searches or downraids after request of Canada, then, after that information were provided through diplomatic channels to the Canadian authorities, that evidence would be admissible in a Canadian Court for the purposes of the prosecution of a Canadian offender. The way the process of international cooperation seems to work today is that because of the confidentiality obligations that may apply to Dr. Rosenberg and her colleagues, and that certainly apply to the competition bureau in Canada, which is prohibited by statut from disclosing any confidential information, the agencies cooperate with each other on public informations, which they can share. They cooperate with each other on economic analysis. They provide each other with leads for parties to investigate, for questions to ask, for generic description of documents that they should seek out. And all that information that is provided will be not confidential, but it will be very very helpful operation law information. And there are also cooperation agreements among many of the

competition authorities between Canada and the US, between Canada and the EU, Japan, Australia and New Zealand, and I think... Am I right, that we are working in something like that in Brazil?

Bárbara Rosenberg: Yes.

Martin Low: And so, there are these networks of cooperation arrangements that were intended to assist each of the competition authorities in providing. There is also been a study for a number of years going on in the OECD to provide for framework, for information sharing, for information that is confidential, and the American Bar Association, the Canadian Bar Association we've sent represents at to the OECD – to assist them – with that project. I'm optimistic that we'll see a recommendation from the OECD sometimes in the next year or two. That was a long answer.

Bárbara Rosenberg: Para complementar, especificamente no caso brasileiro, temos acordos de cooperação celebrados com a Argentina e com os Estados Unidos, além de um no âmbito do Mercosul. Mas um aspecto que eu queria aproveitar para enfatizar refere-se a algo mencionado pelo Martin que é a cooperação informal. De fato, esta cooperação tem tido um papel fundamental no desenvolvimento e implementação das técnicas de investigação que têm sido adotadas pela Secretaria de Direito Econômico, ressaltando que, para essa finalidade, não há qualquer necessidade de que utilizemos dados confidenciais. Em outras palavras, tomar conhecimento sobre setores que estão sendo publicamente investigados em outras jurisdições, bem como conhecer o tipo de informação ou de análise que está sendo utilizada em determinado caso acaba por auxiliar e tornar mais eficiente e efetiva nossa atividade. Assim, os contatos que vem sendo feitos com autoridades estrangeiras – seja na OCDE, seja na International Competition Network (ICN), seja em visitas a autoridades de outras jurisdições para justamente estreitar esses laços, tal como tem feito o Secretário Daniel Goldberg – reforçam a importância da cooperação internacional para tornar mais eficientes, eficazes e efetivas as investigações.

Mauro Grinberg: Para passar agora para as perguntas do público, eu quero primeiro pedir que as nossas colaboradoras se mostrem para distribuir os microfones e segundo, eu quero pedir também um pouco mais de luz para eu poder enxergar quem é que está perguntando. O Dr. Daniel Goldberg, por favor se identifique.

Daniel Goldberg (Secretário de Direito Econômico): Na verdade, eu queria só fazer uma complementação com relação à pergunta do Ricardo e às respostas da Bárbara e do Jim. Na verdade, são duas possibilidades, além dessas que foram descritas, que são as possibilidades de cooperação internacional genéri-

cas, nos termos da recomendação da OCDE e dos tratados guarda-chuva que já existem entre Estados Unidos e Brasil, e um pouco mais específicas, que é o caso dos Estados Unidos e Europa, que não é apenas um tratado guarda-chuva, é um tratado um pouco mais elaborado. O que deve estar sendo negociado com o Departamento de Justiça, para os advogados especializados em antitruste presentes, é uma pequena inovação, que é possível tecnicamente, que é o seguinte: a SDE está negociando um protocolo de atuação conjunta com o Departamento de Justiça, em que o Departamento de Justiça colhe provas para a SDE aqui no Brasil e vice-versa. Então, para responder à pergunta do Ricardo, é mais do que a prova emprestada, é uma derivação desse problema da prova emprestada, mas, nos termos do Direito Processual Civil americano, é possível que, desde que com autorização do Judiciário americano, a SDE faça um pedido para que o Departamento de Justiça faça uma busca e apreensão lá com autorização do Judiciário de lá para servir provas para um processo em curso no Brasil, quer nos termos do MLAT, que foi mencionado pela palestra do Dr. Low, quer nos termos gerais do acordo de cooperação guarda-chuva que temos. Então, o que estamos estudando agora é não só via MLAT poder utilizar prova emprestada – isso já está dentro dos princípios gerais de Direito Internacional -, mas, além disso, estamos estudando a possibilidade de que uma autoridade de concorrência peça a colaboração de outra autoridade de concorrência para que realize uma coleta de provas em benefício de um caso que não necessariamente está instaurado naquela jurisdição, mas sim na jurisdição da autoridade que o requisitou. Isso é possível dentro dos princípios gerais de cortesia positiva do Direito Internacional, e o que a SDE está negociando agora é um protocolo de cooperação para implementar o rito para fazê-lo. Já temos o OK preliminar do Departamento de Justiça, e agora estamos na fase de redação desse protocolo.

Mauro Grinberg: Dr. Pedro Dutra. Antes do Pedro fazer pergunta...

Pedro Dutra: A pergunta é ao Conselheiro Cueva.

Mauro Grinberg: Identifique-se Dr. Pedro Dutra.

Pedro Dutra (advogado): A pergunta é ao Conselheiro Cueva. Eu observei um ponto muito interessante na palestra, em que ele disse que é preciso “blindar” as decisões do CADE para que elas sejam mantidas no Judiciário. Isso é extremamente auspicioso, porque é uma linha divergente na cultura administrativa brasileira, onde boa parte das autoridades se preocupa em instaurar processos com grande divulgação e jamais estão presentes quando essas decisões são revistas pelo Judiciário sobretudo quando as decisões são de revisões positivas. Então, essa preocupação é muito interessante que o CADE a tenha, quer dizer, eu inclusive penso que é muito importante que o Judiciário reveja todas as

decisões importantes do CADE. O resultado será positivo ao final porque essas revisões vão melhorar, como já estão melhorando, essas decisões do CADE. O Conselheiro Cueva fez uma observação interessante que diz que o Regimento do CADE, ou as Resoluções do CADE, a resolução competente – que eu não sei qual é o número -, deveria contemplar uma linha de procedimento ou disciplinar o processo administrativo relativo ao ato de concentração e aquele relativo à infração. De pleno acordo. Eu penso que isso é extremamente necessário. E disse mais, que deveria haver para esse fim uma adequação à lei da lei do CADE, dos preceitos de direito processual da lei do CADE, a lei de processo administrativo, o que também me parece necessário. Ocorre, todavia - e aí já entra a minha pergunta – que a lei de direito administrativo não se aplica, ressalva os dispositivos processuais e de leis especiais. Então aqui nós já teríamos uma ressalva quando a Lei de Defesa da Concorrência disciplinar o processo no CADE. O segundo ponto é que a Lei do CADE, a Lei 8.884, no art. 83, se eu não me engano, diz que se aplicam subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil. Eu gostaria que o Conselheiro, sempre numa primeira abordagem, elaborasse um pouco como seria esta filiação, a quem essa resolução que é auspiciosa deveria atender hierarquicamente falando, à norma de processo civil, à norma de processo administrativo ou – como me parece – fazer um compósito dessas normas todas?

Ricardo Cueva: É verdade. A lei do processo administrativo faz a ressalva daqueles procedimentos próprios previstos em legislações específicas como, por exemplo, a da Receita Federal, do Banco Central e outros órgãos da administração. No CADE não poderia ser diferente. Uma adaptação e a criação de um rito específico para condutas teria necessariamente que pensar muito sobre essas questões. A lei do processo administrativo, como norma geral e como um dispositivo que disciplina aquela exigência do devido processo legal no processo administrativo, tem não *status* privilegiado, mas sem dúvida pode ser usada como um elemento norteador para criar esse rito próprio. A dificuldade maior me parece que não é essa, mas aquela outra, o fato de que a Lei 8.884 faz apenas menção ao CPC, o que pareceu um erro do legislador - deveria ter sido também mencionado o CPP (Código de Processo Penal). Parece-me que no Direito Punitivo deveria necessariamente haver uma adaptação que garantisse um mínimo de direitos aos indiciados. Como fazer isso é uma questão que ainda está sendo debatida no CADE, não há uma solução à vista.

Mauro Grinberg: Dr. Prado.

Dr. Luiz Carlos Prado (Conselheiro do CADE): A pergunta que eu vou fazer é uma pergunta de economista, mas sobre uma questão jurídica.

Gostaria de levantar um ponto que eu entendo ser muito instigante, que o Cueva propôs, e que é a questão da inversão do ônus da prova no caso de direito da concorrência. Ora, na tradição jurídica brasileira nós temos com inversão de direito da prova: o direito trabalhista, o direito do consumidor, o meio ambiente – e o meio ambiente tem uma peculiaridade, pois a tendência das decisões brasileiras ou da legislação brasileira nesse segmento tende a seguir muito mais uma solução a la Ronaldo Couse de extensão de direito de propriedade do que a tradição de Pigout, quer dizer, de que a única forma de se livrar de um resíduo é via a eliminação desse resíduo. E cada uma dessas áreas tem uma razão muito determinada para a inversão do ônus da prova. No caso do direito ambiental - eu estou falando com especialistas de direito ambiental, por isso estou falando com muito cuidado -, pelo que eu entendo, a inversão se dá porque é muito difícil determinar de um resíduo, por exemplo, quem foi aquele que efetivamente poluiu, então de alguma maneira entre vários potenciais poluidores é necessário estabelecer com clareza quem o fez. No direito trabalhista, devido a uma assimetria entre as partes. No direito do consumidor também. No nosso caso - direito de concorrência -, entendo que temos um problema particular, que é como aplicar um direito de concorrência para um país em desenvolvimento. Nesse caso, o uso do critério per se, associado com a idéia de inversão do ônus da prova pode ser perigosa, no sentido de que em muitas situações temos que levar em conta a regra da razão para viabilizar questões como inovação tecnológica e questões de escala de produção. Então, o mesmo tipo de comportamento que *ceteris paribus* pode ser um comportamento passível de punição numa situação, em situações particulares pode ser justificável. Entendo que, para um país como o nosso, há que ser criada ainda uma discussão de quais são as peculiaridades do direito de concorrência num país que tem questões particulares, um país em desenvolvimento. É muito diferente numa situação de economias maduras, como a Europa e os Estados Unidos, onde as alterações nas estruturas de mercado são muito mais previsíveis e são alterações de grandes empresas aí colocadas. Eu queria aproveitar e fazer uma pergunta ao Dr. Martin Low, primeiro chamando a atenção de que foi interessante a sua apresentação, aprendi muito com ela aqui, mas eu gostaria de perguntar justamente como é que o senhor vê as perspectivas de cooperação na área de direito de concorrência, levando em conta que um país como o Brasil é um país que recebe um número muito importante de investimentos de grandes empresas transnacionais? Nós somos, entre os países em desenvolvimento, depois da China, que é o principal destino de investimento internacional, estoque de capital estrangeiro num prazo longo. Então, uma parcela razoável de problemas que eventualmente têm efeito no Brasil se originam fora das nossas fronteiras; é muito difícil trabalhar com alguns problemas de empresas

que tem estratégias corporativas globais sem uma participação mais estreita entre os organismos e as autoridades de defesa da concorrência. E esse é um assunto que, embora tenha sido discutido em OMC e é discutido também nos acordos bilaterais, ainda a meu juízo tem um longo caminho a percorrer. O que eu gostaria é de ouvir um pouquinho a sua posição quanto à cooperação no sentido mais de médio e longo prazo do controle das grandes corporações transnacionais, nas suas estratégias globais e os efeitos em países em desenvolvimento como o nosso.

Martin Low: As a defense lawyer what I am about to say might seem strange. I am also a consumer and so therefore I have a very strong interest in a fairly competitive economy. I am a strong encourager of international cooperation to the extent that it is possible. Canada has characteristics that are very similar to those of Brazil. It is a net importer of capital. It is a plant economy in which foreign multinational corporations have significant positions in Canada and when cartels occur internationally they have a direct impact on the Canadian economy as well as the do in Brazil. And so I believe that the only effective way for the international economy to respond to international cartels which do economic damage everywhere they operate, the only way repression of cartel to be effective is cooperation. Canada has been very strongly committed to the idea of providing information to other jurisdiction, to assisting other countries with the development of their institutions and the conduct of their own cases. There are some conditions of course. Canadians companies cooperate with competition authorities in Canada or in the United States or in Europe or in Brazil on the expectation that their business secrets will be kept confidential. Clearly if Canada were to obtain proprietor confidential information that could do competitive harm to the company that has provided it and made that available to another country without some understanding of the use of that information and without some guarantee that it will not be used for other purposes: abuse of intellectual property rights, for example, then our sources of information would dry up very quickly. The Canadian government expects that when providing information to another jurisdiction that that jurisdiction will safeguard the confidentiality of the information provided, that they will not misuse for purposes other than the prosecution of legitimate competition offense and that, obviously, there would be some reciprocity. I believe that all competition authorities of International Competition Network understand those criteria.

Mauro Grinberg: O Conselheiro também quer responder a pergunta.

Ricardo Cueva: A questão levantada pelo Conselheiro Prado, sobre se é possível cogitar de inversão do ônus da prova no direito da concorrência, vez que

a inversão do ônus *probandi* dependeria de uma situação de hipossuficiência, é muito relevante e permite que esclareça melhor meu ponto de vista. A responsabilidade objetiva no âmbito civil aparece no limiar do século XX, quando a tecnologia e a industrialização tornam certas relações tão perigosas que é necessário abolir certas cautelas do processo convencional e inverter o ônus da prova. Exemplos disso são a responsabilidade civil do transportador, a responsabilidade civil do Estado, entre outros, nas quais a inversão do ônus da prova se justifica para remediar uma situação de hipossuficiência. Mas, quando se trata de responsabilidade administrativa por dano ao ambiente ou por lesão à concorrência, a questão já não é mais de hipossuficiência, e sim de atomização dos agentes, de uma relativa assimetria entre eles e da necessidade de garantir eficiência na apuração daquele dano a um bem jurídico relevante. Justifica-se, assim, a inversão do ônus da prova também no caso da concorrência, já que o bem jurídico tutelado pela Constituição e pela Lei 8.884 é de tal magnitude que dá ensejo a isso. Na prática, a autoridade administrativa se deferonta com uma questão de *quantum* probatório, ou seja, ela só se desincumbe da prova da autoria e da materialidade do ilícito concorrencial se tiver um mínimo de indícios que demonstrem a racionalidade econômica do comportamento do agente, com exceção, é claro, das hipóteses de cartel *hardcore* ou cartel clássico, quando os indícios da existência de colusão, por si só, permitem a formação do juízo de probabilidade.

E regra da razão, existem vários graus de provas que são admissíveis, portanto não me parece que a inversão do ônus da prova subverteria a finalidade do direito da concorrência.

Mauro Grinberg: Dr. Túlio, identifique-se.

Dr. Túlio: O Conselheiro Cueva usou a expressão “blindagem” das decisões do CADE, que eu acho interessante. Mas algo que eu gostaria de ponderar é sobre a importância da blindagem do próprio procedimento que existe não só dentro da SDE mas especialmente dentro do CADE, que a meu ver precisa de um cuidado mais especial. Refiro-me a situações que vemos no dia-a-dia dos casos, como, por exemplo, a dos Conselheiros que pede vistas do processo e basicamente baixam o processo em diligência, promovem audiências, solicitam informações adicionais; os Conselheiros que estão votando como vogais. Além disso, audiências são conduzidas no CADE a portas fechadas, documentos são apresentados e se argúi uma confidencialidade sobre todo documento, e nenhuma versão não-confidencial é disponibilizada para as outras partes. Enfim, uma série de questões estão surgindo no âmbito dessa dualidade de dilação probatória, quer dizer, aquela complementar dilação probatória que existe no CADE, que, aos olhos do Judiciário – creio eu - vão gerar muitas perplexidades. Quer dizer, todo esforço que há para

a coleta de provas pode cair por água abaixo no momento em que o Judiciário se vê com esse tipo de situação que flagrantemente viola um mínimo de devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Como o cenário de mudança da lei é algo previsível - ninguém sabe sequer se o projeto vai ser encaminhado -, eu acredito que amanhã este tema vai ser abordado, em que cuidados o CADE está pensando em termos de criar uma blindagem para o procedimento administrativo que é a coisa mais básica que pode existir, de tal maneira que essas decisões possam ter o mínimo de sustentabilidade no Poder Judiciário, caso contrário vamos ver todas as decisões importantes do CADE - e a tendência é de que haja cada vez mais decisões importantes, especialmente nos casos de cartel -, caírem no Judiciário por falta de viços procedimentais. Então, que cuidados estão sendo tomados para a blindagem desse tipo de procedimento?

Ricardo Cueva: Bom, me parece, o primeiro cuidado é aquele que foi mencionado hoje de manhã pela presidente Elizabeth Farina, que é basicamente a reforma do Regimento que já está sendo feita. É claro que é bastante difícil prever em Regimento todas as hipóteses como essas: o que pode ou não fazer aquele Conselheiro que tem vistas ao processo etc., mas é possível melhorar substancialmente o Regimento Interno. Eu entendo a preocupação que há quando o caso em julgamento, o mero pedido de vista de um Conselheiro dá ensejo a uma nova instrução. Isso me parece que é decorrência um pouco de um dos defeitos estruturais do sistema, que é a falta de um segundo grau. O sistema deveria ter um segundo grau, talvez a forma ideal fosse que a SDE, ao instaurar um processo de conduta, já exarasse um julgamento, e o CADE atuasse como instância revisora, ou, no modelo de legislação que se pretende apresentar, houvesse uma unidade SDE-CADE e o colegiado funcionasse já como assistente revisor, garantindo o cumprimento do preceito constitucional do duplo grau de jurisdição. No entanto, há coisas que pertencem já aos debates regimentais do CADE, que são inúmeros e quase sempre levam a muito calor e pouca luz. Por exemplo, a questão das audiências públicas, na verdade, é um erro, o erro básico de alguém que decidiu, em cumprimento a um certo decreto que exigia que reuniões com agentes públicos fossem divulgadas em agenda, dar o nome “audiência pública”. Essas reuniões que acontecem com advogados no CADE para entrega de memoriais ou apresentação de argumentos não podem ser enquadradas como audiências públicas no sentido da lei do processo administrativo, isso é claro. São meros encontros que em geral têm testemunhas. Eu acho que a transparência e o registro são de rigor, foi um ganho que decreto impôs, mas isso tem que ser visto com bom senso. Qualquer tribunal administrativo ou judicial tam-

bém. O juiz recebe memoriais, advogados a todo instante, isso não pode, a meu ver - como tem sido no CADE -, ser usado como mais uma ferramenta de argumentação para tentar criar nulidades que não existem. Eu acho que haveria a blindagem das decisões do CADE perante o Judiciário se houvesse uma reforma do Regimento que minimamente fizesse aquelas adaptações de que falávamos há pouco.

Mauro Grinberg: (...)

João Bosco Leopoldino (advogado): Eu gostaria de suscitar perante o Conselheiro Cueva duas precisões, porque eu realmente fiquei ainda indeciso. A primeira quanto à informação que o senhor deu de que seria necessária a menção, na Lei 8.884 – que faz menção ao recurso ao processo civil -, também a um recurso ao Código de Processo Penal. Eu fico em dúvida pelo seguinte: no direito brasileiro ocorreu uma descriminalização, a mesma que o Dr. Martin Low – me corrija se não for verdade - ocorreu no direito canadense, porque a Lei de 1889 configurava como crimes e depois na Lei de 1986 essa descriminalização de determinadas atitudes ocorreu. No Brasil, não se pode falar em criminalização porque o Decreto-lei 869, que era de 1938, ocorreu num contexto totalmente diferente – aliás, Nelson Hungria, que foi o relator, o redator do do projeto de lei e que fez aprovar esse decreto-lei, sendo ele criminalista, o decreto-lei só podia ter base criminal, mas isso depois desapareceu, e a Lei 8.884 fala em *infrações* contra a ordem econômica. Ora, infração está no âmbito administrativo e no âmbito civil. Então eu pergunto ao senhor: Seria razoável colocar o recurso ao Código de Processo Penal, a não ser como analogia? Quanto à analogia entre os vários ramos do direito, sobre isso eu concordo, mas fazer recurso ao Código de Processo Penal chamou a minha atenção. Eu acredito que esse não seja o toque fundamental. E o outro aspecto, volto a insistir porque realmente não entendi: Quando se fala em ônus da prova, o ônus da prova é de quem alega, o ônus da prova é de quem acusa, então a autoridade pública é quem estaria acusando. Se se falar em inversão do ônus da prova, então o ônus da prova passaria para a empresa, e o que teria a empresa que provar? Porque a questão fundamental é esta: Eu não posso falar em inversão do ônus da prova abstratamente; eu tenho que dizer a prova é de quem alega, a prova é de quem acusa, a prova é da autoridade pública, e isso tem sido a tônica em todas as decisões, por exemplo, da Comunidade Européia (o caso National-Panasonic, todos mostram exatamente isto). Ora, no caso então da inversão do ônus da prova, então o ônus da prova será da empresa, a empresa terá que provar o quê? O fato negativo? Provar que *não* fez? Então é essa a dúvida, e eu gostaria de obter do senhor somente essas duas precisões para tranquilizar a questão. Obrigado.

Ricardo Cueva: É, quando eu falei da questão do Código de Processo Penal, essa questão está relacionada a uma discussão talvez um pouco apressada da identidade essencial que existe no direito punitivo. O direito punitivo pode ser entendido como o direito que abrange tanto o direito penal como o processo administrativo sancionador. É assim que a doutrina mais moderna tem visto isso. A Espanha, por exemplo, tem sido líder nessa matéria. A Corte constitucional espanhola hoje talvez seja a que mais detalhadamente tenha analisado essa relação, sempre tênue e difícil, entre direito penal e direito punitivo administrativo. Supondo, admitindo que há não uma identidade mas uma unidade básica de princípios e normas, o Código de Processo Penal aparece como um instrumento garantista. Na verdade, eu não digo isto com o intuito de aumentar as possibilidades de punição, mas, ao contrário, de aumentar as garantias que o administrado dispõe para se defender contra acusações fundadas ou não da administração. Parece-me que a função essencial do Código de Processo Penal é exatamente a garantia da liberdade e de que o processo seja conduzido conforme o devido processo legal. Eu não sei se isso esclareceu a sua primeira questão.

Já a segunda questão, sobre o ônus da prova, quando se fala em inversão do ônus da prova sempre se pensa em Código de Processo Civil e aí a questão fica mais simples. Quando falamos em inversão do ônus da prova no direito punitivo assemelhado ao direito penal, na verdade, não podemos simplesmente transpor um conceito que apareceu no direito privado para o direito público. Aqui e no direito punitivo o que se fala é de uma questão de grau probatório. A inversão do ônus da prova não significa que a autoridade se exime de provar a autoria ou a materialidade; ao contrário, eu frisei isso bem, incumbe-se a autoridade de provar a autoria e a materialidade do ilícito desde o órgão, e isso é feito normalmente com o uso de instrumentos de análise econômica, para provar que aquela determinada conduta era racional ou não. Caso contrário, é claro, o administrado não teria como se defender, seria uma violação ao princípio básico de que deveria saber do que está se defendendo. Ou seja, a autoridade tem que estabelecer o nexo causal entre a conduta e o dano ou risco de dano à concorrência, e cabe então ao administrado apresentar a contraprova que exclua a antijudicidade daquela conduta ou que afaste completamente aquilo, ou seja, não ocorreu a conduta ou não houve a conduta.

Mauro Grinberg: Identifique-se por favor.

Lúcia (Escritório Magalhães Ferraz): A pergunta é para o Conselheiro Cueva. O senhor colocou aqui a culpa como um pressuposto da responsabilidade no direito da concorrência. Pergunto-lhe então se, no seu entendimento, é possível haver condenação sem dano efetivo? Em outras palavras, o senhor entende possível haver no direito da concorrência uma condenação com base

em um dano potencial, a exemplo do que ocorre no direito do consumidor, por exemplo, muitas vezes?

Ricardo Cueva: Bom, eu queria fazer uma ressalva que eu espero que isso não esteja sendo gravado e ninguém anote nada, porque eu não me comprometo....

Mauro Grinberg: Está sendo gravado sim.

Ricardo Cueva: As idéias são admitidas em tese doutrinariamente em qualquer caso no CADE. De todo modo me parece que sim, quer dizer, a redação da lei é clara, diz “potencial ou efetivamente”. Portanto, se houver um dano potencial, poderá ser punido. Eu não sei se há no CADE, na história do CADE, na jurisprudência administrativa daquela Corte, uma decisão onde isso tenha sido claramente definido, mas se houver o mínimo de condições para que haja prova de umnexo causal entre uma determinada ação e um risco à concorrência, ao bem jurídico tutelado, sim, seria um ilícito formal de mera conduta. A prova é muito mais difícil nesse caso, mas se os indícios forem contundentes, acho que é possível.

Patrícia Agra (CADE): Na verdade, é só uma complementação à pergunta feita pelo Dr. Túlio. Há mais outras três medidas que eram anunciadas inclusive pela Dra. Farina hoje de manhã: uma é a criação e o fortalecimento de uma Secretaria Processual no CADE; a segunda é que está sendo criada dentro do CADE uma rotina, um procedimento de vistas de processo, inclusive com treinamento dos funcionários que vão ficar nessa Secretaria Processual; e a terceira é um acompanhamento eletrônico do andamento dos processos, inclusive das medidas que são tomadas dentro do processo. É só um esclarecimento.

Mauro Grinberg: Como não vejo mais perguntas... Desculpe, Edgar Pereira.

Edgar Pereira (economista): Este Painel tem sido muito interessante, particularmente para mim, como economista, por tentar estabelecer algum nível de entendimento, de comunicação, entre os termos jurídicos e a maneira como a lei pode ser usada, particularmente nessa questão de processo. Então, a minha preocupação aqui é no sentido de tentar entender um pouco, para tentar traduzir para aquele que é o trabalho de economista nesta matéria específica. Há duas questões sobre as quais ainda tenho dúvidas: uma é com relação a essa questão da prova negativa trazida agora pelo Prof. João Bosco para discussão. Não está ao alcance, em geral, do representado trazer a prova negativa, e neste caso ele pode contar com o concurso do economista para a produção da prova positiva, se é que esse termo existe, no sentido de trazer qual é a racionalidade daquela conduta adotada pelas empresas ou por uma empresa num determinado

mercado. Então, a primeira questão é com relação à validade ou ao alcance da produção dessa prova positiva a partir da análise econômica do comportamento. Para isso há técnicas específicas de análise de causalidade entre ações e reações no mercado. Segundo, é com relação à questão da potencialidade; quando o economista está avaliando, se eu entendi corretamente, ao menos a potencialidade é o requisito necessário para o enquadramento da prática como de cartel ou para a condenação, o que seja. Então a potencialidade é, do ponto de vista da matéria econômica, a análise das características estruturais daquele mercado que propiciam ou não um comportamento coordenado. Pela apresentação da Dra. Bárbara, entendi que mesmo mercados que seriam em tese competitivos seriam passíveis de um cartel eficiente e nesse ponto estou distinguindo entre intenção de cartel ou atos preparatórios e efetividade do cartel. Em geral, embora possa haver alguma discussão com relação a esse assunto, se o mercado é competitivo é porque as barreiras de entrada nesse mercado são inexistentes ou muito simples. Eu imagino, pelo exemplo dado pelo Prof. Low, de que alguma restrição à entrada deve haver, para que um número grande de empresas sobrevivam no mercado competitivo. Então, resumindo, duas questões: uma com relação à produção da prova positiva e a outra com relação à análise estrutural do mercado com vistas à definição da potencialidade daquela prática.

Bárbara Rosenberg: Bem, no que toca à questão da racionalidade econômica que está por trás do cartel, não creio que seja necessário despende tempo, pois é mais do que evidente. Isso não ocorre, no entanto, com outras condutas anticoncorrenciais, razão pela qual, na investigação dessas outras condutas, a primeira análise a ser feita refere-se à sua racionalidade econômica. Se não é possível identificar uma racionalidade econômica na conduta do agente, não é o caso de prosseguir naquela investigação. São muitos, aliás, os casos que seguem da SDE para o CADE com sugestão de arquivamento em razão da ausência de racionalidade. Especificamente com relação a situações de cartel, obviamente o que eu apresentei como uma “provocação”, era justamente o argumento dos livros-texto de que mercados muito pulverizados, portanto competitivos, em tese não seriam passíveis de cartelização. Na realidade, o que o caso cuja investigação cabaou de ser concluída revela, no entender da SDE, é que mecanismos muito claros e sofisticados, são capazes de coordenar condutas mesmo em mercados pulverizados. Conforme comentado, o alegado cartel coordenava-se por meio de programas de computador que seriam capazes de organizar essa conduta, por meio de reuniões que eram denominadas “cursos” com vistas a evitar a exposição evidente da finalidade daquela conduta, além de efeitos que poderiam ser sentidos nos preços – ainda que, ressalto, as provas diretas coligidas, no entendimento da SDE, seriam mais do que mais suficientes para sugerir a condenação. Em última

instância, o que se afere é que o número de empresas acaba por ser desimportante, desde que os mecanismos de coordenação sejam efetivos. A estrutura do mercado, ao mesmo tempo, desempenha importante papel: se existisse a possibilidade de que uma série de novos agentes entrasse no mercado, possivelmente o funcionamento do cartel restaria dificultado- ademais, se já existem cerca de vinte empresas atuando coordenadamente em um mercado, talvez quebrar toda essa estrutura do cartel não seja trivial. Aliás, como foi visto, um dos mecanismos de manutenção e funcionamento do cartel também está vinculado à tentativa de adotar estratégias cooptar os não-alinhados por meio de compras (no caso narrado, dentre os documentos colhidos, havia sugestão de que toda a produção dos não-alinhados fosse comprada pelos membros do cartel). Evidentemente coordenar um cartel de vinte empresas ou de duzentas empresas, como precisamente comentava Martin Low, é muito diferente, é muito mais complexo, pressupõe mecanismos de monitoramento muito mais sofisticados, mas isso revela-se possível. No tocante ao ônus da prova, há um ponto que eu gostaria de abordar no que toca aos casos de cartel. Especificamente quando a alegada colusão se dá por meio de um sindicato ou uma associação de classe - vamos dizer que seja feita uma busca e apreensão em um sindicato e que aquele sindicato tenha 60 membros, a tarefa mais complexa para a Secretaria, se constatado um cartel, é identificar quem, dentre os tantos membros, seria parte daquele cartel. No caso que narrei a vocês, por exemplo, foi feita uma primeira triagem, tão logo a busca e apreensão foi realizada, para verificar em relação a quem entendíamos haver indícios suficientes para a instauração de Processo Administrativo. No que toca a todas as outras empresas que eram membros do sindicato, mas contra as quais não se vislumbravam fortes indícios de infração à ordem econômica – não é necessário aqui reforçar o óbvio de que os sindicatos têm atividades necessárias e lícitas a serem desenvolvidas -, foi até aberta uma averiguação preliminar. Vale notar, ainda, que no caso citado, apesar de o processo ter sido aberto contra 23 empresas, foi sugerida a condenação pelo CADE para apenas 20. Por quê? Porque foi produzida uma espécie de prova negativa por essas empresas de que elas não faziam parte, provando, por exemplo, que elas não tinham os programas de computador necessários à coordenação. Então existe, sim, especificamente no caso de cartel, um dado muito importante de contribuição pela parte investigada - eu não estou falando de inversão de ônus da prova - que é a possibilidade da parte de alegar e provar que: “Apesar de estar naquela associação, eu não fazia parte do cartel”. E isso é um elemento que é recorrente nas investigações de cartel, em particular quando envolvem sindicatos ou associações.

Mauro Grinberg: Quero, antes de encerrar este Painel, pois o tempo já está esgotado, pedir a todos que permaneçam aqui para a solenidade de entrega do prêmio ESSO. Eu quero agradecer aos membros deste Painel - Martin Low, que

veio de longe, Bárbara Rosenberg e Ricardo Cueva – pelas exposições brilhantes e lembrar que geraram enorme interesse, tanto que a audiência está toda aqui – não saiu enquanto não se encerra este Painel. Portanto, muito obrigado aos painelistas, muito obrigado a todos vocês e eu digo que está encerrado este Painel com a presença do Guilherme Duncan da ESSO, para coordenar a partir deste microfone a formação da mesa e a entrega dos prêmios. Muito obrigado.

PRÊMIO IBRAC-ESSO 2004

Guilherme Duncan: Boa noite a todos. Senhoras e senhores, é com imensa satisfação que inicio neste momento a apresentação da cerimônia de entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004, 5º Concurso Nacional de Monografias. Essa satisfação se explica notadamente porque há alguns anos eu pude contribuir com a Dra. Sissi Noronha, então diretora do Departamento Jurídico da ESSO e, posteriormente, com o Dr. Bruno Bandeira de Mello, que é o atual diretor, para a efetivação e manutenção deste patrocínio. Então, neste momento em que se realiza aqui o 10º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, vamos dar início à entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004, cumprindo assim mais uma etapa de sua existência.

Inicialmente, eu gostaria de chamar os integrantes da mesa diretora dos trabalhos: Dr. Ubiratan Mattos, presidente do IBRAC; Dr. Bruno Bandeira de Mello, diretor jurídico da ESSO; Dr. Daniel Goldberg, Secretário de Direito Econômico. Enquanto o Dr. Daniel não chega, o Dr. Luiz Carlos Prado, Conselheiro do CADE; Dr. Rui Coutinho do Nascimento, ex-presidente do CADE; Dr. Gesner Oliveira, ex-presidente do CADE; e o Dr. João Bosco Leopoldino, ex-Conselheiro do CADE.

Inicialmente, fará uso da palavra o Dr. Ubiratan Mattos, presidente do IBRAC.

Ubiratan Mattos: Muito obrigado. É sempre um momento de muita alegria esta cerimônia, que costuma ser bastante breve mas muito gratificante para nós que temos a oportunidade de retribuir um pouco da motivação, da dedicação e do entusiasmo dos jovens que participaram do certame. Como mencionou o Guilherme, a idéia do prêmio surgiu há pouco mais de cinco anos e se materializou com o apoio da ESSO, então na pessoa da Dra. Sissi Noronha, a quem faço questão de render uma homenagem especial para efeito da gravação, que, além de diretora da ESSO, se notabilizava por ser sócia-fundadora e diretora do IBRAC. Desde o início a Dra. Sissi Noronha esteve conosco, e já naquela época a ESSO contava também com o então jovem talentoso, Dr. Bruno Bandeira de Mello, que substituiu a Dra. Sissi Noronha na diretoria jurídica da ESSO e, mais do que isso, na responsabilidade de manter o patrocínio do prêmio IBRAC-ESSO. Foi assim, então, que chegamos ao 5º Concurso.

Este 5º concurso teve algumas características interessantes. Primeiramente, o número de trabalhos foi até maior do que do último concurso - foram 42 trabalhos, sendo 32 de graduação e 10 de pós-graduação, provindos de 19 diferentes universidades e de 9 Estados da Federação: Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e também do Distrito Federal. As mulheres responderam

por 60% dos trabalhos e os homens por 40%. As razões são óbvias, não precisamos nem entrar em maiores explicações, é que as mulheres são naturalmente mais dedicadas, mais entusiastas, enfim. E os premiados foram 10 e nesse caso deu empate, com 5 homens e 5 mulheres nas duas categorias combinadas.

A banca examinadora foi formada metade pó aqueles profissionais que gostam de escrever com cobrinha, como essas apresentações que nós vimos hoje de manhã, nossos amigos economistas, e metade por advogados, todos professores, amigos e de notório saber econômico e jurídico. Então a banca ficou assim constituída: de advogados, o Dr. Carlos Eduardo Monte Alegre Toro, o Prof. João Bosco Leopoldino e o Dr. Fernando Marques; e de economistas, o Prof. Jorge Fagundes, o Prof. Ruy Santacruz e o Conselheiro Luiz Carlos Prado. O critério adotado foi o mesmo dos concursos anteriores em que os candidatos se inscrevem mediante pseudônimos. Portanto, o avaliador não tem conhecimento de quem é o autor do trabalho, e aí vocês vão perceber a criatividade no uso dos pseudônimos, na medida em que eles forem sendo chamados. E estabeleceram-se cinco critérios de avaliação. Primeiro, a relevância do tema; segundo, a clareza na exposição; depois, o rigor metodológico; a originalidade; e a qualidade geral do trabalho. Uma coisa curiosa, no que diz respeito aos trabalhos, foi que houve empate nos segundos e terceiros colocados tanto da graduação quanto da pós-graduação, o que motivou a intervenção do presidente do IBRAC para desempatar, de tão boa qualidade que eram os trabalhos. Com essas explicações, vamos então passar à cerimônia. Temos música de fundo maestro? A música é a presença de todos aqui. Eu gostaria agora de passar a palavra ao Dr. Bruno Bandeira de Mello, da ESSO.

Bruno Bandeira de Mello: Boa noite a todos. É um prazer para a ESSO pela 5ª vez seguida estar aqui junto com o IBRAC nessa parceria, premiando os vencedores do concurso de monografias. Para mim pessoalmente, como advogado, é muito bom estar trabalhando numa empresa que tem esse comprometimento todo com o direito de concorrência e estar sempre ao lado das boas instituições como o IBRAC, que tem renome nessa área.

Queria fazer um breve comentário - não vou me alongar muito porque sei que todo mundo está muito ansioso para saber dos felizardos ganhadores -, mas eu não poderia deixar de comentar a respeito do mercado de combustíveis e da bagunça que hoje está instaurada.

O mercado de combustíveis tem aparecido nas manchetes dos jornais diariamente. Não se trata mais de questão de concorrência, trata-se de questão de polícia. Significa práticas ilícitas, adulteração, sonegação de impostos e, no fundo, esses criminosos, mesmo que punidos durante o período em que praticam

o crime, eles bagunçam também aqueles outros competidores e o resultado das empresas que operam dentro da legalidade, de forma que há esse cenário lamentável. E estamos torcendo para que novas e novas manchetes surjam para que possamos dar um basta e pôr fim a essa situação.

Ainda com relação a isso, não poderia deixar de comentar a boa iniciativa da SDE, conjuntamente com a ANP-Agência Nacional de Petróleo, no início deste ano, ao promover e divulgar uma cartilha onde há explicações, principalmente para o segmento de revenda, que é o segmento mais afetado, o mais alegadamente envolvido nas questões de violação da concorrência. Então, essa cartilha me parece uma excelente iniciativa, e eu queria parabenizar o Daniel porque realmente é desse tipo de iniciativa que o mercado sério precisa.

Muito bem, dentro do meu roteirinho aqui, creio que me resta apenas agradecer à participação, à colaboração do IBRAC, à parceria que pretendo ainda estender por vários anos desse prêmio. Gostaria, então, em nome do presidente Ubiratan, nosso amigo Bira, agradecer por essa parceria, agradecer também por todo apoio do Secretário do IBRAC, José Carlos, que tem sido de fundamental importância e também a todos os estudantes de graduação e pós-graduação, que, ao enviarem os seus trabalhos, engrandeceram essa 5ª edição do prêmio IBRAC-ESSO. Então era isso. Muito obrigado.

Guilherme Duncan: Os aplausos são extensivos ao Ubiratan, que terminou o discurso e eu interrompi, e não houve tempo para os merecidos aplausos.

Vamos passar então à mecânica da entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004 - Categoria graduação e pós-graduação. Os integrantes da mesa vão anunciar os nomes dos vencedores.

Vamos iniciar com o Dr. João Bosco Leopoldino, anunciando o 5º classificado na categoria graduação.

João Bosco Leopoldino: 5º colocado de graduação, com o título *Concorrência e propriedade intelectual – harmonização*. O pseudônimo tenho que ler em inglês também, Iron Blade, muito sugestivo. Instituição: Faculdade de Direito da USP; o nome: Rodrigo Otávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita.

Guilherme Duncan: 4º classificado na categoria graduação será anunciado pelo Dr. Daniel Goldberg.

Daniel Goldberg: 4º classificado na categoria de graduação, com o título *A regulação da ANP em defesa da concorrência - uma análise da relação da exclusividade na revenda de combustíveis*, com o pseudônimo de Carlos Buarque, na verdade é a Caroline dos Reis Amaral, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Guilherme Duncan: Passamos então ao 3º lugar na categoria graduação, que será anunciado pelo Dr. Rui Coutinho Nascimento.

Rui Coutinho Nascimento: 3º colocado na categoria graduação, sob o título *A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil*. O vencedor foi, com o pseudônimo Antonio Leôncio Coelho, Edilson Vitorelli Diniz Lima, da Universidade Federal de Minas Gerais.

Guilherme Duncan: Edilson, você tem direito de exibir o cheque. Parabéns. 2º colocado na categoria graduação, o anúncio será feito pelo Dr. Gesner Oliveira.

Gesner Oliveira: Então, o trabalho que ganhou a 2ª colocação é *A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência*. O vencedor trabalhou sob o pseudônimo de Dizzie Gillespie, o imortal Dizzie Gillespie, e seu nome é Leandro Alex Franco, da Faculdade de Direito da USP.

Guilherme Duncan: E atenção, agora, o 1º lugar na categoria graduação será anunciado pelo Dr. Luiz Carlos Prado.

Luiz Carlos Prado: *Eu acho que a USP vai ganhar novamente. O título do trabalho é *Tratamento anti-trust dos interloque em thick trade na empresa - Rumo aos critérios de valoração da defesa da concorrência*; pseudônimo Tomás P. P. Eliot; instituição Faculdade de Direito da USP; nome Fabrício Pasquol Polido.

Guilherme Duncan: Encerrada a categoria graduação, passamos agora então à entrega dos prêmios aos classificados na categoria pós-graduação. E o 5º classificado na categoria pós-graduação será anunciado pelo Dr. Gesner Oliveira.

Gesner Oliveira: O título do trabalho é *Os requisitos para a consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável*. Trabalhou sob o pseudônimo de Antonia Zuasnabar, da Faculdade de Direito da USP. É a Maria Paula Bertran.

Guilherme Duncan: O 4º classificado na categoria pós-graduação, com o anúncio do Dr. Luiz Carlos Prado.

Luiz Carlos Prado: Título do trabalho: *Transgênicos e direito da concorrência*; pseudônimo Oscar de Moraes, *in memoriam*; instituição: novamente a Faculdade de Direito da USP; nome: Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva.

Guilherme Duncan: O 3º colocado na categoria pós-graduação, Dr. João Bosco Leopoldino, por obséquio.

João Bosco Leopoldino: Título: *A doutrina das “essential facilities” no direito concorrencial brasileiro*; pseudônimo: Mary Jane Watson; instituição: Instituto Rio Branco; nome: Letícia Frazão Alexandre.

Guilherme Duncan: Mostra o cheque Letícia! Letícia, levanta o cheque. Muito bem. O 2º lugar na categoria pós-graduação, o Dr. Rui Coutinho vai anunciar.

Rui Coutinho: O título do trabalho é *Considerações sobre meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço*. Foi trabalho sob o pseudônimo Noam Chomsky a instituição é a Universidade Federal de Santa Catarina e o vencedor, aliás a vencedora, é Juliana Oliveira Domingues.

Guilherme Duncan: E, finalmente, o grande prêmio na categoria pós-graduação. O 1º lugar, que será anunciado pelo Dr. Daniel Goldberg.

Daniel Goldberg: 1º lugar na categoria pós-graduação, vai para o trabalho... – olha que sensacional: *Programas de “compliance” e a defesa da concorrência - perspectivas para o Brasil*; pseudônimo: Daniel Defoe, da São Francisco, e o nome é Maria Beatriz Martinez.

Guilherme Duncan: Encerrando está solenidade, eu queria em meu nome pessoal, em nome da ESSO Brasileira de Petróleo cumprimentar os participantes, os finalistas e os vencedores e também a iniciativa e a organização do prêmio pelo IBRAC. Estão todos de parabéns. Muito obrigado. A sessão está encerrada e até uma próxima oportunidade.

PAINEL 3

ABERTURA

Ubiratan Mattos: Bom dia a todos! Espero que tenham feito uma boa caminhada na praia pela manhã. Iniciaremos os trabalhos deste último Painel da seguinte forma: temos cinco palestrantes e vamos começar com o Prof. François Souty, que vai nos apresentar o cenário europeu, principalmente em razão das recentes mudanças feitas na legislação européia; depois seguiremos a ordem do processo no CADE, a saber, o Dr. Helcio Tokeshi, o Dr. Daniel Goldberg, depois faremos um *break* de 15 minutos, e continuaremos com o Dr. Roberto Pfeiffer e o Dr. Pedro Dutra pelo IBRAC.

A idéia desse Painel foi discutir a interação da concorrência nos vários níveis de Estado. Temos constatado, o que é perfeitamente previsível, que a defesa da concorrência certamente será um pouco mais judicializada do que ela já está. Hoje temos inclusive processos de concorrência que até suprimem a instância administrativa - o que particularmente eu acho errado -, e já há, por exemplo, no Judiciário, vários casos de cartel instaurados diretamente pelo Ministério Público etc. Vamos então tentar fazer aqui um pouco de *competition advocacy* e verificar como é que a concorrência interage nos três níveis de Estado.

Começando a apresentação, o Prof. François Souty, além de velho amigo do IBRAC, é do Conselho da Concorrência da França, professor de Direito, autor de vários livros e tem uma particularidade que o destaca especialmente neste seminário: é que o Prof. François Souty é, de certa forma, um brasileiro; é talvez um dos melhores e maiores autores da história dos holandeses no Brasil. Os livros do François Souty sobre a influência dos holandeses no Brasil são muito apreciados, muito bons - eu tive a oportunidade de ler -, e é uma paixão a que ele se dedica nas horas vagas, quando não está trabalhando com concorrência. Então, sem mais delongas, passo a palavra ao Prof. François Souty, que cuidará de nos apresentar o cenário europeu no prazo de 20 minutos.

Helcio Tokeshi: Bom dia! Queria primeiramente agradecer ao convite do IBRAC para estar aqui, pois correr sábado de manhã na praia é mil vez melhor do que correr nas ruas de São Paulo. E, também obviamente, pela oportunidade de conhecer várias pessoas, porque eu sou relativamente novo nessa comunidade dos defensores da concorrência, cada um no seu papel, e fico contente de ter essa oportunidade de começar a fazer parte desse grupo de pessoas que tem um papel tão importante no Brasil.

Eu vou tomar a liberdade de fazer uma apresentação um pouco diferente. Eu imagino que ontem já tenha havido muita discussão a respeito da lei atual e dos seus problemas. Há um consenso muito grande a respeito das coisas que

precisam ser mudadas, da evolução que o sistema da concorrência tem que ter, e várias pessoas devem ter falado do futuro, assim como o próprio François já apontou algumas distinções que talvez queiramos incorporar no futuro à nossa lei.

Então, vou tratar do futuro da lei da concorrência no Brasil, mas numa perspectiva ligeiramente diferente. Oito anos atrás eu tive a sorte de visitar o Museu de Ciências de Chicago com os meus três filhos, e lá havia um *software* que basicamente fazia o seguinte: tirava uma foto da criança, isolava os elementos faciais mais importantes - arco dos olhos, maçãs do rosto, linha do nariz, linha da boca -, e aí fazia um processo de previsão, da evolução desses traços marcantes e basicamente mostrava, numa seqüência de imagens, a criança da infância até os 80 anos. Eu pude, então, ver os meus filhos envelhecerem até uma idade que eu não vou ver.

A lei da concorrência, em sua forma atual, tem dez anos, então está acabando a infância. E eu vou, então, aqui do alto da minha imensa experiência de pai de três filhos submeter as senhoras e os senhores a um pouco de psicologia barata. Eu não tenho aqui a pretensão de olhar 70 anos para frente e ver a lei da concorrência com 80 anos de idade, mas eu gostaria de fazer algumas especulações a respeito da adolescência da lei e do sistema. Como todos sabemos, as meninas são mais precoces que os meninos, então eu acho que há vários sinais claros de que a Lei 8.884 já entrou na sua pré-adolescência e vai passar por turbulências naturais que todos nós passamos, como é natural na adolescência. Quais são esses sinais? Bem, o Daniel diz que estamos discutindo a reforma da lei há dez anos, desde que foi criada. Mas eu acho que agora um dos sinais importantes de que vamos entrar nessa adolescência é que existe um grau de consenso muito grande sobre o que tem que ser mudado, o que tem que ser alterado: a eliminação dos anúncios dos balcões, a análise prévia, um filtro mais seletivo ou talvez uma definição um pouco mais clara dos casos de fusão que têm que ser submetidos ao sistema, mandatos talvez mais longos para os Conselheiros e clarificação do papel dos diferentes entes dentro do sistema. Eu acho que um segundo sinal de que estamos entrando na adolescência é que há um PL sobre as agências reguladoras em discussão no Congresso, e esse PL também clarifica um pouco melhor o papel das agências e o papel dos órgãos de concorrência. E, por fim, há também no Congresso a discussão do PLC que levaria à inclusão das fusões e das aquisições do sistema financeiro dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Sendo assim, quais são as linhas principais, os fatos marcantes da feição do sistema para os quais temos que olhar para poder tentar projetar a sua evolução? Eu acho que são três áreas chaves - eu estou aqui inclusive usando uma coisa que o Gesner também usa, pois aprendi um pouco com ele, que são três grandes áreas fundamentais: o controle de estrutura, a investigação de conduta e a promoção da

concorrente ou advocacia da concorrente. E já que estou usando esse exemplo do Museu de Ciências, vou fazer aqui uma analogia um pouco tosca mas que tem lá sua graça, que é dizer o seguinte: são os olhos do sistema o controle da estrutura, o nariz é a investigação de conduta e a boca a promoção da concorrência.

Então, vou falar rapidamente agora um pouco dessas mudanças que eu vejo em cada uma dessas estruturas fundamentais - os olhos, o nariz e a boca -, e vou falar principalmente da parte da boca, que é a parte da promoção da concorrência, que eu acho que é a parte que vai caber muito fundamentalmente à SEAE.

Do ponto de vista dos olhos (o controle da estrutura), acho é uma parte do sistema que está completamente consolidada. Há um mecanismo e todo um processo que funciona - houve agora recentemente esse caso marcante da Nestlé-Garoto. O que teremos que fazer, a turbulência pela qual teremos que passar, será o aprendizado de como fazer a análise prévia. E esse aprendizado é uma transição necessária, mas vai implicar ter, do ponto de vista do sistema e dos processos, o sistema e todo um aprendizado, e a contrapartida vai ser também, do ponto de vista das empresas e também dos escritórios de advocacia que trabalham na área, toda uma adaptação a um ritual que será um pouco diferente justamente porque teremos que fazer tudo em tempo compacto, de maneira muito mais célere e com um tipo de interação que terá uma dinâmica diferente por causa dos incentivos que são modificados a partir do momento em que você faz a análise prévia.

Investigação de conduta é uma área também em que já está havendo uma evolução fenomenal, que é trabalho e mérito da SDE e do Daniel. Eu acho que aqui o desafio será não só a sofisticação dos métodos de investigação, mas também a consolidação de uma jurisprudência brasileira de processos - há todo o trabalho de definição de multas e penalidades porque eu acho que não temos um histórico de casos largo o suficiente para ter consolidado o entendimento sobre qual é o nível adequado e a forma adequada de cálculo, e qual é a informação de que precisamos para fazer essa aplicação de penalidades nos casos de conduta.

Deixem-me falar um pouco mais demoradamente agora da parte da boca, que é a parte da advocacia da promoção da concorrência, que é a mais diretamente relacionada com a SEAE e a direção na qual eu estou procurando levar a SEAE. A SEAE - eu aprendi ao começar a trabalhar lá - é uma instituição curiosa. Se você for ao Rio de Janeiro, a SEAE-Rio tem alguns funcionários que são mais antigos e vários deles são da antiga SIT, da Sunab - eles trazem histórico e história da SEAE como sendo o órgão que fazia a intervenção do Estado na economia do jeito que se fazia nos anos 1970, ou seja, o Estado definia preços, quantidades, qualidade; era uma intervenção direta nos mercados.

Com o advento da nova Lei da Concorrência, o que houve foi que aqueles mesmos microeconomistas que trabalhavam dentro da SEAE tiveram que reaprender e foram retreinados para fazer essa análise de estruturas. Ou seja, o Estado sofisticou a sua maneira de fazer a intervenção na economia, deixou de fazer o controle direto de preços, mas passou a fazer esse controle de estruturas. O objetivo, de certa forma, continua sendo o mesmo, ou seja, ter um ambiente concorrente saudável para que os preços se mantenham sob controle, mas a forma de fazer isso ganhou sofisticação. O que estamos assistindo, do ponto de vista de transformação do Estado, é que estamos passando de Estado interventor e empreendedor para um Estado que é regulador - esse é um processo que ainda está acontecendo. Em alguns setores temos um arcabouço regulatório mais ou menos bem consolidado, como a Telecom, mas em outros ainda vamos criar esse arcabouço. E esse papel novo do Estado como regulador também implica que a SEAE faça mais uma transformação, que será a transformação de se tornar um órgão que interage e coopera muito com as agências reguladoras, mas passa a fazer uma advocacia da concorrência com relação a essas normas e regulamentos que são criados, que é função dos Ministérios setoriais e das agências reguladoras definir e implementar.

Mas há vários desafios de construção dessa relação de complementaridade entre o Sistema de Defesa da Concorrência em geral, a SEAE em particular e as agências reguladoras, e o que eu vou compartilhar com vocês aqui são mais as preocupações e as dúvidas que eu ainda tenho do que respostas, porque eu acho que vamos aprender um pouco como fazer essa relação de cooperação fazendo-a.

Existe uma diferença de perspectiva importante entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras. As leis de concorrência têm, então, uma ótica relativamente estreita de defesa da concorrência e a nossa não é diferente. A ênfase na defesa vem do fato de que a lei pressupõe que já exista um mercado. Então se trata de, dado que existe o mercado, criar as condições de concorrência adequadas. Nos setores regulados, o trabalho muitas vezes é de promoção da concorrência no sentido de que não existem mercados ou muitas vezes é impossível que existam os mercados porque aquele setor tem monopólios naturais. Então, a tarefa é muito mais a de criação dos mecanismos que vão permitir ou o mercado ou a emulação dos sinais que são típicos de mercado.

Essa diferença de ótica tem uma implicação: os órgãos de defesa da concorrência tendem a se focar em aspectos de eficiência, ao passo que muitas vezes as decisões de regulação têm, além da preocupação com a eficiência, uma consequência distributiva. Você está, de fato, ao criar aquela norma, arbitrando sobre margens e taxa de retorno para diferentes agentes dentro daquele merca-

do que você está criando, e obviamente toda vez que você tem implicações distributivas há uma carga política muito maior no processo de decisão, e isso é natural e deve ser assim, mas é uma dimensão que é mais difícil, é um pouco estranha à ótica e à lógica normal da defesa da concorrência com preocupação exclusiva ou quase exclusiva em eficiência.

Outra diferença importante é que normalmente a regulação tem múltiplos objetivos. Então, além de tarifas baixas, você pode querer se preocupar com qualidade de serviços, com níveis de universalização, com subsídios para os consumidores de mais baixa renda, com desenvolvimento regional, com desenvolvimento de certas indústrias, de certas tecnologias. E isso é também um pouco diferente da visão mais focada, mais bem definida e mais clara da defesa da concorrência mais tradicional. Nos países desenvolvidos, quando se discute a questão da complementaridade entre a regulação e da defesa da concorrência, obviamente, além da investigação da conduta e do controle de estrutura, também se aponta muito para a regulação de acesso e para a regulação econômica de preços e tarifas como sendo áreas onde pode haver essa complementaridade, esse trabalho conjunto entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras. Isso é ótimo para países desenvolvidos que normalmente já tem toda uma infra-estrutura montada, implantada e uma população relativamente estável. Mas, no caso do Brasil, o que precisamos mesmo em setores regulados não é regular aquilo que já temos, mas ter sinais fortes para que tenhamos mais investimento. Esse é o grande desafio. Mesmo nessa área de criação dos incentivos para o investimento existe espaço para essa complementaridade entre a defesa da concorrência e o trabalho regulatório.

Um dos exemplos mais bem-sucedidos que eu conheço no mundo de uso da concorrência para estímulo em investimentos aconteceu no Brasil no setor de telefonia, em que, ao fixar metas de universalização que eram condição para que os agentes pudessem oferecer novos serviços ou entrar em outras regiões geográficas, criou-se uma concorrência enorme pela execução de investimentos e um sinal fortíssimo que permitiu essa expansão de uso do telefone seja fixo, seja móvel, no Brasil.

Eu acho também importante lembrar que esse trabalho de promoção da concorrência em larga medida independe do tipo de propriedade das empresas. Enfim, é uma escolha que o sistema político do Brasil fez, e nós vamos em diversos setores continuar convivendo com situações mistas em que empresas estatais estarão convivendo com empresas privadas, ou em situações como o setor de óleo e gás, em que existe uma empresa dominante que é totalmente estatal. Mas isso não implica que tenhamos que abdicar de procurar promover a concorrência nesses setores e nessas situações mistas, porque o uso dos mecanismos que promovem a

concorrência é totalmente compatível com esse tipo de situação. Então, um exemplo que acho já consolidado, na Noruega todo o setor de geração é altamente competitivo, e a maior parte das empresas são estatais municipais ou regionais. E, para não ficar num exemplo tão distante, se bem-sucedido, eu acho que o leilão de energia existente aqui no Brasil vai conseguir implementar um mecanismo de concorrência bastante forte, com uma situação em que teremos um misto de geradoras estatais, geradoras privadas com estatais dominantes nesse mercado.

O outro desafio de promoção da concorrência serão, eu acho, os mercados tradicionalmente vistos como não-reguláveis, mas neste caso existe um imenso aparato de regras que fomos acumulando ao longo de alguns séculos que estipulam condições de entrada nos mais diferentes mercados, níveis de capitalização, níveis mínimos de qualidade de serviços, processos de concessão de licenças para operação, para instalação, práticas de negócios que já estão consolidadas na rotina de negócios dos diversos setores, formas de contratação e também um problema seriíssimo do Brasil que é de concorrência predatória através da evasão fiscal, que permite a um concorrente, por não pagar impostos, ter um preço muito abaixo dos outros.

Mas talvez a principal dificuldade nesse caso de promoção da concorrência não seja a de achar exemplos - eu imagino que vou falando esses casos e todo mundo lembra de um exemplo com que já esbarrou pessoalmente ou de que já ouviu falar. A dificuldade é que esse é um trabalho de formiguinha, pois cada mercado é diferente, os detalhes importam e faz parte desse trabalho mais geral de desburocratização e simplificação e mudança de uma cultura mais cartorial. Estou vendo aqui que o tempo está acabando, então vamos ao finalmente.

Uma das coisas que me deixa mais contente de agora estar participando deste pedaço do debate nacional, ao voltar para o setor público, pois eu estava no setor privado, é a natureza das discussões que eu tenho encontrado nos diferentes fóruns. Podemos falar da evolução da Lei de Defesa da Concorrência, do sistema da lei. O SBDC é uma pequena parte do Estado e nesse sentido isso simplesmente reflete as transformações mais gerais e essa evolução da sociedade, da economia e do Estado no Brasil. Essa adolescência que eu tentei um pouco vislumbrar aqui é só um aspecto dessa evolução e está refletindo claramente uma crescente sofisticação da economia e da sociedade. Mas acho que a parte boa é que estamos discutindo a evolução apenas como um processo natural de consolidação das instituições, da democracia, de um modelo de capitalismo brasileiro, onde o Estado tem um papel fundamental como ente regulador forte para que os mercados sejam também fortes. Em particular essa sofisticação que acontece, eu creio - talvez porque eu estava fora, e agora voltei para a

esfera pública e levei um choque ao encontrar um debate diferente daquele que eu conheci 15 anos atrás quando eu passei pelo governo primeira vez -, reflete uma segmentação e uma especialização profissional e o crescimento dessa massa de advogados que, como os senhores, entendem de Economia e - pasmem - até de economistas que gostariam de entender um pouco de Direito.

Depois da correria dos primeiros anos, lá para o sétimo ano, normalmente há um período de calma quando se está criando filhos, e os pais e as mães começam sentir uma certa ansiedade com a chegada da adolescência e o que vai acontecer, ver os primeiros sinais de pré-adolescência, os primeiros surtos. Essas turbulências da adolescência são inevitáveis, - felizmente duas das minhas filhas já passaram por isso, agora só tenho meu filho para agüentar. Mas eu acho que os últimos dez anos da lei do nosso sistema criaram bases muito sólidas e, nos próximos dez anos, veremos a transformação de uma menina muito bonita numa moça muito formosa. Obrigado.

Pedro Dutra: Bom dia a todos! Eu vou dividir a minha palestra, cujo tema é “Executivo e a Defesa da Concorrência”, em três itens: “A Cultura Política e a Cultura da Administração”, o primeiro deles; o segundo, “O Avanço no Sentido de uma Redução no Quantum Autoritário da Administração Pública, como uma Herança da Tradição Política”; e o terceiro e último, “Os Benefícios já Palpáveis deste Avanço”.

Em 1918, o Presidente eleito Delfim Moreira, já aos primeiros meses do seu mandato, começou a dar irreversíveis sinais de pós-velhice, como disse o conselheiro Pfeiffer, de senilidade e, numa entrevista que teve com Rui Barbosa, este baiano lamentou que ele, Rui, que já havia sido fraudado na eleição de 1910, e diante da fraude que se repetiria em 1918, não pudera ter tido a oportunidade de ser Presidente da República, e deixavam que um homem senil conduzisse os destinos do país. E o Rui disse então uma frase lapidar. Ele disse o seguinte: “O poder é o poder”. Ou seja, no Brasil, só o Poder é poderoso, aí significando o Poder Executivo. O que ele queria dizer com isso, e com toda razão, é que o Poder Executivo já se apresentava no início da República, e no meio da 1ª República, ao menos, como sendo o Poder que avassalava os demais poderes, ou seja, já era nítida a hipertrofia do Poder Executivo, e essa hipertrofia se revestia de um traço autoritário marcante. É muito interessante ver agora alguns acadêmicos dizendo: “Não, isto é uma ação republicana, temos a nossa tradição republicana”. A nossa tradição é a pior possível, é antidemocrática, com vários abusos do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo - o próprio líder do governo recentemente criticou um desses traços, excesso de medidas provisórias, o avanço sobre o Poder Judiciário em algumas áreas, e isso para não falar dos recessos democráticos de 1930 a 1945, recentemente recelebrados aí mui-

to estranhamente e os da ditadura militar, que aqueles que estão no limiar da velhice puderam viver, como é o meu caso.

Pois bem, esta não é a melhor tradição que nós podemos ter, mas a partir de 1988 começou a segunda parte, eu diria, de uma reação extremamente positiva, que é essa redução dessa tradição autoritária da nossa tradição política que impregnou a administração pública. A administração pública brasileira era marcadamente autoritária, era a época da derrubada dos funcionários públicos quando mudavam os Presidentes da República, eram os cargos ocupados por agentes administrativos, aos quais não era dada garantia de estabilidade, subordinação hierárquica, enfim, todas essas características de um Poder Executivo extremamente imperial, um Poder Executivo que não conhecia limites a não ser na vontade do seu titular.

A Constituição de 1988 elegeu alguns princípios a nortear a função administrativa, e dentre esses princípios, três nos permitirão analisar como hoje se dá a relação entre o Executivo e a repressão do abuso do poder econômico, que nada mais é do que a defesa da livre concorrência. Os princípios são conhecidos, estão na Constituição, no art. 39, o princípio da legalidade, que é um princípio hoje muito pouco lembrado, porque já não se fala mais em lei, mas em marco regulatório, que é uma importação ridícula, mas é o que hoje se tem, e o outro princípio da legalidade é cumprir a lei. O que é que o Presidente da República faz? Executa a lei.

Um grande professor de São Paulo disse que fraudar não era permitido ao Presidente da República, ou seja, impor o seu programa de governo é fraudar a lei, isso é extraordinário. O Presidente da República é eleito, e o nome do poder que ele chefia vem de executar – Executivo. Executar o quê? Executar a lei. Daí o princípio da legalidade. O funcionário público é um executor da lei, e isso o distingue de maneira nobre nas democracias: ele executa a lei. Um princípio derivado da execução da lei, do princípio da legalidade, é justamente a impessoalidade, ou seja, o que se projeta na execução da lei não é a pessoa do agente administrativo, mas sim a lei que ele encarna como seu executor. O outro princípio é o princípio da publicidade, ou seja, o agente administrativo, a administração pública, age à *plein jour* (na plenitude do dia), como Bobbio, citando um autor francês, dizia. Ou seja, deve a ação do agente administrativo ser feita sob a maior luminosidade possível, uma luminosidade como essa que nós temos hoje. Como é que esses três princípios - vamos ficar nos dois princípios derivados, mais objetivos, mais palpáveis, que são o da impessoalidade e o da publicidade -, como é que podemos verificar, usando esses princípios como instrumento, o avanço que vem experimentando - e isso é muito importante, eu quero enfatizar - o avanço que a defesa da livre concorrência pelos órgãos que integram o chamado Sistema de Defesa da Concorrência vem experimentando?

No caso da impessoalidade, o primeiro ponto interessante é que os critérios político-partidários que regiam a intervenção do Estado na economia estão felizmente cedendo lugar a critérios técnicos. As decisões hoje são eminentemente técnicas. É claro que ainda há uma influência político-partidária, é natural que continue a haver, não se elimina a influência político-partidária, mas o que é importante registrar é que ela deixou de ser dominante, ela é residual, incidental e hoje o núcleo das decisões no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dos três órgãos, é eminentemente técnico, e este é o primeiro dos grandes avanços que vimos experimentando desde 1988.

O segundo ponto, ainda usando esse critério da impessoalidade, são as nomeações feitas para os cargos do Sistema de Defesa da Concorrência. Se verificarmos, veremos que as nomeações cada vez mais atendem a critérios técnicos do que a critérios político-partidários. Existe o que se costumou chamar, numa linguagem que não me agrada, porque é um tanto castrense, essa “blindagem” que se quer fazer. Pois bem, essa “blindagem” é extremamente positiva. Por quê? Porque traz ao governo funcionários, profissionais, com experiência na área de defesa da concorrência ou que, se ainda não puderam ter experiência, porque a experiência nessa área é muito recente, aqueles que têm o aparato, a formação educacional, a habilitação profissional que imediatamente lhes permite desempenhar, desde a ocupação dos seus cargos, esse papel com uma desenvoltura que não haveria se essas nomeações tivessem critério exclusivamente político-partidário. E, o mais importante, como eu já disse, é que essas decisões também não estão trazendo a marca do personalismo; são decisões impessoais, são decisões como devem ser porque apoiadas na lei. A lei se interpreta de várias maneiras, e é claro que o julgador, no caso os Conselheiros do CADE, verá a lei de acordo com o entendimento que dela faça no caso concreto. Isso é extremamente positivo, e não é por outra razão que a forma colegiada de decidir é a forma democrática por excelência. Da mesma forma, os pareceres da SDE e da SEAE, que são pareceres que atendem na verdade à necessidade de instrução dos processos que o CADE julga, são funções de natureza pericial as mais relevantes, sobretudo a da SDE, porque revelam o fato infrativo. Sem o trabalho da SDE, não há a possibilidade de repressão ao abuso do poder econômico porque não haverá a definição do fato infrativo. Isto é fundamental e esta função deve ser e vem sendo exercida dentro do critério da impessoalidade, que é o critério democrático por excelência.

Se usarmos o outro princípio a reger a administração pública, que é o da publicidade, aí nós não teremos um avanço tão nítido. Existe a meu ver uma assimetria de publicidade. Os órgãos de defesa da concorrência estão tendo uma publicidade externa muito grande, e isto é extremamente positivo. É importante

que a sociedade conheça esses órgãos e depois o trabalho que eles desenvolvem. É preciso que se fixe na cultura brasileira, em toda a sua dimensão, a importância de reprimir o abuso do poder econômico, e não só a defesa da concorrência. É preciso falar sempre no abuso do poder econômico, porque o abuso é uma perversão social e deve ser reprimido, pois como todas as perversões atinge sempre o mais fraco, e os mais fracos são os consumidores menos afortunados. Então a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico pela projeção, pelo conhecimento dos órgãos que as promovem devem ser feitas com grande intensidade. Todavia, a publicidade que esses órgãos estão obrigados a fazer, ou seja, a prestação de contas ordinária, corrente, de suas atividades ao público, ao contribuinte que os remunera, é ainda precária e um tanto desigual entre os órgãos. Há órgãos que têm um sistema de divulgação de suas atividades mais avançado do que outros, mas ainda há uma grande carência de informações oferecidas ao contribuinte, à população, e isto é um ponto que precisa ser imediatamente revisto.

Recentemente, lemos no jornal que o governo destinará à divulgação do projeto da Ancinav cerca de R\$ 200.000,00. Dificilmente imaginaria dinheiro mais mal gasto. Há, no entanto, uma solução muito boa: se R\$ 200.000,00 fossem entregues à Secretaria de Direito Econômico, estou certo de que o *site* dela ficaria muito agradecido, porque realmente é uma necessidade que a própria Secretaria - não só de a Direito Econômico mas a de Acompanhamento Econômico e o próprio CADE - possa levar à toda a sociedade o trabalho que vem fazendo. Isto é absolutamente indispensável. Não se pode sonegar a um órgão - evidentemente não só do Sistema de Defesa da Concorrência, mas a todos os órgãos públicos - a possibilidade de levarem ao público os trabalhos que fazem de forma ordenada.

E aí eu entro, então, no terceiro e último item da minha rápida palestra, que são os benefícios da redução dessa assimetria de publicidade. Quais seriam esses benefícios? Se nós tivermos a possibilidade, ou melhor, se for dada a esses órgãos a possibilidade de expor ao público, de forma sistemática, ordinária, o trabalho que vêm fazendo, as informações que eles prestarão, ou seja, quanto tempo demora um ato de concentração para receber um parecer na SDE, na SEAE, no CADE, quanto tempo aquele processo aguardou para ser julgado, setores, mercados que são mais investigados, menos investigados, as técnicas de investigação, os critérios de análise, enfim todas as informações possíveis de serem disponibilizadas ao público, uma vez sendo disponibilizadas, quais seriam os benefícios imediatos desta disponibilização? Nós podemos citar cinco rapidamente.

Primeiro, a famosa segurança jurídica, que estimula os negócios. Na medida em que não se precise sobrecarregar a agenda dos titulares desses órgãos com reuniões com empresários, porque os empresários poderão eles mesmos ir ao

site e já ter uma radiografia desse órgão, isto economizará o tempo dessas autoridades e informará melhor os empresários. É claro que as autoridades deverão continuar se reunindo com os empresários, mas já a partir de um conhecimento que esses empresários - e quando eu falo empresário me refiro também a seus advogados e consultores econômicos - tenham daquele órgão e de como ele funciona. Eles irão encontrar então os titulares, os funcionários desse órgão com muito mais conhecimento sobre o que esse órgão faz, e esse conhecimento é evidentemente indispensável para que eles orientem seus negócios.

O segundo ponto, e esta ordem aqui é um tanto arbitrária, é a extraordinária vantagem que isso trará para a literatura jurídica e econômica. A literatura jurídica recente brasileira se ressentia de dados relativos à ação das autoridades econômicas. Temos visto que há uma indústria de dissertações de Mestrado, teses de Doutorado, mas se pegarmos os livros existentes, veremos que não há nada ou quase nada de análise de atos de concentração e de processos administrativos. Há muita teoria, muito corte e cola, mas muito pouca análise de casos concretos, e a literatura estrangeira hoje é toda feita em cima de casos concretos. Ainda ontem foi citado, eu creio que pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato, o trabalho do Werden. Há vários trabalhos extraordinários dele, só para referência, há um, de dois anos atrás, no qual ele faz a *história* da ação dos órgãos de defesa da concorrência, voltada especificamente à evolução do conceito de mercado relevante. Esse trabalho extraordinário é todo feito em cima de dados estatísticos disponíveis pelos órgãos de defesa da concorrência. É um trabalho admirável, que só pôde ser feito porque deram meios à autoridade de defesa da concorrência norte-americana para que esse trabalho fosse feito. Então a literatura jurídica e econômica, e aqui eu também faço uma observação, nós devemos - nós advogados promíscuos e promiscuas, como foi dito outro dia -, ter a humildade de reconhecer que a literatura econômica brasileira recente é mais objetiva do que a literatura jurídica, pois está apoiada em dados, em análise de casos, de uma forma muito mais intensa e significativa do que a recente literatura jurídica, muito mais preocupada em ligações teóricas, em citações teóricas, o que tem a sua importância, mas que não atende ao dia-a-dia da advocacia e da prática da defesa da concorrência como deveria.

O terceiro ponto é o da advocacia. Na medida em que a esses órgãos seja possibilitado divulgar sua ação ao público - e essa ação, eu insisto, é crescentemente positiva na medida em que atende a esses princípios constitucionais aos quais eu me referi -, o que ocorrerá imediatamente - eu creio que já há sinais disso - é uma alteração na forma de advogar. Na medida em que esses órgãos cada vez mais refinem as suas decisões técnicas, a advocacia deverá refinar o seu aparato técnico, caso contrário teremos um descompasso entre a

excelência dos órgãos de defesa da concorrência e a excelência da defesa dos interesses dos administrados, descompasso que é sempre negativo. Então este também é um ponto muito importante: a advocacia se especializa na medida em que os órgãos se especializam, mas também na medida em que se possibilita aos órgãos mostrar à comunidade - comunidade é uma palavra de que eu não gosto, mas enfim - e à sociedade como esses órgãos trabalham.

O outro ponto é um ponto hoje um pouco esquecido, mas os órgãos de defesa da concorrência, uma vez capacitados a divulgar como devido o trabalho deles, estarão dando exemplo de cumprimento da lei. Isto é importantíssimo, porque cumprimento da lei hoje é um pouco substituído por implementação de políticas públicas, e política pública é aquilo que o Presidente da República ou um Ministro acha que é. Todo mundo tem a sua política pública. Uma crítica que já se fez aos advogados de contencioso é que todo advogado de contencioso tem o seu Código de Processo Civil pronto. Política pública qualquer um pode ter também, mas o que interessa - e o Daniel falou bem aqui - é que política pública não pode ser fantasia de cumprimento de lei. A política pública é um conjunto de normas que devem ser aplicadas pelo agente administrativo. Então isto é importantíssimo: o cumprimento da lei, simplesmente cumprir a lei.

O último ponto, que foi muito bem ilustrado aqui pelo Conselheiro Pfeiffer, é o Judiciário. O Judiciário precisa conhecer o Sistema de Defesa da Concorrência além do processo, além dos autos que chegam à mão do juiz. Ele precisa saber como funciona, os recursos que esses órgãos têm ou não têm, sobretudo estes últimos, pois o que o que interessa aí são os recursos que eles não têm. Os juízes não têm essas informações e precisam delas. Da mesma forma, como um apêndice dessa questão do Judiciário, eu diria o próprio Executivo e o Legislativo também precisam conhecer esses órgãos de defesa da concorrência. vários outros órgãos do Executivo e o próprio Legislativo não têm noção do que o Sistema de Defesa da Concorrência faz, e a palestra do Secretário Helcio Tokeshi mostrou isso, que é preciso levar aos legisladores e aos demais órgãos públicos o que seja a defesa da livre concorrência, que não se dá, como vimos na palestra dele, apenas pela repressão ao abuso do poder econômico, mas também pela adaptação de outras normas legais a uma promoção da concorrência, a um melhor sistema tributário, a um melhor sistema de tarifas públicas, que são todas formas de implementar a livre concorrência. Então o que eu vejo de extraordinário é o avanço do Sistema de Defesa da Concorrência, mas ainda tendo que corrigir assimetrias que existem, como a assimetria de publicidade, porque se não houver a devida publicidade não haverá o reconhecimento do trabalho que esses órgãos têm feito.

Recentemente numa entrevista um funcionário público disse o seguinte, e

aliás foi o que me motivou a abordar esse tema: “Em Mato Grosso reuniram Varas cíveis de uma região e puseram todos os dados no computador com acesso aberto ao público, então qualquer cidadão entra no sistema e confere quantas sentenças o juiz deu, quantas audiências o juiz presidiu e quantas sentenças o juiz tem para dar”. Esse funcionário é o Ministro Márcio Thomaz Bastos. Pois bem, é um ponto extraordinário da nossa cultura política ou da nossa história política a diversidade de posições e a convivência dessa diversidade de posições. Nós temos um governo em que boa parte dos integrantes entendem que as agências reguladoras não devem ser independentes, e alguns deles, eu acredito, não veriam com os melhores olhos a independência de funcionários ou de titulares de Conselho. Curiosamente ou não, dentro dessa capacidade de convivência com contrários, que é uma característica da democracia, este mesmo governo tem ilustres representantes que defendem a posição contrária, a posição que nós defendemos, aqueles que lidam mais com a defesa da concorrência, como o Ministro Palocci e o Ministro Márcio Thomaz Bastos. O Ministro Márcio Thomaz Bastos, vindo de um governo de quem se esperaria uma intervenção direta mais efetiva, tem se revelado o Ministro que mais e melhor promoveu a defesa da livre concorrência nos limites estritos da legalidade, atendendo àqueles critérios de que aqui falamos: impessoalidade e publicidade. Então, com esse crédito que o Ministro tem, que é um crédito que cresce na medida em que ele, eu não diria enfrente, mas se distingue no pensamento do governo, é dele que deve ser cobrado o empenho para que esses órgãos todos tenham maiores recursos, quer dizer, recursos suficientes para que possam dar melhor publicidade aos seus trabalhos e às suas realizações. Não cabe aqui ficar analisando qual *site* é melhor do que aquele *site* - os *sites* estão aí disponíveis a todos -; o que cabe é discutir o que está por trás disso. E o que está por trás disso é que se deve dar a esses órgãos a possibilidade de divulgar, da forma que nós sabemos ser a mais simples, porque é a mais direta, a toda a sociedade, as suas atividades.

Eu gostaria de dizer que ficaria extremamente satisfeito se nós tivéssemos um estardalhaço de publicidade. Só tenho uma ressalva quanto à publicidade, que é a hora em que ela é feita e eventualmente a forma como é feita – e eu aqui estou me referindo à publicidade institucional, à publicidade das ações do órgão. Não tenho nada contra que o órgão divulgue as suas atividades; ao contrário, o meu ponto aqui se restringe a uma assimetria de publicidade: é preciso que essa publicidade se dê de forma ordinária, corrente e no momento devido. Então, se nós conseguirmos que esses órgãos disponham de meios para divulgar os seus trabalhos e as suas realizações, estaremos consolidando - esta é a forma, aliás, de consolidar - esse avanço da redução desse traço autoritário que vem da tradição política e contamina a administração pública brasileira. É importantíssimo, portanto, a meu ver, que essa redução da assimetria de publicidade seja feita

o mais rápido possível pelas vantagens que eu já disse, inclusive por uma última vantagem, uma vantagem pedagógica, porque não há limites para o desconhecimento na escala de postos ocupados na administração pública. Vemos, então, não só no âmbito do Executivo que há desconhecimentos uivantes sobre o que seja a ação dos órgãos de defesa da concorrência. Eu creio que se a esses órgãos forem dadas as condições de divulgar o seu trabalho, a informação atingirá a todos os níveis do funcionalismo público, do mais baixo ao mais alto, sem distinções de titulação. Muito obrigado.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer: Bem, inicialmente eu gostaria de agradecer o prazer, a honra de poder participar de mais um evento do IBRAC, que são eventos de suma importância para refletirmos e apontarmos temas de relevância que podem ser conseqüentemente pensados mais calmamente. Eu vou iniciar tranquilizando a todos, pois vou me ater ao tempo dado, já que a concorrência é muito forte: temos um sol lindo hoje, mil alternativas de lazer e sobretudo temos que respeitar nossos concorrentes fortes, então me ateei estritamente ao tempo possível. Eu gostaria apenas de solicitar as transparências, se pudessem colocar, esclarecendo que eu vou abordar exatamente a relação do CADE, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com o Poder Judiciário, tentando então suscitar - mais do que apresentar algum posicionamento extremamente consolidado - aspectos que merecem uma reflexão nessa relação que tenderá a se tornar cada mais extensa. Não há nenhuma dúvida de que há uma tendência forte de judicialização das questões da concorrência. Eu acho importante que isso ocorra efetivamente, e são várias as interfaces que eu imagino com o Poder Judiciário, que não se limitam ao controle das decisões do CADE, e todas merecem bastante reflexão.

Então, basicamente, poderíamos imaginar a presença do Poder Judiciário na execução nas decisões do CADE, aquelas decisões que não forem cumpridas pelos jurisdicionados e para as quais o CADE necessite recorrer ao Judiciário para executá-las - execuções de multa e sobretudo de obrigação de fazer. Acho que isso é algo importante, pois muitas das obrigações de fazer - que a meu ver são normalmente as imposições mais importantes porque efetivamente mudam a realidade fática - merecem ser levadas efetivamente a juízo para uma maior efetividade das decisões.

O segundo, a interface talvez mais tradicional de todas mas que merece bastante reflexão, merece um aprofundamento, uma dedicação dos profissionais da área, da própria academia no estudo do seu âmbito, das suas especificidades, que é o controle justamente das decisões do CADE pelo Poder Judiciário.

Finalmente, ainda há como interface as ações coletivas, e aí dividirei essa abordagem tanto em ações coletivas como em ações civis públicas, tentando demonstrar onde está a base inclusive legal para o ajuizamento de ações civis públicas correlatas com a concorrência e ações coletivas de direitos individuais homogêneos, assim como para ações individuais de ressarcimento de danos. Eu acho que esse é um campo muito importante não só para reflexão, como para se começar a praticar. E já que se falou tanto dos Estados Unidos, ao contrário de lá, no Brasil praticamente não há - desconheço inclusive - uma ação efetiva, seja individual, seja coletiva de ressarcimento de danos decorrentes de atos anticoncorrenciais. Eu acho que esse é um campo que dará enorme efetividade à defesa da concorrência e que é absolutamente inexplorado em todos os seus aspectos, seja de pensamento doutrinário, seja principalmente de prática. Eu acho que não há nada melhor do que esse Seminário do IBRAC para discutir esse tema específico.

Há a questão da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos contrários à livre concorrência, que é um campo que talvez tenha alguma profundidade - já temos súmula, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucionais leis municipais que limitam a distância entre estabelecimentos; recentemente, no Distrito Federal, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral do Distrito Federal, em relação a uma lei do Distrito Federal que proíbe instalação de postos de gasolina em shopping centers e hipermercados; e recentemente também uma decisão judicial de primeira instância, não ao Distrito Federal, num mandado de segurança que afastou uma decisão de proibição de instalação de um posto de gasolina num hipermercado específico, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade daquela lei distrital. Este, aliás, é um caso interessante porque foi justamente o CADE que julgou aquele caso específico, a forma como os postos do Distrito Federal pressionaram, e também fez alusão - lógico, não tem nenhum poder de declaração o CADE -, mas fez alusão à inconstitucionalidade e oficiou justamente à autoridade do Procurador Geral do Distrito Federal, que tomou providência efetivas - vamos ver como o Tribunal de Justiça julga a matéria.

E há uma sexta e importantíssima interface, que é questão criminal. Não vou, por limitações de tempo, aprofundar essa questão, mas eu enxergo como absolutamente imprescindível esse trabalho que vem sendo feito em conjunto com os Ministérios Públicos pelo seu caráter criminal e dada a potencialidade dos instrumentos de investigação. É um tema polêmico, não aprofundarei isso, mas é uma interface importantíssima e que empresta não só à questão uma outra maneira de punir esses atos anticoncorrenciais como também acaba emprestando instrumentos fundamentais.

Bem, no que tange à execução das decisões do CADE, pouco há que se falar: a competência é da Justiça Federal. Há alguns instrumentos da lei, inclusive, que dão foro privilegiado ao CADE - isso já foi discutido no Supremo Tribunal Federal, em juízo cautelar que não o afastou, e entendeu a possibilidade de ser ajuizado em Brasília. Mas isso não merece muito aprofundamento.

O segundo aspecto importante é o do controle judicial das decisões do CADA, que tange alguns aspectos importantes sobre os quais refletir. Vou trazer mais matérias para refletirmos, pois não há ainda uma jurisprudência consolidada em nenhum sentido sobre essas matérias que vou abordar, e há um campo todo para construir, mas é um campo que logicamente cada vez mais tenderá a ser maior. Por quê? Porque serão aqueles nos quais partes eventualmente condenadas em processos administrativos vão querer uma revisão da decisão do CADE, partes em atos de concentração eu acredito talvez possam iniciar também um tipo de movimento e decisões do Secretário de Direito Econômico também têm já algum histórico, e creio que tenderá a se mover principalmente nos limites e especificidades do processo administrativo. Bem, a competência, nesses casos, é da Justiça Federal de primeira instância; pode haver algum debate sobre a questão territorial - se deve ser centralizada no Distrito Federal ou não -, mas eu não vou abordar isso. Mas o interesse de agir chega a partir da implementação da decisão do CADE ou de alguma medida do Secretário de Direito Econômico, e as matérias aí que suscitam grande reflexão são: Qual a extensão desse controle jurisdicional? E, em uma palavra apenas, qual seria o limite? Ele vai poder rever a totalidade da decisão ou só aspectos circunstanciais relacionados principalmente com o devido processo legal ou com ilegalidades flagrantes, a errônea aplicação de algum instituto? Ou não, ele pode revolver o mérito?

Para isso algumas matérias vêm sendo debatidas, então logicamente se reconhece estritamente que a decisão do CADE, assim como a do Secretário, tem uma natureza administrativa, mas que seria discricionário-vinculada - esse é um debate que já houve. Não sei se efetivamente esses termos aplicados a atos que tenham um conteúdo sobretudo de decisão são os mais tecnicamente apropriados, mas por trás dessa questão de discricionário-vinculada se quer dizer: mas é absolutamente livre a decisão? Então seja a do Secretário ao tomar uma medida preventiva ou outra medida, seja a própria instauração do processo administrativo pelo CADE, ao decidir pela imposição de uma sanção ou o seu arquivamento ou pela desconstituição de um ato de concentração ou a sua aprovação, ou ele guarda alguma vinculação com os parâmetros legais? É, parece que sim, parece que evidentemente ele irá guardar relação com esses parâmetros. Isso talvez não seja tanto no campo do discricionário-vinculado, pois isso se dá mais para os atos típicos

administrativos, mas não há dúvida de que ele deve seguir um certo rito, e se ater a esse rito, sendo que essa legalidade pode ser questionada sem dúvida nenhuma. O problema está mais, a meu ver, na questão de se esse controle vai envolver o mérito administrativo ou só esses outros aspectos. Entendo que obviamente, por exemplo, uma decisão que nitidamente se aparta da tipificação para uma sanção por uma conduta anticoncorrencial ou que desconsidere algum elemento evidente de prova ou que deixe de aprovar um ato de concentração quando estão efetivamente presentes os requisitos autorizadores ou, pelo contrário, aprove quando eles evidentemente não estão postos, possa ser discutida, mas isso envolveria também valoração de prova. É, portanto, um problema já de maior *valoração* mesmo, algo que não é tão nítido, não é uma ilegalidade tão nítida, mas uma *valoração* daquela prova. E poderia, então, o Judiciário revolver essa valoração? Isso na verdade é um debate aberto, não só nesse campo como no campo de quase todas as decisões administrativas, e um campo para construir. Não pretendo também esgotar essa questão, mas apenas levantar essa matéria, sobre a qual acho que devemos pensar cada vez mais e que será na prática averiguada. Mas o que parece, no mínimo, muito importante, é que esse controle, se eventualmente vier a ser pleno, seja feito de uma maneira adequada, no sentido de que aqueles aspectos que devem ser levados em conta no direito concorrencial, principalmente os aspectos de Economia desse pensar dentro dos parâmetros tradicionais do direito da concorrência, também sejam levados em consideração no Poder Judiciário. Parece-me que o pior dos mundos será se o controle for pleno porém restrito aos conceitos tradicionais, mas enfim isso é algo para se construir, algo para cada vez mais também se levar em consideração no nosso modo de ver, ou seja, nessa promoção da concorrência, aproximar-se cada vez mais do Poder Judiciário.

Quanto às ações coletivas, se vislumbra tanto a possibilidade de ação civil pública como de ações coletivas para direitos individuais homogêneos. A competência vai variar de acordo com o autor. Uma coisa interessante é que o próprio CADE vai poder até ter legitimação processual, não para ação civil pública, em que eu não vejo interesse de agir, mas para as ações coletivas - mas voltarei a falar disso. E quais são algumas questões importantes em relação à ação civil pública? Parece-me claro o amparo legal dado pelo parágrafo único do art. 1º, em que é definido um direito difuso por pertencer a coletividade. O art. 1º da Lei da Ação Civil Pública arrola a infração da ordem econômica expressamente, e no art. 83 da lei diz que temos aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

A ação civil pública pode ser utilizada, acho que é um instrumento importante - ela pode alcançar até a cessação da prática, ela pode alcançar

determinações necessárias para aquela cessação das práticas, uma condenação em dinheiro pelo art. 3º da Lei da Ação Civil Pública -, mas não me parece que possa ser manejada como uma forma de substituir as sanções administrativas previstas na lei. Eu acho que efetivamente as sanções pecuniárias, principalmente, são exclusivas da esfera administrativa, e toda a doutrina da separação das esferas aponta para isso. Então, esta é uma questão importante.

Outra questão que eu vou também abordar é a questão da ação coletiva para reparação de direitos individuais homogêneos, e neste caso realmente acho que é algo fundamental suscitar um debate sobre a sua implementação prática, pois aqui é um foro privilegiado para discutirmos o que está faltando ou quais são os problemas, o que está entavando ou por que não se fazem no Brasil com muita frequência essas ações de reparação de dano. Mas o que são essas reparações de dano? Através dessas condutas anticoncorrenciais, sem dúvida nenhuma, o que é lesado basicamente é o mercado, a estrutura de mercado. Com isso se lesa um melhor padrão de desenvolvimento, uma melhor alocação de recursos, se torna menos eficiente a prestação econômica - são estes, portanto, os valores imediatos protegidos pela aplicação da legislação da concorrência. Imediatamente se protegem também os direitos dos consumidores. Mas esse tipo de lesão, além de ter um impacto difuso na coletividade, pode eventualmente gerar lesões individuais, o que não é novidade no campo concorrencial, no campo do meio ambiente, todos os outros campos são assim. Então, o que a meu ver não há ainda uma cultura de se fazer. Assim, empresas que foram, por exemplo, lesadas por um preço predatório ou por uma exclusividade anticoncorrencial - não as exclusividades eficientes, mas uma exclusividade anticoncorrencial - ou um fechamento de mercado, enfim, por alguma medida anticoncorrencial, teriam também, conseqüentemente, um dano individual. No caso de consumidores que pagaram sobrepreço por um cartel e em que você consiga identificar eventualmente esse sobrepreço, o que não é matéria trivial mas uma matéria extremamente complexa, eles poderiam entrar tanto com ações individuais - nisso há pouco interesse talvez das empresas maiores, mas há todo um campo de ações coletivas para direitos individuais homogêneos. Há uma previsão expressa no art. 29 da lei - uma previsão importante porque a jurisprudência hoje tende, tanto no STJ como na STF, a restringir para relações de consumo o manejo das ações individuais homogêneas -, para relações de concorrência que poderiam ser utilizadas. E eu vislumbro vários exemplos: quando você consegue dimensionar um dano, obtém do juiz, através dos legitimados, uma condenação genérica e posteriormente há uma execução individual dos lesados em cima dessa condenação genérica, é o modelo tradicional das ações coletivas para individuais homogêneas; e ao mesmo tempo você pode ter ações individuais quando houver de empresas

um incentivo que as leve sozinhas a ir ao Judiciário. Nos Estados Unidos isso é muito comum.

Um outro tema que eu gostaria de debater, pois já estou próximo do encerramento, é a questão da ação judicial concomitante ao processo administrativo, algo que cada vez mais tem relevância, pois há algumas ações civis públicas com objetos semelhantes a processos administrativos que tramitam no sistema. Só gostaria de dizer, eu vou até concluir, que eu acho que essa concomitância é plenamente possível pelo ordenamento jurídico, mas talvez não seja o melhor forma de trabalhar. Eu creio que dentro dessa cooperação com os entes legitimados e dessa aproximação cada vez maior com o Ministério Público, que é o principal manejador das ações civis públicas, o ideal ainda é que se tente conversar e utilizar todas as potencialidades do processo administrativo. Não é boa essa concomitância porque ela trás problemas práticos sérios. E tanto problemas práticos aos jurisdicionados, aqueles que são representados ou réus nas ações civis públicas, como a própria concomitância: você pode ter uma miríade de combinações, de decisões que arquivam, no campo administrativo, condenações judiciais, ou vice-versa, que podem trazer problemas. Mas eu acho que a lei de qualquer forma é clara nessa possibilidade plena da concomitância, seja pela diferente natureza das condenações - desde que sejam efetivamente diferentes, então, não acredito aceitável que você possa substituir aquelas decisões administrativas previstas na Lei 8.884, as sanções pecuniárias; eventualmente também deve-se pensar em todo o controle de concentração, mas também não creio que seja esse o mecanismo adequado para os controle de concentração, essa substituição, mas há a cessação da prática claramente prevista no art. 29. São sanções diferentes, a condenação judicial e a sanção administrativa. Não há então que se falar em litispendência: a lei é muito clara nessa questão.

E, finalmente, há a questão da ação individual de pessoas lesadas. Então, com isso, eu finalizo dentro do prazo. Só queria dizer que há realmente cada vez mais uma presença significativa da questão judicial - eu acho que todos nós devemos refletir sobre esses diversos aspectos, devemos praticar esses diversos aspectos, pois essa questão da efetividade é muito importante. Eu vejo hoje nessas condenações posteriores a decisões administrativas, principalmente no caso de uma ação administrativa que condenou uma empresa, ainda que isso possa estar sujeito a algum tipo de controle, por que não entrar também com ações de reparação? Eu acho que isso é importante para a efetividade. E, finalmente, isso demanda uma postura, dentro dessa promoção da concorrência, de aproximação com o Poder Judiciário, é um ator imprescindível dessa aproximação. E também demanda reflexões sobre a especialização disso. Creio que ainda

não é o momento adequado, não temos massa crítica, não temos maturidade, mas no futuro, talvez na adolescência, na maturidade, talvez na velhice ou pós-velhice, mais para a frente poderemos pensar quem sabe numa especialização da justiça, na eventual competência originária de um tribunal. Não é o momento adequado, eu acho, pois não há massa crítica ainda, mas eu acho que é uma matéria sobre a qual daqui a alguns anos com certeza precisaremos pensar, ou seja, na pertinência de uma competência originária. Com isso eu agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.

SLIDE 1

PALESTRA NO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBRAC

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PODER JUDICIÁRIO

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

CONSELHEIRO DO CADE

MESTRE EM DIREITO PELA USP

Professor de direito econômico e direito do consumidor

PROCURADOR DO ESTADO DE SP

SLIDE 2

PODER JUDICIÁRIO E CONCORRÊNCIA

- 1) Execução judicial das decisões do CADE, o que ocorrerá nas situações em que não houver o seu cumprimento voluntário pelo agente econômico.
- 2) Ação ajuizada pelo agente econômico contra a decisão do CADE, em controle de conduta ou de estrutura.
- 3) Ação coletiva para a tutela dos interesses relativos à livre concorrência, que poderá se dar: a) por meio de ação civil pública; ou b) por meio de ação coletiva para a tutela de direito individual homogêneo.
- 4) Ações individuais dos prejudicados por infrações contra a ordem econômica, que serão propostas em face do agente econômico que as cometeu.
- 5) Declaração de inconstitucionalidade de atos normativos contrários à livre concorrência.

SLIDE 3**EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO CADE**

- 1) Competência: Justiça Federal.
- 2) Deve ser lembrado que dois dispositivos que estabelecem prerrogativas do CADE no âmbito da execução judicial de seus julgados foram questionados na ação direta de inconstitucionalidade n. 1094 proposta pela CNC e que impugnou diversos dispositivos da lei de defesa da concorrência. Em sede de apreciação da cautelar a medida liminar foi rejeitada *in totum*, mantendo-se todos os dispositivos impugnados. Foram eles, no aspecto processual: a) prerrogativas da execução judicial das decisões do CADE (supressão das expressões “Distrito Federal” à livre escolha do CADE” do art. 64). Relator e Marco Aurélio vencidos; b) arts. 65 e 66: caução para desconstituição do título judicial e possibilidade do juiz determinar de imediato as providências do título, dependendo da gravidade da infração e do periculum in mora.

SLIDE 4**2) CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE**

- Um segundo aspecto dá-se quando o agente econômico (seja ele representado em processo administrativo para apuração de infração contra a ordem econômica, seja ele requerente em processo administrativo para apreciação de ato de concentração) discordar da decisão final do CADE ou de decisão interlocutória do Conselheiro-Relator ou do Secretário de Direito Econômico.
- Competência: Justiça Federal de primeira instância.

SLIDE 5

- Interesse de agir: implementação da decisão do CADE.
- Qual a extensão do controle jurisdicional?
- Decisão do CADE: natureza administrativa. Discricionária ou vinculada?
- Legalidade estrita ou envolve também o mérito da decisão?

SLIDE 6**3) AÇÕES COLETIVAS**

- A tutela coletiva dos interesses relativos à livre concorrência poderá se dar: a) por meio de ação civil pública; ou b) por meio de ação coletiva para a tutela de direito individual homogêneo.
- Competência: irá variar de acordo com o ente legitimado que propôs a ação. Como regra geral funcionará do seguinte modo: a) Justiça Federal: sempre que a ação for proposta ou houver a intervenção da União Federal ou de ente da administração Pública Federal (inclusive o CADE) ou do Ministério Público Federal; b) nos demais casos a competência será da Justiça Estadual.

SLIDE 7**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Caráter difuso do direito à livre concorrência
- Art. 1º, Parágrafo único da Lei nº 8.884/94: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.
- Art. 1º da Lei da Ação Civil Pública: Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
- VI - por infração da ordem econômica e da economia popular.
- Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis n. 7.347/85 e 8.078/90.

SLIDE 8

- Não pode ser utilizada para determinação das sanções administrativas previstas para sancionar infrações contra a ordem econômica, as quais são exclusivas da autoridade administrativa. Pode haver um controle acerca da adequação da decisão, mas não a substituição do Poder Administrativo pelo Poder Judiciário.

SLIDE 9**AÇÃO COLETIVA PARA REPARAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

- Art. 29 da Lei n. 8.884/94: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, 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 de ação.
- Trata-se de importante disposição, principalmente tendo em vista que existem acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tal espécie de ação somente poderia ser utilizada para tutela de direitos relativos às relações de consumo.

SLIDE 10

- Exemplos: 1) Ação coletiva movida em face de empresas que tenham participado de um cartel e tenha sido possível estabelecer o sobre-preço estabelecido; 2) ação coletiva movida em face de empresa que tenha estabelecido exclusividade indevida; 3) ação coletiva em face de empresa que tenha indevidamente impedido que os seus concorrentes tivessem acesso à matéria prima necessária para a fabricação de um determinado produto, ocasionando a retirada destes concorrentes do mercado, o que lhe permitiu, após tal retirada, aumentar o preço do produto.
- Pedido desta ação: o ressarcimento dos prejuízos sofridos por todos aqueles que pagaram pelo produto um montante superior ao preço médio praticado antes da eliminação da concorrência, bem como a reparação dos danos ocasionados aos concorrentes que tiveram que abandonar o mercado.

SLIDE 11

- Na hipótese da ação coletiva ser julgada procedente, o Juiz irá fixar, genericamente, a obrigação do réu em indenizar todos os compradores de seus produtos que pagaram um valor superior ao que pagariam caso não houvesse a prática da infração, bem como os danos ocasionados aos concorrentes com a prática da conduta.
- Já nas habilitações individuais cada indivíduo irá demonstrar: a) que sofreu um dano; b) que há nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empresa; c) quais são os prejuízos e qual o montante necessário para repará-lo. Porém, não será objeto de discussão a obrigação da empresa em reparar tais prejuízos, pagando o montante a ser apurado.

SLIDE 12**AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE A PROCESSO ADMINISTRATIVO**

- A existência de um processo administrativo em curso no CADE, impede a propositura de ação civil pública que tenha por objeto justamente a cessação da prática e a condenação na reparação dos danos por ela causados?
- A resposta deve ser negativa. Em primeiro lugar por que não há que se alegar existência de litispendência, por se tratar de apreciação por órgãos que pertencem a diferentes esferas de poder, ou seja, o órgão jurisdicional pertence ao Poder Judiciário enquanto o CADE pertence ao Poder Executivo.

SLIDE 13

- Em segundo lugar tampouco pode se falar em *bis in idem*, uma vez que a natureza da multa imposta pelo CADE e da condenação em dinheiro que pode ser imposta pelo Poder Judiciário é fundamentalmente distinta. Tal distinção dá-se tanto no aspecto formal como no aspecto material. Formalmente, a multa apresenta-se como uma *sanção administrativa*, enquanto a decisão judicial será uma *condenação judicial*. Materialmente, a multa possui uma função dissuasória, visando a desestimular o agente econômico a praticar a conduta, enquanto a condenação judicial apresentará uma função reparatória, visando a compensar a sociedade ou os lesados dos prejuízos causados pela conduta. Finalmente, no que concerne à ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, efetivadas, ainda há que se fazer menção ao art. 29 da Lei nº 8.884/94

SLIDE 14

AÇÕES INDIVIDUAIS

- 4) Há, ainda, a possibilidade de ações individuais daqueles que se sentem lesados em virtude de infrações contra a ordem econômica, que serão propostas em face do agente econômico que as cometeu. Via de regra (salvo se a União for a lesada ou o agente econômico for empresa pública federal) a competência será da Justiça Estadual. A este respeito destaque art. 29 da Lei de Defesa da Concorrência, que faz expressa menção a tais ações

Daniel Goldberg: Senhores, muito bom dia! Muito obrigado pelo convite! Antes de começar o que eu tenho para conversar com todos vocês hoje, deixem-me dar um aviso curto e objetivo, até para contingenciar eventuais frustrações e explicar por que, como ocorreu no ano passado, eu, Beth, Helcio, Pfeiffer, Prado, Ricardo, por que não viemos aqui, Luiz Fernando, armados de transparências com as idéias alternativas, com cópias marcadas com projeto de lei, por que nós não perdemos mais um Seminário do IBRAC debatendo exaustivamente a tal da reforma que nunca vem da Lei 8.884. Faço esse primeiro informe antes de começar a palestra, porque evidentemente é isso que vocês esperavam de novo encontrar à luz de todas as notícias que andam perambulando pelos jornais. Mas, a despeito disso, o que ocorre é o seguinte: de fato, é verdade estamos em fase final de formatação do projeto de lei; na verdade, acho que passamos já a etapa de discutir a proposta inicial do governo que vai ser debatida com os senhores exaustivamente no que diz respeito ao formato do sistema e da Lei 8.884. Mas o que estamos procurando fazer, e isso está sendo muito trabalhoso, é, junto com a reforma da lei, discutir com os senhores e negociar com outros Ministérios do Governo questões como estrutura, carreira ou não carreira, ciclo de gestão, números, quantitativo, quem vai trabalhar, como é que você contrata, em que ano, como é que começa a funcionar o sistema.

Dessa vez estamos tentando montar um pacote integrado para não correr o risco de perder muitas calorías na lei, e depois a lei não vem. E aí no final ou a lei vem sem sistema estruturado na prática, ou todo mundo fica discutindo a nova lei, mas como não se estruturou o sistema ficamos com medo de aprovar a nova lei e ela é engavetada de novo. Evidentemente, esse processo não é trivial (formatar, discutir carreira, discutir sobretudo em tempos de recursos escassos), então a nossa idéia, em princípio, ainda que não haja um largo e extenso processo de consulta pública, é discutir não só com o IBRAC, com a OAB e com a comunidade antitruste o projeto de lei, mas também alternativas, o que conseguimos e o que a não conseguimos, até para o IBRAC interagir com o governo do ponto de vista de estrutura dessa nova autoridade da concorrência.

A nossa intenção é até o final do ano, pelo menos, ter um esboço disso. O nosso formato da lei está pronto para se discutido, nós podemos discuti-lo a qualquer momento, mas até o final do ano queremos ter um esboço para discutir com os senhores também acerca da estrutura que pretendemos implementar nos próximos anos. Então, esse é o informe, e essa é a razão pela qual não vou falar da menina formosa.

Dito isto, podemos começar, então, com o nosso tema de hoje. Em 5 de junho de 2000 o *The Wall Street Journal* publicou um editorial acabando com o Departamento de Justiça, que soa muito comum para as autoridades de concorrência que já passaram por esse tipo de situação em outras jurisdições, em outros sistemas. Eu vou citar *verbis* o que o *The Wall Street Journal* disse em 5 de junho de 2000, comentando a postura do senhor Joe Klein, o chefe da divisão antitruste do Departamento de Justiça à época, na investigação do que era então a proposta de fusão da The Sprint/WordCom. O *The Wall Street Journal* basicamente disse o seguinte: “Esse Sr. Klein, em tradução livre, lendo aqui o jornal, veio à cidade (Washington) procurando por oportunidades para expandir o seu *portfolio* pessoal. A sua tentativa podia até ser digna de comenda ou digna de ser louvada em qualquer outra linha de trabalho, mas infelizmente, quando se fala de poder governamental, os americanos não querem que ele seja usado para caprichosamente mexer com os direitos de companhias e os seus acionistas. Nós duvidamos realmente que os americanos queiram que suas empresas, seus empregos e sua riqueza, e suas aposentadorias sobretudo, dependam de um franco-atirador, burocrata, ambicioso que acontece incidentalmente de estar passando por Washington”. Esse foi o editorial gentil que o *The Wall Street Journal* fez sobre Joe Klein na época da fusão da The Sprint/WordCom.

Começando com esse editorial e sentindo um pouco nos próprios calos esse tipo de abordagem, eu percebo - e é esse o nosso tema de hoje - alguns pontos extraordinariamente interessantes para discutir com o IBRAC num Seminário dessa natureza e o que subjaz nesse tipo de editorial. E o que subjaz na crítica do *The Wall Street Journal*, a despeito de toda virulência, é algo que não deveria ser descartado de pronto, que é a noção de que, assim como empresas maximizam utilidades, ou consumidores maximizam utilidades, que é o discurso comum no âmbito do antitruste, governantes, funcionários públicos, administradores também têm os seus próprios sistemas de prêmios e recompensas, e eles também tentam maximizar a utilidade de vez em quando. E a crítica do *The Wall Street Journal* é a seguinte: “Essas autoridades antitruste fazem um estardalhaço - como diz o Pedro - quando estão numa investigação, porque estão mais preocupadas com méritos e com o *portfolio* pessoal da sua investigação do que propriamente com o interesse público”. Essa não é a crítica do Pedro, mas o

estardalhaço é expressão do Pedro, e eu vou usá-la algumas vezes durante a minha intervenção hoje, pois acho que há mérito nesse ponto do *The Wall Street Journal*, e eu estou tentando propor uma forma diferente de enxergar isso.

Portanto o tema é: “Política Antitruste *versus* Política do Antitruste”. Qual a diferença entre falar política concorrencial e a política envolvida na concorrência? Começo, a partir desse editorial do *The Wall Street Journal* dizendo o seguinte: no final das contas o que o *The Wall Street Journal* quer dizer com essa abordagem, como eu disse, é que os administradores públicos estão atrás das suas próprias recompensas ou da expansão do seu *portfolio* pessoal. O que está subjacente a essa abordagem do *The Wall Street Journal* é o que eu estou chamando aqui de investigando o investigador. O que é que move, o que é que motiva uma autoridade da concorrência? E na literatura comparada, tanto na tradição européia quanto na tradição anglo-saxã, e em certa medida na tradição brasileira do direito administrativo, você pode dividir como as pessoas enxergam essa questão grosso modo em duas grandes correntes: uma delas é o que eu estou chamando aqui de vertente do interesse público. Essa vertente simplesmente diz o seguinte: evidentemente o que motiva o administrador público, evidentemente o que motiva o Joe Klein ou o Daniel na SDE ou o Helcio na SEAE ou os Conselheiros no CADE é o interesse público, é a sua visão do interesse público. No caso específico do antitruste essa vertente do interesse público, sobretudo na tradição americana, mas também na tradição européia a partir do Jacman na França, essa vertente do interesse público passou a usar largamente a análise econômica para, a partir da questão das falhas de mercado, dizer o seguinte: o governante ou o administrador, quando aplica o direito antitruste, está fazendo política pública, e uma política pública que tem um objetivo muito específico, que é de forma *ex post* resolver falhas de mercado. Eventualmente essa teoria, essa vertente do interesse público se expandiu um pouquinho e passou a abarcar a questão das falhas da regulação, ou seja, como é se trabalha a tipologia não só das falhas de mercado, mas também a tipologia das falhas de regulação.

A última grande obra no campo jurídico que usa a análise econômica para discutir jurisprudência nesse sentido é de um juiz da Suprema Corte Americana, o Justice Breyer, que em 1984 lançou um livro muito famoso nos Estados Unidos chamado *Regulation and its reform*, em que basicamente o que ele propunha era um jeito simples de analisar regulação antitruste e outros campos da regulação: através da dicotomia diagnóstico e tratamento. Como a regulação essencialmente procura resolver falhas de mercado *ex ante* e o antitruste procura resolver falhas de mercado *ex post*, sempre que você tiver uma decisão que é ineficiente, o jeito de entender isto é ir atrás do diagnóstico que a agência reguladora fez e do tratamento que ela propôs. Evidentemente você tem uma dessintonia entre o diagnóstico e o tratamento, e a partir dessas categorias você

consegue explicar todas as falhas tanto da agência antitruste quanto das agências reguladoras em geral.

Enquanto, o *Justice* Breyer lançava esse livro e na Europa essa versão do interesse público ganhava águas, forças e ventos com análise econômica, começou a ganhar força nos Estados Unidos, de forma algo tardia, um pouco baseada nos trabalhos muito preliminares do Stigler, em Chicago, começou a ganhar força nos Estados Unidos uma escola muito provocativa que está por trás do editorial do *The Wall Street Journal*, que é, não sei se os senhores já ouviram falar, certamente todos ouviram muito falar da Escola de Chicago, mas não sei se já ouviram falar da Escola de Virginia.

A Escola de Virginia hoje nos Estados Unidos é mais importante do que a Escola de Chicago, do ponto de vista de sua aplicação atual. E basicamente o que a Virginia School of Public Choice diz é que, para entender as escolhas públicas, para entender a atuação dos governantes, dos administradores, das autoridades da concorrência, é preciso partir do princípio, como fez o *The Wall Street Journal* de forma algo virulenta e injusta, de que o administrador público é um *homo economicus* como qualquer outro, portanto ele tem uma função de retorno, prêmio, punição e satisfação que acaba pautando os seus trabalhos. Na versão depauperada da Escola da *Public Choice*, que é a Escola de Virginia, nos editoriais isso virou o seguinte: “Ah! entendemos. Então, na verdade qualquer decisão pode ser entendida a partir dos interesses privados que capturaram o órgão regulador ou a agência antitruste”.

Mas essa é uma versão um pouco pobre, uma versão um pouco depauperada, e a proposta da minha conversa com vocês hoje é de uma moldura analítica que é híbrida. O que vou propor para vocês hoje é que, de fato, o melhor jeito de entender como eu, SDE, olho para o mundo é a partir da escola do interesse público, mas o melhor jeito de vocês me analisarem é a partir da Escola da *Public Choice*. Então, no final das contas, de forma algo paradoxal, o investigador, o analista, o administrador público, o órgão antitruste olha o mundo sob a ótica do *public interest* (interesse público), mas ele deveria ser julgado pela teoria da escolha pública, e eu vou tentar com exemplos concretos dizer o que significa essa abordagem híbrida.

Do ponto de vista de como vocês deveriam me julgar, de como deveriam me analisar - e eu tenho certeza que eu vou comer essas palavras algum dia, senão hoje -, quais são os fatores, do ponto de vista dessa abordagem híbrida de *public choice*, que condicionam uma decisão da autoridade antitruste? Pressão do Executivo, revisão pelo Poder Judiciário, apelo de sua clientela, reconhecimento pelos seus pares? Vou desenvolver com exemplos concretos cada um

desses quatro fatores que me parecem ser as quatro forças que movem ou motivam uma autoridade antitruste do ponto de vista da teoria da escolha pública nessa abordagem híbrida que eu estou propondo.

O primeiro fator é a pressão do Executivo. A despeito do que se possa crer, o Executivo não é um monobloco, o Executivo é feito de pessoas. Cada um dos administradores públicos tem as suas respectivas funções de retorno, punição e premiação, e cada um dos seus respectivos administradores tem suas diferentes clientelas, o que os americanos chamam de *constituency*. Cada um tem o seu público muito específico - assim como nós aqui no IBRAC temos a nossa comunidade antitruste - que lhe puxa as orelhas quando sente que saiu dos trilhos, e é isso que eu estou chamando aqui de clientela. Então *pressão do Executivo* é um termo algo elusivo, algo ambíguo. O Ministro da Indústria e Comércio está *sempre* preocupado com decisões do CADE, e nem sempre está preocupado com decisões do CADE da mesma perspectiva que o Ministro da Fazenda ou o Ministro da Justiça estão preocupados com as decisões do CADE. Se olharmos da perspectiva histórica como surgiu essa questão da independência da autoridade antitruste, que virou uma necessidade, um imperativo na história recente, veremos que nem sempre foi assim. Na exceção dos órgãos antitruste isso nem sempre foi discutido nesses termos: vamos perceber uma estranha coincidência entre a gênese da discussão da independência absoluta da autoridade antitruste com o fato de que, na maioria dos países, hoje em dia em dois terços das jurisdições que tem um sistema de concorrência operante, a autoridade da concorrência estava originalmente ligada ao Ministério da Indústria e Comércio. Isso gerava, do ponto de vista da *public choice*, do ponto de vista da teoria das escolhas públicas, evidentemente problemas: há duas clientelas muito diferentes dentro do mesmo órgão e há óticas diferentes que têm que conviver, que dialogar. Portanto, do ponto de vista dessa teoria, a pressão do Executivo não é algo bom ou mau, é um fato da vida e não existe “a” pressão do Executivo, existem “as” pressões dos Executivos, cada um com a sua ótica - o Ministério da Indústria e Comércio numa ótica, o Ministério da Justiça em outra ótica, o Ministério da Fazenda em outra ótica ainda -, e é necessário entender a inter-relação dessas clientelas e dessas óticas para entender a evolução da política, não da política antitruste mas da política *do* antitruste.

O segundo aspecto é revisão pelo Poder Judiciário. Isso é importantíssimo, porque varia enormemente em cada um dos sistemas, e também tem que ver com as respectivas clientelas e com o contexto e o pano de fundo cultural à época da edição das decisões. Deixem-me dar um exemplo muito concreto a respeito disso: os Estados Unidos, que hoje posa de paradigma e paladino da luta pela eficiência alocativa com o objetivo primário, senão único, da política antitruste, no

caso que todo mundo cita nos manuais, aqui no Brasil e lá fora também, como um dos precedentes de análise de ato de concentração, que é um caso que foi julgado em 1945 pela Suprema Corte Americana, o caso Alcoa, quando olhamos esse caso, um dos paradigmas da sessão dois do Sherman Act, que é a tentativa de monopolizar o nosso abuso de posição dominante, quando você olha essa decisão, que é citada por todos os manuais, há algumas coisas bizarras.

A primeira delas é que a Suprema Corte acabou mandando-a para um Tribunal Federal, porque achou que havia conflitos de interesses e não podia julgar o famoso caso, e isso ficou conhecido como uma maluquice processual que não vale a pena comentar aqui. A segunda coisa, que vale a pena comentar sim e discutir com profundidade, é que no caso da Alcoa a Suprema Corte fez um longo voto que ficou muito famoso, porque consolidou e concretizou aquela velha frase de “a dominação de mercado não será considerada ilícita quando for resultado de acúmen negocial” - não sei se existe essa tradução direta, “mas quando for decorrente de acúmen negocial e maior eficiência técnica ou tecnológica” e assim por diante. Essa frase foi consolidada na jurisprudência da Suprema Corte e virou lugar-comum em todas as outras leis antitruste em todo o mundo. É o famoso “a aquisição de poder de mercado não será considerada ilícita quando fundada na maior eficiência”. Essa consolidação da jurisprudência americana no caso Alcoa acabou dando uma virada espetacular porque o que juiz-relator fez, afinal, em seu voto, foi dizer: “É verdade que a Alcoa tem 90% do mercado porque é mais eficiente, etc. etc., mas há outros valores no Sherman Act que são reconhecidos na sua edição, ou seja, que se reconhecem no exame da história congressual da edição do Sherman Act, que são valores sociais, valores culturais, que na verdade exigem o combate do tamanho e do poder econômico *per se*, ainda que surja com a maior eficiência”. E neste voto Alcoa de 1945, a Suprema Corte termina dizendo, portanto, que o grande fundamento último da aplicação da sessão dois do Sherman Act (que é um acórdão muito famoso da Suprema Corte, que pouca gente lê inteiro) é a proteção - acreditem se quiser - dos pequenos negócios e das pequenas empresas.

Eu já ouvi críticas e críticas dos americanos com relação à jurisprudência européia, dizendo que a jurisprudência européia descarrilou-se usando esse tipo de análise. Mas essa redação que eu acabei de ler é a redação de um acórdão muito famoso, muito citado em Alcoa em 1945. O que é que mudou de 1945 para cá? Por que em 1945 a Suprema Corte dizia que a proteção dos pequenos negócios era o fundamento último do antitruste e pouco depois ela revisou completamente essa orientação?

De novo, há uma questão fundamental de cultura e de apelo da clientela que realçam e relevam o fato de que, ao final e ao cabo, do ponto de vista tanto da

teoria do interesse público, nessa vertente que eu descrevi, quanto da teoria da escolha pública, que eu estou discutindo com vocês agora, o direito antitruste é uma política pública fantasiada de aplicação da lei; esse é o grande dilema que se discute nesse tipo de discussão e nesse tipo de literatura. E como toda política pública fantasiada de aplicação de lei, ela está sujeita a algumas idiossincrasias que eu estou descrevendo hoje. Parte desta vertente do interesse público simplesmente recusa essa visão, dizendo: direito antitruste é direito, é a aplicação de uma lei. A aplicação de uma lei dentro de um quadro hermenêutico, a aplicação da lei dentro de um ciclo, de um parâmetro, de um procedimento, mas é a aplicação da lei. Se considerarmos direito antitruste a aplicação de política pública, temos que considerar a aplicação de qualquer regra de direito ou qualquer princípio de política pública.

Houve um grande embate em torno dessa discussão, mas inerente a toda essa escola da escolha pública está a visão de que, afinal de contas, o que estamos fazendo política pública e fingindo que estamos aplicando a lei, a um ponto tal que a Suprema Corte, no caso *Alcoa* em 1945, disse que o negócio era proteger a pequena empresa e na mesma sessão dois, pouco tempo depois estava falando de eficiência alocativa dos mercados. Qual é o quadro hermenêutico, qual é a teoria hermenêutica que explica isso? - é a pergunta que esses professores se fazem.

A partir dessas quatro forças, dessa correlação de forças, eu expliquei o que entendo por clientela, pressão do Judiciário, revisão do Poder Judiciário, pressão do Executivo e, sobretudo, reconhecimento pelos pares, que é uma coisa muito pouco discutida mas que vale a pena aprofundar um pouco. Pode-se entender por que as decisões podem variar dentro do mesmo órgão antitruste, por que as decisões podem variar entre órgãos antitruste diferentes e por que as decisões podem variar tanto. De novo – entendam -, o que eu estou tentando fazer é, dentro da perspectiva da teoria da *public choice*, investigar o investigador. Não estou dizendo que o CADE ou a SDE olhem assim para as suas próprias decisões, mas esse é um quadro muito útil para analisar a variação entre as decisões a partir dessas quatro forças, que variam muito em cada sistema, em cada cultura, em cada momento histórico.

Por fim, a última dessas quatro forças, que é o reconhecimento pelos pares, é uma coisa muito interessante, porque no final das contas, a partir dos trabalhos do Stiegler ainda na década de 1960, o que se achava é que como o Secretário de Direito Econômico ou o Secretário de Acompanhamento Econômico ou os Conselheiros do CADE deixarão os respectivos órgãos antitruste depois das suas respectivas quarentenas bem cumpridas, irão ou para outros do governo em sua minoria ou irão para a iniciativa privada ou para a academia, lecionando antitruste ou advogando com antitruste ou sendo pareceristas de antitruste, isso teria, ou poderia ter, um efeito extremamente deletério, na medida em que você poderia ser

capturado pelos seus pares - também conhecido como “medo de ficar sem emprego se você sair da linha que te ditam”. Essa era a primeira proposição ainda na década de 1960. Isso evoluiu e, numa versão um pouco mais sofisticada da teoria da *public choice*, o que se descobriu, que é o que eu estou propondo para a análise dos senhores hoje, é que ao final e ao cabo a pressão dos pares não tem só uma influência negativa, mas tem uma influência extremamente positiva do ponto de vista da conduta dos órgãos antitruste e reguladores.

Ainda que vocês entendam que a aplicação do direito antitruste seja política pública mascarada de aplicação da lei, do ponto de vista da teoria da *public choice* essa flexibilidade não é infinita - é o que a escola de Virgínia diz -, e ela não é infinita porque se amanhã eu lançar uma teoria revolucionária de que no fundo, no fundo, o que a lei antitruste quer mesmo é proteger o setor agrícola às expensas de todos os outros setores da economia por exemplo, na minha interpretação sistemática da Constituição e da Lei 8.884, eu não só serei revisto pelo CADE nessa minha interpretação, não só o CADE pode ser revisto pelo Judiciário, mas sobretudo sofrerei uma pressão dos meus pares avassaladora. A teoria da escolha pública também ajuda a entender como é que os paradigmas mudam de forma tão violenta e tão uniforme de um tempo para outro a partir desse conceito de revisão e pressão dos pares em torno de qualquer que seja o modismo do momento, eficiência alocativa, bem-estar do consumidor, produtividade - que me parece vai ser o modismo dos próximos dez anos -, e assim por diante.

Por que então as diferentes jurisdições têm decisões contraditórias? Do ponto de vista da teoria da escolha pública, as diferentes jurisdições têm decisões contraditórias não só porque elas têm evoluções jurisprudenciais diferentes e não só porque elas têm um entendimento do que é a lei antitruste diferente, mas porque, do ponto de vista não da política antitruste mas da política *do* antitruste, aquelas quatro forças implicam uma correlação completamente distinta. Exemplo: não é possível entender o que a Europa está fazendo - e o François fez uma explanação extraordinária das evoluções do sistema europeu -, o que a Europa faz hoje sem entender o papel de Luxemburgo. Quando a comissão dialoga com a Corte de Luxemburgo, disso resulta algo que não é nem o que a comissão necessariamente quis, nem o que a Corte de Luxemburgo quis, do ponto de vista não da política antitruste, mas da política *do* antitruste. Não dá para entender o que vem acontecendo com a jurisprudência brasileira, para o bem e o para o mal, do ponto de vista brasileiro, sem que nos demos conta que, nos Estados Unidos, os incentivos e a correlação entre essas quatro forças são completamente diferentes no que diz respeito à revisão pelo Judiciário.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça, a Federal Trade Commission, propõe a ação ou tenta bloquear a fusão diretamente no Judiciário; não há um CADE como filtro. Do ponto de vista da teoria da escolha pública, o que é que isso implica? Do ponto de vista da teoria da escolha pública, o que isso implica é que o sistema de retorno e prêmio para o administrador público, segundo a Escola de Virginia, é o critério de *winning the case*, pois no final das contas, por causa desse contexto institucional diferente, o Departamento de Justiça ao longo do tempo é punido pelo número de decisões que ajuíza e que não consegue ganhar no Judiciário.

No Brasil isso é completamente diferente: a teoria da escolha pública diz que se você tiver o mesmo caso, voltando à frase do Fagundes, de certeza e predizibilidade, se você tiver exatamente o mesmo caso, o mesmo modelo econométrico, e ajustar para as diferenças entre as duas economias, ainda assim a teoria da escolha pública diz que você terá decisões provavelmente diferentes porque essas quatro forças estão correlacionadas de formas diferentes, a começar do Judiciário. O fato de que no Brasil você não passa pelo filtro do Judiciário diretamente - o Judiciário é uma figura distante mediata e mal-resolvida na sua relação com o direito antitruste - muda radicalmente quais os incentivos do ponto de vista da SDE e explica um pouco o que eu vou abordar daqui a pouco, do ponto de vista da divulgação dos casos, dos processos instaurados e dos processos concluídos. Aqui no Brasil, do ponto de vista da teoria da escolha pública, o incentivo deixa de ser *winning the case* e passa a ser *winning the base*, ou seja, o problema está dentro da administração pública, e em construir a sua clientela muito mais do que ganhar o caso no Judiciário, que é o parâmetro pelo qual você vai ser julgado pela população.

No final das contas, isso simboliza um pouco a abordagem que eu estou propondo, que é uma correlação dessas forças que fogem à decisão da autoridade antitruste e que não são uma via de mão única. Qual a implicação desse modelo, dessa correlação das forças de clientela, revisão do Executivo, revisão do Judiciário, do ponto de vista da teoria da escolha pública, para entender autoridades antitruste e quais são as recomendações que se fazem para o Brasil, para terminar a nossa discussão, do ponto de vista desse modelo que está exposto aqui? As implicações que isso tem para o Brasil são as seguintes: primeiro, é possível entender decisões conflitantes ao longo do tempo a partir da mudança da correlação dessas quatro forças que eu descrevi. Mesmo no Brasil, essas quatro forças mudaram muito, e talvez a revisão do Judiciário seja a que sofreu uma menor evolução ao longo do tempo. Portanto, o que a teoria da escolha pública diria é que, se a correlação entre o Judiciário e o sistema antitruste mudar para um lado ou para o outro, deverá haver uma nova alteração na jurisprudência. Se eu tivesse mais tempo, eu discutiria exemplos concretos de como espero que isso venha a acontecer.

A segunda implicação é evidente: é que, diferentes arranjos institucionais enfatizam essas forças de forma distinta. Já dei o exemplo dos Estados Unidos em relação ao Brasil. O maior exemplo disso tudo é que a grande diferença e a grande explicação de por que as decisões são diferentes diz respeito à terceira força, que eu descrevi lá atrás, que é a tal da clientela.

Estados Unidos, Alemanha e Brasil: todo mundo faz o discurso da moda, e o discurso corrente é que o direito antitruste é uma forma de proteção do bem-estar do consumidor, então supostamente o seu público, a sua clientela, quem irá aplaudir quando todas as empresas estiverem brigando com você nos jornais ou por causa do cartel ou por causa do ato de concentração que você bloqueou, são as entidades de defesa do consumidor.

Na Alemanha, o sistema de proteção do consumidor, por exemplo, não nasceu de um movimento social, como você teve aqui no Brasil na década de 1980, de uma descentralização via Procon. Você tem um sistema completamente diferente, radicalmente diferente de aplicação de direito do consumidor e com isso você não construiu na Alemanha um público de demanda e de exigência dos interesses de direito de consumidor que se identifique com o antitruste. Nos Estados Unidos, com Ralph Nader, na década de 1970, você criou um movimento consumerista que passou a enxergar o direito antitruste muitas vezes como um inimigo, muitas vezes como um aliado, e isso ajudou a forjar o direito antitruste, e ao longo do tempo deixou de ser uma clientela, um apoio político importante para a autoridade de defesa da concorrência.

No Brasil, a gênese do movimento de defesa do consumidor é uma gênese muito próxima, muito parelha, muito identificada com a gênese de outros movimentos sociais. Ela surgiu junto com preocupações com meio ambiente, junto com um *boom* de ONGs, junto com o movimento pelo saneamento básico na década de 1980, que foi muito importante na pressão do poder público, em sua política do Sistema Único de Saúde. Isso tem coisas muito boas e coisas muito ruins, do ponto de vista antitruste. Uma delas é que no Brasil as entidades de defesa do consumidor não são uma clientela constituída, um apoio político, do ponto de vista da teoria da escolha pública; as autoridades antitruste não olham para as entidades de defesa do consumidor e as entidades de defesa do consumidor não olham para as autoridades da concorrência. Isso significa segundo a teoria da escolha pública, que precisamos construir a nossa clientela, precisamos construir a nossa base, o nosso *constituency*. Isto explica, por fim, o uso das divulgações muitas vezes excessivo, me parece, e que deve ser controlado por vocês todos da mídia.

No Brasil, tudo isso é muito novo e os ditos formadores de opinião são uma clientela importantíssima para as autoridades antitruste. A teoria da escolha

pública diz que, como os interesses que se atacam na aplicação de direito antitruste são muito concentrados e os beneficiários são muito difusos, se não construirmos a nossa clientela, estaremos mortos. E no Brasil isso depende de uma política de divulgação eficiente, do desenvolvimento da nossa relação com o IBRAC.

Vou encerrar por aqui a nossa discussão, porque eu já passei do tempo, peço desculpas por isso, e deixarei os outros *slides* para uma discussão em outro dia. Deixo, para vocês verem, a prestação de contas, que faz parte da teoria da escolha pública, ou seja, que um órgão antitruste venha ao final de ano à sua comunidade, à clientela que está tentando construir prestar contas do que aconteceu com o seu estoque de casos. Essa prestação de contas é ainda extremamente preliminar porque em 2002 não tínhamos nenhuma base de dados, então tivemos que construir à mão essa base de dados e passar tudo para o computador e reformar o sistema. Agora já temos os casos divididos por tipo e por área de atuação - não só cartéis, como também sistema de saúde, e assim por diante -, mas ainda vai demorar para conseguirmos transformar isso numa base de dados que possa ser acessada, discutida pela minha clientela, que é o IBRAC. Eu vou deixar essa prestação de contas de estoque, e estarei à disposição para discutir quaisquer outros números com vocês, minha clientela. Muito obrigado pela atenção de todos.

SLIDE 1

POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE

SLIDE 2

POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE

- Investigando o investigador: o que “move” ou “motiva” uma autoridade de concorrência?
- Duas tradições: Interesse Público vs. Public Choice

SLIDE 3

POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE

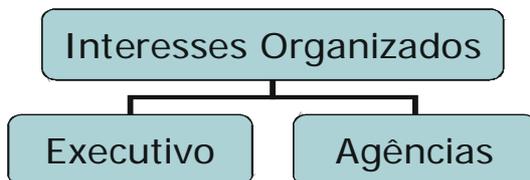
- Quais são os fatores que condicionam uma decisão da autoridade?
- Pressão do Executivo?
- Revisão pelo Poder Judiciário?
- Apelo da sua “clientela” ?
- Reconhecimento pelos pares?

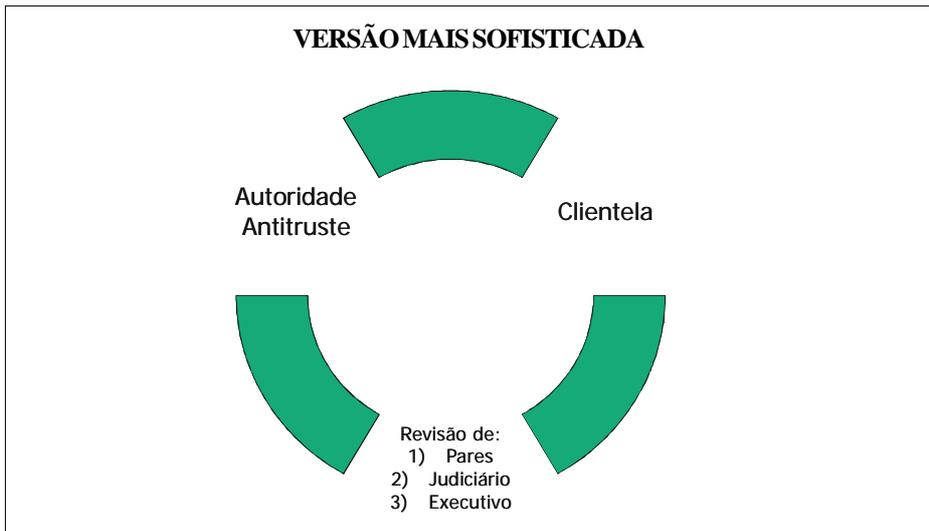
SLIDE 4

- Por que diferentes jurisdições têm decisões contraditórias?
- Por que a mesma autoridade toma decisões contraditórias?
- Visão tradicional: Têm diferentes percepções do que seja o interesse público
- Public Choice: Interesses distintos levam a decisões distintas, obrigatoriamente

SLIDE 5

VISÃO SIMPLISTA DA “PUBLIC CHOICE”



SLIDE 6**SLIDE 7**

- Esta visão sugere que:
- É possível entender decisões conflitantes a partir da correlação das seguintes forças: interesses organizados, revisão dos pares e revisão do Judiciário.
- Diferentes arranjos institucionais enfatizam essas forças de forma distinta

SLIDE 8

- Essa visão também sugere que se a autoridade antitruste não “cria” sua clientela, sua atuação é limitada
- “A tecnocracia não move montanhas”

SLIDE 9**PERSPECTIVAS PARA O BRASIL**

- A nossa abordagem sugere que:
- O executivo não interfere apenas para mitigar atuação da autoridade (e.g. AMBEV)
- A “proteção política” das entidades de defesa do consumidor é qualificada (e.g. Nestlé e Procon/ES)
- Entidades de defesa da concorrência dependem enormemente dos formadores de opinião (que substituem a clientela)
- O IBRAC deve ser cada vez mais importante!

SLIDE 10**PRESTAÇÃO DE CONTAS**

Estoque	Dez. 2002	Dez. 2003	Nov. 2004
Atos de Concentração	160	104	50
Processo Administrativo	n/a	199	207 (67 cartéis)
Averiguação Preliminar	n/a	122	260 (54 cartéis)
Procedimento Administrativo	n/a	474	339 (170 cartéis)

SLIDE 11**PRESTAÇÃO DE CONTAS****Estoque Total**

- Em janeiro de 2003 havia cerca de [1.150] casos em trâmite na SDE
- Realização de correição em 2003
- Foram arquivados 98 casos por prescrição (cerca de 9% do estoque)
- Em novembro de 2004 há de 796
- Hoje há registro de todos os casos existentes

François Souty: Thank you, Ubiratan. Yes, indeed. I've studied the Brazilian History at the time of the monopoly of Dutch West India Company and I am happy to be here today to talk about competition. With a very strongly competitive process at work, we have to compete yet today with beaches, the sun and the ocean. So, I appreciate the honor of being here today and to compete with the exterior. Thank you again.

I am going to make a few introductory remarks regarding the topic of 'Competition and Institutions'. First of all I think – we all agree on that – competition law proceeds from values that have to be supported by societies to which it applies, which means that it goes without saying but it has to be stressed, there is a need for support of competition law in all branches on governments, namely the Legislative, the Executive and the Judiciary. Whatever the roles, the respective roles of those branches are to be discussed later on. Given its complexity, competition law enforcement can only rests on a limited number of specialists of microeconomics market regulation and economic law. What I'm saying here is just a synthesis of a comparative approach of all the systems that have been successfully existing and being enforced in the world. What is crucial I think in this competition law enforcement is that to produce efficient results there must be a very clear allocation of responsibilities among the various branches of the government that will assist or that will effectively enforce the law.

What about competition and institutions in the European Union and in France?

We see that with regard to their role of respective branches of governments we see that after adoption of the competition framework, there is always a very limited role of the Legislative. And the role of Legislative assemblies – let's call in that way –, is just limited to the hearings about enforcement reports of records of the competition agencies and of course discussions of budgetary matters. I remember that Commissioner Monty, when he left his office a few weeks ago, said that one of his achievements has been to keep competition law and policy out of the hands of the European Parliament. Saved the annual report discussions and budgetary matters, the Legislative role was confined to that.

Enforcement functions that has to be delegated by the Executive to independent administrative bodies. A third characteristic of the relationship between competition and institutions in the European Union and France is that we see a major of the scene role of the Judiciary.

I am going to highlights all the systems are been working since May the 1st 2004 both at the state level of France and at the community level of European Union.

What are in effect the main features of this new system that we have been building and operating now in the European Union and its member States?

Number one, we see the creation of a parallel jurisdiction system where a member State and EU law do converge. What is really new is that when France, Le Conseil de la Concurrence (the competition Council of France), applies national law to anticompetitive behaviors it now has to apply EU Law where practices effect trade between member States. This was only optional before May the 1st, now it is a duty. We have also an innovation in this respect: we now have the capacity to file *amicus curiae* briefs in Courts and this is now something which can be done both by the European Commission and by the members States independent administrative agencies, like the Conseil de la Concurrence.

A second major feature is the decentralization process, which aims at more effective competition enforcement. Where the Commission concentrates on multi states, EU wide affairs of community interests, the Competition Council, like all the other national competition agencies of the European Union and member States, are best placed to access and take consequences of the local context, of local anticompetitive behaviors.

The third characteristic is the abolition of – which is very good for competition experts – the abolition of the Commission’s monopoly about exemptions. Agreements which promote economic progress in efficiency can be exempted under EU treaty article 81.3. You are familiar with that? But before May the 1st 2004 this was a Commission’s privilege or prerogative, now national competition agencies may exempted agreements having this efficiency effect taking into account [..] communitarian and this area, under again a very strong Judiciary control, and I come back to that possibly later in the debates.

We also saw, this is a last characteristic of this new system operating since May the 1st 2004, sharp strengthening of cooperation regimes between the Commission and the national competition agencies thru what we call the European Competition Network. Let’s be a bit more specific about this European Competition Network.

What we see is that there are three cooperation options that can be developed with, which rests these options with the broad exchange of informations thru secure EU wide intranet. We have the first option which is the preexisting descending vertical cooperation which is been operating since 1962 without major changes. We just see an increasing of consultative committees on the enforcement of articles 81 and 82. We have a new ascending vertical cooperation system, where national competition authorities have a duty to inform the commission immediately upon initiated a case under articles 81 and 82, and we

have also a new optional horizontal cooperation, when there is an information scent upon initiation of a case opened by one national competition authority, and this information about the case been opened by one national competition authority in one of the States be past to another competition authority after discussing the option in the European Competition Network among another city officers in charge of, representing these authorities in this network.

What is the new also in this – we are more in the cooperation option, we are more in a conflictual option –, in extreme situations the commission may open investigations and relieve a national competition authority or its jurisdiction.

What is basically new and what is most important to remember about the new regime of operation of the European Competition Network is I think a very wide discretion at the exchange of confidential information between the Commission and the national competition authorities, specially the Competition Council, and these informations can of course be used as evidence, and this is a major breakthrough vis-à-vis the previous case law Jurisprudence that was developed until the adoption of Regulation 1203 by the European Court of Assistance and the European Court of Justice, which means that at some point, I mean the Judiciary can be constrained by Legislative evolutions, but only by that kind of evolutions.

Still, we see that a number of institutional differences remain in the allocation of powers at the state level like France and EU level. And in this, I come back to the issue of this morning to be discussed of the relationship between the competition and the various branches of governments. What I want to stress here is that in the case of France all behavioral aspects of market regulation and competition enforcement rest in the hands of the independent administrative agency which have received delegation by the Legislative to enforce the law, The Competition Council.

The structural aspects of regulation, namely the framework on entry conditions, mergers and so far is to be shared between the independent administrative agency and a division within Ministry of Economy and Finance on mergers. This system is going to evolve. It was shortly criticized by recent OECD reports on the evolution of the French regulatory system and it is very clear that the sharing of responsibilities is blurring the effect of the efficiency of the system. We have a strong Régime of conspiracy regarding consultation mechanisms between the Competition Council and all the regulatory agencies, all the structural agencies, and a major feature I think to be stressed is the unified appeal on behavioral and structural decisions in the second degree before the Court of Appeals of Paris and the Civil Supreme Court. We still are to see a role for the Council of State if there are specific questions that I can't respond but what I want to stress here is that there is a unification of the Appeal and the

Cassation Régime under specialized chambers of both the Court of Appeals of Paris and the Civil Supreme Courts.

Indeed, some of you know Frédéric Jenny, who used to be the vice-president of the Competition Council. He has just been appointed as a Justice to the Civil Supreme Court in Economics Chambers of this Court to oversee cassation cases, in the Court of Cassation.

At the level of the European Union, it is very clear we have a difference between the member States, and a member State like France and the European Union system, where we see that the Commission has a responsibility of both behavioral matters and structural matters plus a control of government behaviors through its State aids control régime and the control of the services general economic interests.

But what we see again as a common feature with the members States system is that there is a unified appeal system on both behavioral and structural decisions (Appeals and Cassation) which can be launched the European Court of Offenses and the European Court of Justice.

All those judges of Appeal are superior judges who always intervenes in a second degree. I could talk about areas of further improvement in the system, probably I will come back in the debates on that because the time is elapsing very far, but what I want to stress is probably the main lessons which I can see as a foreigner from what I hear, what I understand about debates on competition policy evolution in Brazil. I would say it is probably not very important to consider in the French and in the EU experience the Federal versus States issues at the time being – Ubiratan said that I have a big interest in Brazil, but I have also a big interest on issues related to local government and competition entrance –, but it means that when you really want to discuss issues related to States and Federal enforcement you just need to have appropriation of the knowledge among the States or the local government units, which I think it's not yet the case in Brazil. I think though that is very important to consider full delegation of powers to an independent. And I say an independent, one independent administrative agency, but I think everybody who observes the system more or less agrees with that idea. It is the lesson not only of the French, of the EU evolution, but the story of the evolution of competition law enforcement in many parts of the world, including nowadays in China, as it has been the case in Korea, in Japan and others non-European countries in the past.

We have to keep I think in mind that for politic reasons and as a Frenchman I could not say something different than that. But, as an exception, we probably have to bear in mind that the Executive through a Ministerial Department or Division has sometimes, in extreme cases or situations, to be able to intervening on major

matters maybe to overrule the decision of the independent competition agency. That kind of overruling can be given also to the Judiciary, provided that the Judiciary has to be trained before appropriately and really has to be able to get into the intricacies of market definitions issues or undertaking issues, and so far. And definitively I think there must be a strengthening of the role of the Judiciary in that – you probably have to think – I know it's very difficult in the present Brazilian legal setting to consider specialized jurisdiction, but what I said this morning, discussing with one of our friends who was present here in this room is that is less the organization of specialized Jurisdictions than the organization among existing Jurisdictions (Appeal or Cassation), of specialized structures, as a matter of execution of all the *Publique*, I mean the prerogative of the president of the Court of Appeals or the president of the Court of Cassation to consider that all cases that will be dealing with telecommunication law, with competitive law, with electricity law, will be dealt with by a specific chamber within its own Court. And than you don't need to have an intervention by the Legislative or the Executive to organize the system according to these lines, but of course this means that there has to be a sharp and visionary training program to be set up for Appeal and Cassation judges. I just want to stress in concluding that France is nowadays in the *Cour de Cassation*. President *M. Guy CANIVET*, of the *Cour de Cassation*, is organizing about once seminar a month on competition policy issues and again, we have been enforcing the new system within the European Union of a French competition regime on an independent administrative agency for about sixteen or seventeen years. Thank you very much.

SLIDE 1

COMPETITION AND INSTITUTIONS: EU AND FRENCH CONTRIBUTION TO BRAZILIAN LAW

IBRAC 10TH SEMINAR, SALVADOR DE BAHIA,

NOVEMBER 26-27, 2004

François SOUTY

Counsel for International and Multilateral Affairs,

Conseil de la concurrence, Paris

Associate Professor Univ. of La Rochelle

SLIDE 2

INTRODUCTORY REMARKS

- Competition Law proceeds from values that have to be supported by Societies to which it applies: need for support in all branches of government
- However, given its complexity, CL enforcement can only rest on a limited number of specialists of micro-economics, market regulation & econ. Law
- To produce efficient results, a clear allocation of responsibilities is crucial

SLIDE 3

COMPETITION AND INSTITUTIONS IN THE EU AND FRANCE

- After adoption of a competition framework, very limited role of the Legislative (enforcement reports and appropriation control)
- Enforcement functions are delegated by the Executive to Independent Administrative Bodies
- A major overseeing role for the Judiciary
- Integration acceleration has led in 2004 to a major institutional overhaul: the EU Competition Revolution

SLIDE 4**EU COMPETITION REVOLUTION:
Major integration effects since May 1, 2004**

- Creation of a **parallel jurisdiction system** where French and EU Law do converge
- **Decentralizat** aims at more effective CLP enforcement
- Abolition of Commission's **Exemption Monopoly**
- Strengthening of **Cooperation** Commission/NCAs through the ECN

SLIDE 5**STRONG NAT'L INTEGRATION IN THE ECN AND A NEW
COOPERAT REGIME WITH COMMISS**

- **Three cooperat° options** with broad exchange of information through secured EU-wide intranet
- preexisting **descending vertical coop°** (1962-2004): increased role of consultative committees 81 & 82 (art.14)
- new: **ascending vertical cooperation** (art 11§3): NCAs have a duty to inform Comm° immediately upon initiating a case under 81/82
- new: **optional horizontal cooperation** (11§3): information upon initiation of a case may be passed to other NCAs
- New: in extreme situations, Commission may **open investigation and relieve NCAs of their jurisdiction** (art. 11-6)
- New: a **wide discretion in the exchange of confidential information** between Commission and CC. Information can be used as evidence (art 12§1-12§2)

SLIDE 6**INSTITUTION'L DIFFERENCES REMAIN IN ALLOCATION OF POWERS AT STATE AND EU LEVELS****France:**

- Behavioral aspects of market regulation: CC
- Structural aspects of regulation (framework on entry conditions, mergers): DGCCRF+CC
- Transparency: Compulsory consultation mechanism between CC and regulatory agencies/DGCCRF
- Unified Appeal on Behaviors and Structural decisions in the second degree (Court of Appeals of PARIS Special Chambers and Civil Supreme Court Commercial Chamber)

EU:

- Commission has responsibility of both behavioral matters and structural matters PLUS Gov't behaviors (States Aids and SGEI)
- Unified Appeal on Behavioral and Structural decisions (CFI/ECJ)

SLIDE 7**EXPECTED AREAS OF IMPROVEMENTS**

- Defendants' rights protection:
 - high level of protection in France through separation of the functions of investigations and judgment and collegiality of the decision structure; less the case in EU law
 - sealer limited to 72 hrs max.
- Exchange of Confidential information issue linked to leniency policy efficiency
 - French and EU law are in phase but can be improved in ECN (due to procedural and sanctions differences in some States)
- Civil remedies have to be further considered
 - EU law enforcement is chiefly administrative and in the public interest; few private plaintiffs recover damages both in EU and French Law (class action and treble damages to be introduced?)

SLIDE 8

MAIN LESSONS FOR BRAZIL

- Not important to consider Federal vs State issues at the time being (lack of States experience)
- Very important to consider full delegation of powers to an Independent Administrative Agency
- Keep an exceptional capacity of intervention of the Executive in Mergers matters
- Strengthening of the Role of the Judiciary is crucial
 - Appeal and « Cassation » instances: special Chambers
 - Training program of Appeal Judges

DEBATE

Ubiratan Mattos: É curioso. Quando o Pedro fez referência à escassez de literatura sobre antitruste e concorrência, eu me lembrei de que poucos anos atrás - três, quatro - , quando nós fazíamos os nossos eventos, do lado de fora existia basicamente a *Revista do IBRAC*, e hoje nós temos lá fora uma variedade, ainda pequena é claro, mas uma variedade de literatura, inclusive do Dr. Pedro, sobre concorrência. Eu acho que esse é um movimento, é um esforço de todos nós.

E, com relação à publicidade, se de um lado devemos mesmo cobrar transparência, como temos cobrado das autoridades, em informação, porque tudo se constrói a partir da informação, de outro lado eu, Pedro, tenho eu não diria uma preocupação, mas há alguma coisa que não me agrada, que é o mau uso da publicidade, a exemplo do que nós tivemos em passado muito recente. Então, a dosimetria disso tem que ser muito bem avaliada.

E só para fazer um comentário à observação do Conselheiro Pfeiffer, quando fala nas ações de direito individual homogêneo, isso me deixa extremamente preocupado, e dou um exemplo: em Brasília existe uma Associação de Consumidores que se chama Acode - Associação dos Consumidores Desesperados, e ela entra com uma ação civil pública por direito individual homogêneo por dia. Então fico imaginando-nos discutindo cartel, infração, uma série de coisas com associações como essa ou, enfim, por todo o território.

Pergunto aos senhores membros da mesa se têm algum comentário a fazer sobre as exposições apresentadas, antes ainda de passarmos ao debate.

Daniel Goldberg: Na verdade, menos um comentário e mais um elogio, seguido de um esclarecimento. A palestra do Dr. Pedro Dutra foi brilhante e acho que abordou alguns tópicos, do ponto de vista da SDE, centrais, nucleares e me deu a oportunidade de fazer alguns esclarecimentos.

O primeiro deles é que no governo temos um problema muito objetivo: o computador é usado como máquina de escrever. Então, quando falamos em computadorizar ou informatizar alguma coisa, significa pegar todas aquelas fichas que você tinha à mão e digitar tudo no computador. Assim, um dos problemas que está relacionado à síndrome que o Pedro descreveu é que no governo você não gera relatórios. Esses relatórios estatísticos que abastecem são ainda muito trabalhosos. Então, uma das coisas que a SDE se propôs a fazer, e está fazendo, é que agora sabemos quantos casos são cartéis, quantos são abuso de posição dominante por setor. Mas, por incrível que pareça, apesar de isso estar informatizado, ainda há um trabalho manual imenso e, na verdade, você precisa da mão humana para gerar o relatório depois, apesar de ter isso no computador. Por isso nossos relatórios ainda são muito imperfeitos e pretendemos melhorá-los. Tentamos investir muito dinheiro no nosso *site*, mas infelizmente o servidor do Ministério da Justiça não suporta a melhora do *site*, como diz o Arthur Badin, nós primos ricos em casa de pobre. Isso é algo que ainda não conseguimos fazer, mas acho que é um ponto essencial.

E os dois anúncios que eu gostaria de fazer com relação a isso, um deles é que este ano começa a implementação de um projeto que a SDE tem com o Banco Mundial para testar meio que paralelamente à reforma do Judiciário, a vara sem papel, o fluxo da vara sem papel, que permite dar transparência a uma série de informações, porque tudo estará computadorizado e digitalizado e permitirá, enfim, um ganho sensível de eficiência. A implementação já começará este ano, vai ser amplamente discutida com o IBRAC, porque ainda estamos desenhando a coisa toda, mas está contratado o projeto e começa este ano.

E a segunda coisa - eu não sei se o IBRAC chegou a discutir isso em algum dos encontros de vocês - é que a SDE fez um projeto (gastamos um milhão e qualquer coisa de reais) com o IPEA justamente para isso que o Pedro identificou. Estamos tentando construir, contratamos, licitamos os 100 temas de direito antitruste desde infra-estrutura essencial até poder de varejo, poder de compra com relação aos casos concretos, trabalhos de acadêmicos, advogados e economistas para trabalhar com casos concretos, com os subprodutos que seriam ou termos de referência para as próximas pessoas que ocuparem os respectivos cargos poderem manejar, com isso na mão, o *software*. São termos de referência, guias de análise e trabalhos acadêmicos, mas só com base em casos concretos.

Então, neste momento, há algumas dezenas de trabalhos sendo preparados em todos os temas possíveis e imagináveis e que devem estar prontos no ano que vem, até o final do primeiro semestre. E talvez o IBRAC pudesse organizar um seminário para debater os trabalhos desses acadêmicos que estão produzindo isso.

Ubiratan Mattos: Eu desconhecia esse projeto do IPEA, mas o que me parece muito conveniente e eu acho que já há algum material para isso, é fazer uma avaliação das decisões do CADE, aquelas decisões polêmicas: O que aconteceu com o mercado? Em que ponto que o CADE acertou ou errou na sua decisão? Ou seja, fazer um balanço para verificar se aquela solução dada pelo CADE lá atrás surtiu algum efeito, e qual efeito - valorar a decisão do CADE. Eu acho que esse é um grande tema para o próximo seminário do IBRAC.

Daniel Goldberg: A jóia da coroa desse projeto que eu referi, supostamente, é, entre outras coisas, pegar três grandes casos e analisar o que dizia a nota à época e o que de fato aconteceu. Isso é complicado, na verdade, não é trivial. O que me leva, voltando e já entrando no debate, desculpe, ao tema que o Franceschini debateu, que é o ato de concentração no contexto da análise prévia e da análise *a posteriori*. É óbvio que temos que mudar para análise prévia, mas eu tenho medo deste processo de transição, porque aprende-se muito com os outros sistemas, muito. Mas há uma coisa que os outros sistemas não têm que é o seguinte: nos Estados Unidos, esses casos que o Pedro referiu, no âmbito da literatura econômica, quando os americanos usam testes ou simulação de preço pós-fusão ou equação estrutural, enfim, quando há todos esses modelos econométricos que tentam estimar o que vai acontecer ou simular o que vai acontecer com uma fusão, tudo isso se dá no campo do contrafactual.

No Brasil, por causa dessa nossa idiossincrasia, que é o fato de que temos um ato de concentração que, às vezes, infelizmente, demora quatro ou cinco anos para ser julgado, dá tempo de ver o que a SEAE achava que ia acontecer - é triste dizer isso -, mas dá tempo de ver o que a SEAE achava que ia acontecer, a *performance* daquele mercado no decorrer da instrução do caso, e efetivamente o que aconteceu na hora em que o caso chegou ao CADE: no final das contas você viu que, a se aplicar o guia no contexto da análise prévia, possivelmente você teria imposto uma série de restrições à operação, mas aí você viu o que aconteceu, e não aconteceu nada daquilo que você imaginou que iria acontecer. Toda essa literatura em antitruste está acostumada a lidar com previsões.

No Brasil, com essa coisa da análise *a posteriori*, tivemos a oportunidade de induzir uma boa dose de realismo, então talvez uma linha de projeto seja tentar trabalhar um pouco com esses nossos casos concretos e ver o que aconteceu.

Ubiratan Mattos: É um grande tema para o próximo seminário. Bom, já estamos nos debates.

Pedro Dutra: As minhas observações são mais modestas. Na página 13 do Relatório da SEAE, na página 14 do Relatório da SEAE disponibilizado no *site*, é possível ter estatísticas relacionadas à eficiência do órgão, indicadores de eficácia quanto ao orçamento e finanças do órgão, dados sobre a gestão de pessoas. No *site* da SEAE é possível saber que um processo leva em média 80 dias na SEAE, ou seja, leva 80 dias para sair da SEAE.

No *site* do CADE isso não é tão claro, mas também é possível saber quando entra e quando sai, há muitas informações. É claro que o debate acadêmico deve ser enriquecido, mas é preciso também - e aí contrariando o meu amigo Franceschini - estatísticas humildes, simples. O processo entrou no dia tal, do ano tal, saiu no dia tal do ano tal e demorou tanto tempo. Porque isso é que o administrado tem o direito de saber: quanto tempo o órgão vai levar com o processo de.

De fato, existe essa carência de recursos na SDE. O último relatório que a SDE teve condições de fazer é de 1998, ainda na gestão do Dr. Rui Coutinho, e de lá para cá não teve mais condições de fazer, então precisa dos recursos. Mas é importante também focar, sem prejuízo de outras análises, os dados mais simples e mais correntes, até porque quando daquele Relatório de 1998 já havia computador, mas ele saiu em forma impressa também, e era distribuído e xerografado e circulou entre os advogados. Então umas soluções mais caseiras talvez possam ser pensadas.

Daniel Goldberg: Você tem toda razão. E, pela transparência, é o resultado final de um desses relatórios. Você tem toda razão.

Ubiratan Mattos: Muito bem. Patrícia, por favor. Para efeito de gravação, eu só peço para se identificar.

Patrícia Agra (do CADE): Continuando a questão da prestação de contas, mas agora especificamente sobre o que o Dr. Pedro Dutra apresentou na palestra dele, bem sobre o comentário do Ubiratan, há alguns pontos com relação ao CADE e ao que se pretende, que estamos tentando mudar.

Primeiro também há um projeto do Banco Mundial com o CADE que visa montar um sistema eletrônico de acompanhamento de processo em tempo o mais real possível, bem como a criação de um banco de dados e um sistema de busca mais eficiente. Quer dizer, hoje acho que todo mundo sabe que, para você achar um voto lá dentro do CADE, você precisa descobrir antes quem foi o Conselheiro, e aí vai por Conselheiro e depois há um sistema de listagem dos votos que não dá para entender muito bem. Então temos um projeto também

com o Banco Mundial, que está em fase de consulta e avaliação - técnicos do Banco Mundial já estiveram dentro do CADE - , que visa justamente a isso, ou seja, tanto ao acompanhamento da tramitação do processo como à criação de um banco de dados e ferramentas de busca.

O segundo ponto seriam as sessões plenárias via internet, que também já estamos testando. Estamos tentando um apoio técnico com a Radiobrás, que tem sido bastante eficiente, então acho que até o começo do ano que vem, se tudo der certo, inicialmente será via áudio e depois áudio e vídeo. Com relação um pouquinho ao que falaram sobre o Legislativo, de apresentarmos como é que a gente funciona, estamos tentando trazer, estamos sempre convidando, e já tivemos algumas visitas de deputados e senadores no CADE, e a idéia é leva-los para dentro do CADE, mostrar tudo e dizer: “Olha, essa é a pilha de processos, esses são os armários, esse é o estoque, esses são os nossos Conselheiros e os seus poucos porém bravos assessores. É isso que temos, olhem vocês mesmos e tirem as suas próprias conclusões”. E o retorno também está sendo bastante interessante.

E, sem dúvida nenhuma, os orçamentos. Fizemos uma apresentação a eles basicamente mostrando o volume de processos que entram, nos Estados Unidos e aqui, e o orçamento que temos e que os órgãos de antitruste americanos têm. Não dá para comparar, não dá para começar a competir. A segunda coisa, que não é novidade, já que o Daniel também abordou isso, é a forma de gerar estatísticas. Estamos também alterando isso no CADE, a forma de gerar esses números, os critérios que iremos usar: vamos falar de tempo, de quantidade, de estoque, separar por tipo de conduta - coisa que também eu acho que hoje também não está tão claro assim para a sociedade quanto deveria -, e alimentação também *real time* desses dados. Também não adianta só fazê-lo nos relatórios anuais; a idéia é uma alimentação diária desses dados, indo obviamente para a Internet o quanto antes e o mais atualizadamente possível. Outra das alterações que está sendo feita também é com relação à posição do CADE-CADE, e dentro da nova visão do CADE-CADE ou sobre ele, a idéia é montar um grupo de estudos dentro do CADE-CADE para estudar determinados mercados especificamente: passado e presente e algumas perspectivas. Então, já está sendo montada uma equipe dentro do CADE-CADE cujo objetivo é fazer um estudo de mercado, uma avaliação de mercado, por economistas muito técnicos e especializados nisso que a Farina trouxe, e um dos critérios para a escolha desses mercados específicos é justamente o acompanhamento das decisões que essa comissão tem como função. E, por último, a alteração do *site* do CADE, que estamos tentando implementar na próxima semana, vai mudar a cara do *site* e, obviamente, com o tempo e principalmente depois desse projeto do Banco Mundial, a alimentação dos dados necessários. Era só isso.

Ubiratan Mattos: Dr. Pedro.

Pedro Zanotta (IBRAC): Falou-se bastante, e também o Ubiratan agora há pouco falou, a respeito da dosimetria da divulgação dos atos das autoridades, dos três órgãos do sistema. Eu queria perguntar, você falou da dosimetria mas não disse qual seria a dosimetria ideal. Eu queria perguntar ao Dr. Daniel e ao Dr. Pedro como é que eles vêem a questão de como divulgar, quando divulgar e o que divulgar dos processos que estão na SDE mais especificamente.

Daniel Goldberg: Bom, conversamos sobre isso há cerca de cinco minutos e agradeço a oportunidade de você me fazer repetir em público o que eu te disse há pouco. Voltando um pouco à minha palestra e ao tema dela, deixa eu começar com a resposta objetiva: eu acho, dentro de um sistema em que os incentivos estão claros e as responsabilidades bem alocadas, o ideal é que a SDE, terminado o caso e fixado o seu ponto de vista, faça o maior estardalhaço possível, a maior divulgação possível no seu papel de promotor em sentido estrito da concorrência.

É um equívoco, me parece, fazer esse estardalhaço e essa comunicação no momento da instauração do processo administrativo, antes de findo o processo administrativo. O ideal seria que na linha do que deveriam ser as melhores práticas de atuação de um órgão antitruste, se fizesse a maior divulgação possível quando se terminou o processo administrativo e se chegou à conclusão de que o CADE deveria condenar as empresas envolvidas em uma ou outra prática infrativa.

O que acontece, no entanto, são duas coisas: primeiro, é muito comum que haja estardalhaço no Brasil e em qualquer país do mundo, incluindo nos Estados Unidos - onde supostamente é proibida a divulgação de instauração de uma investigação, mas a companhia tem que fazer a notificação de ato/fato relevante, e aí se pergunta à autoridade antitruste se se pode fazer uma nota à imprensa, que é o que sempre acontece -, em todos os países do mundo há um grande estardalhaço na abertura das investigações por problemas que eu descrevi, que eu tentei descrever na minha palestra. A depender da jurisdição e a depender do país às vezes é uma técnica de sobrevivência do órgão antitruste, que batalha contra interesses tremendamente concentrados e beneficiários tremendamente difusos, colocar a matéria no jornal, para não fazer o caso perecer nos escaninhos e nos caminhos nem sempre republicanos ou nem sempre livres do ranço autoritário que o Pedro descreveu, que são típicos de muitos governos, quero crer não mais do nosso, razão pela qual acho que há um caminho, um espaço para o amadurecimento nesse sentido. Essa é a primeira questão. A segunda questão, sobre o momento ideal, sobre qual é o melhor momento de divulgar, é a que diz respeito à seguinte circunstância: ter um *portfolio* de casos

de cartel que a SDE investiga, como qualquer outra autoridade da concorrência faz, é algo que não é tão antigo assim no Brasil, e é muito recente e era muito mais comum, e ainda é muito mais comum, que a SDE responda a uma demanda. Então, o caso do boicote que está no CADE para julgamento é um caso muito típico: o suposto boicote de laboratórios farmacêuticos à entrada dos genéricos no Brasil, sobre o qual o Conselho de Farmácia botou uma denúncia na primeira página do jornal. Neste caso, dentro do meu modelo de *public choice*, das quatro forças, cria-se uma histeria nacional com essa questão, os jornais começam a perguntar e a SDE responde à demanda que lhe foi criada instaurando o processo. Então o jornal diz: o SDE instaurou o processo. Mas veja, havia uma demanda original, o que era muito comum. O *portfolio* de casos da SDE - e eu tenho agora todos os estoques, a idade média, agora consegui, ainda que à mão, por enquanto (consigo discutir isso com o Pedro) - era quase que integralmente feito de casos desse tipo, em que a SDE respondia a uma demanda pública por instaurar um processo, e aí criou-se uma cultura que é a da divulgação no momento da instauração. Então qual é o meu voto, pelo que eu pretendo trabalhar? Pretendo trabalhar para construir um *portfolio* de casos de investigação da SDE em que futuramente o estardalhaço ocorrerá na conclusão do processo administrativo e não na instauração dele, ao mesmo tempo que se constrói no governo a consciência de que a autoridade de concorrência tem que ser respeitada, deve ter uma atuação independente e quiçá futuros governos em outras jurisdições não precisem mais recorrer à técnica descrita na teoria da escolha pública, em que você coloca o caso no jornal porque você precisa construir a sua clientela, o seu *constituency*, ou seja, a sua base política de apoio porque senão o caso morre, e isso acontece. Quero crer, pelos motivos que o Pedro descreveu, que acontecerá cada vez menos no Brasil, nesse governo e nos próximos, e que, portanto, os métodos de divulgação da SDE ficarão mais adequados ao que eu acho que é o ideal, que é a divulgação no momento da conclusão do processo e não no momento da sua instauração. Essa é minha resposta.

Pedro Dutra: Nada contra a divulgação; tudo a favor da divulgação. O limite da divulgação é aquilo que o Conselheiro Cueva ontem referiu: a proteção do administrado, invocando inclusive as regras do processo penal. Concordo inteiramente com ele. Primeiro ponto: é necessário que o órgão limite-se a sua competência. Eu discordo que a SDE seja, ou melhor, eu não discordo, eu não encontro na lei atribuída à SDE a função de promotoria - já escrevi sobre isso. A SDE instrui o processo, a SDE promove a acertação do fato infrativo e sugere ao CADE uma pena - sequer é um ato de natureza decisória. Esse ato pericial é um parecer. Decisório é o ato da SDE que manda arquivar e recorre de ofício um processo administrativo.

Na instrução de uma alegada infração à ordem concorrencial, a SDE não tem função de promotoria, mas função instrutória - a lei é clara sobre isso. Ela *pode* divulgar o início de um processo e a instauração de um processo administrativo? Pode e deve. Ela divulga o ato de instauração do processo administrativo porque assim a lei o permite. Ela pode divulgar o seu parecer? Pode divulgar o seu parecer. Eu combati, inclusive pessoalmente com o ex-Secretário Cláudio Considera, o que eu achava um deslize na oportunidade dessa divulgação que a SEAE fazia: ela primeiro dava à imprensa e colocava no *site* o seu parecer, algumas vezes antes que o próprio administrado tivesse a possibilidade de ler o parecer - ele ia lê-lo na imprensa. Isto não me parece ser o momento mais correto. É preciso, portanto, não sonegar a publicidade, mas o órgão incumbido de dar essa publicidade que a lei permite tem que ter a noção e a discricção em duplo sentido para que essa divulgação legal não se revista de um caráter abusivo, um caráter de detrimento da defesa do administrado. Em caso de dúvida, ele tem que proteger o administrado. Por quê? Porque o julgamento não seu deu, quem julga é o CADE. Só quem está habilitado, o órgão que está habilitado a dizer se houve ou não infração é o CADE, e o CADE ainda é sujeito a revisão judicial. Então, é muito importante que haja uma preocupação, um equilíbrio, uma ponderação entre a divulgação e a situação do administrado que é representado. Este ponto me parece imprescindível na divulgação a ser feita pela autoridade. As peças dela são públicas, devem ser públicas, razoável que esclareça sua posição. Os titulares desses órgãos têm todo direito - e isso é até bom - de esclarecer em entrevista a sua posição. Eu não tenho nada contra a divulgação, inclusive da instauração do processo administrativo, já da averiguação preliminar sim. Inclusive sou contra essa mudança reacionária da Lei de 2000. Isto já foi tratado em outros seminários. Mas o ponto é este: deve-se ter o cuidado máximo com a proteção do administrado, porque não há decisão ainda tomada pelo órgão incumbido de decidir, que é o CADE.

Ubiratan Mattos: Daniel, exercendo o direito de tréplica, e depois nós temos uma pergunta do Dr. João Bosco e depois do Conselheiro Prado.

Daniel Goldberg: Na verdade não é exatamente uma tréplica, não é uma discordância de fundo, mas é só para tentar separar alhos de bugalhos. Atenção: uma questão é a da publicidade nos termos em que o Pedro a descreveu em sua palestra. Outra questão distinta é a da divulgação nos termos em que eu tratei na minha, que é no sentido de se comunicar com a sua clientela. E ambas são questões realmente distintas.

É um direito e é um dever divulgar uma instauração de processo administrativo no sentido da publicidade - você não tem escolha. Uma outra questão

é que tipo de informações você divulga junto com a instauração do processo administrativo, e aí há um filtro de confidencialidade com relação às informações que são sensíveis ou delicadas, para separar o que é uma coisa e o que é outra, porque eu acho que há uma certa confusão hoje no debate. Você publica no *Diário Oficial* e os repórteres vão lá e vêem: Empresa “A”, que é uma empresa que tem um certo glamour, um certo prestígio, e no dia seguinte está no jornal. É natural que isso aconteça, faz parte do jogo, e seria uma solução muito pobre, muito inferior e muito perigosa para o país se você instaurasse um processo a portas fechadas contra um grupo de empresas proeminentes e ninguém soubesse quem está sendo investigado, quem está sendo processado e por quê.

Uma questão diferente dessa, no entanto, é a divulgação com ares de condenação. Então, por exemplo, dá-se uma entrevista. Isso eu acho muito complicado. Deve-se tomar esse cuidado para separar uma coisa da outra no momento da instauração. Então, eu acho que primeiro é necessário fazer essa separação.

Segundo, ou o Pedro não entendeu o que eu disse ou ele entendeu e então eu discordo dele, com relação a essa história do promotor da concorrência ou não ser promotor da concorrência da SDE. Acho que a questão não é se a lei tecnicamente define o papel da SDE de forma análoga ao que é o promotor, porque se você fizer esse tipo de análise, não há analogia possível, pois a SDE tem um caráter extremamente híbrido. Não é verdade que ela é só instrutória, até o Secretário pode impor medida preventiva, e pode ter um caráter restritivo de direito que carece, que é passível de revisão pelo Judiciário. Aliás, é muito comum que seja revisitado pelo Judiciário a todo tempo. Então, não me parece que seja verdade que o papel da SDE é meramente instrutório, não é que me parece, a lei não diz isso. Por outro lado, ela não é um promotor nesse sentido porque há recurso de ofício, ela é um híbrido. Dependendo do tipo de estrutura ou de conduta, ela é um híbrido entre promotor, juiz e órgão auxiliar em sentido estrito. A analogia não foi essa e não é esse o ponto. O ponto é o seguinte: qualquer instituição, gostemos ou não disso, responde a incentivos, porque as pessoas respondem a incentivos e claramente o incentivo do CADE é ponderar, julgar e analisar se houve ou não a caracterização do fato infrativo. E por isso é que só o CADE pode dizer se houve ou não o caso infrativo, sendo que o papel da SDE é claramente o de promotor da concorrência junto com a SEAE, em sentido amplo, mas promotor na analogia de ser capaz de investigar, de denunciar o maior número de casos, desde que consentâneos com o interesse público, como o próprio promotor faz na justiça. A analogia é muito boa porque a SDE responde exatamente ao tipo de incentivos ao qual um promotor responde. Assim como o promotor, a SDE, quando acha que o caso fere o interesse público, pode pedir o

arquivamento; assim como o promotor, a SDE quando acha que o caso não fere o interesse público, vai atrás da condenação e é julgada pela sociedade de acordo com a sua capacidade de conseguir a condenação e a investigação do maior número de casos.

Portanto, a analogia que me parece tremendamente apropriada é que, do ponto de vista da teoria da escolha pública, que foi o arcabouço que eu usei para analisar isso, a SDE responde a incentivos extremamente parecidos com os incentivos do promotor, e portanto está sob obrigação e faz parte da sua prestação de contas para a clientela divulgar e lutar para que os casos sejam condenados, desde que ela tenha entendido que isso é consentâneo com o interesse público, exatamente como o promotor faz quando oferece ou não a denúncia ou quando pede o arquivamento. É o que eu gostaria de esclarecer i.

Ubiratan Mattos: François, would you like to make some comments?

François Souty: Yes. I feel I need to say a few words about communicating on cases. What I hear that has happened between SDE and CADE is something which we very often see in France or within the EU. I would add that probably we could have a third communicant or communicating group which could be composed by the consumers. When the Ministry of the Economy and the Competition Division refers a case to the *Conseil de la Concurrence*, of course the matter is just in the beginning. The Ministry has investigated something, opened complaints by the consumers and there is a short communication by the Ministry who has investigated. At this stage the Ministry can be supported by the consumers and generally it is. Sometimes just the consumers complain, and when the consumers association complain, has the headlines of the press, and again nobody talks about somebody being I mean deprived of its rights, because there has been such a communication. I think communicating is a basic element of freedom of rights, of human rights. And another point I want to make, has been something which has been sometimes reproached to the European Union Commissioner in charge of competition. The European Union Commissioner very often this applies to merger cases. When he decides that he is going to investigate on a case – there were several such cases investigated in the last decade – the Commissioner, I mean either the Commissioner Von Mirt or Commissioner Monty have never failed to communicate as soon as they had decided to requests a investigation on a case. Of course, afterwards the Commission had fully investigated the case, after the Commission had fully prohibited the case, was a for the defendant to accede the Court of First Instance, and the Court of First Instance has not refused to invalidate decisions of the Commissioner. On the contrary, they have invalidated several

decisions of the Commissioner. But at each stages of the process, communication has been a right, I mean which has been fueling the transparency process. In return, the defendant, I mean the law firms defending a firm which are brought before the judge can of course communicate giving their arguments and the press and the public on make his own opinion.

Ubiratan Mattos: OK, nós temos o Prof. João Bosco Leopoldino, depois o Conselheiro Prado e depois ainda o Conselheiro Pfeiffer.

João Bosco Leopoldino (advogado): Eu gostaria de fazer algumas observações sobre esse aspecto. O direito, aliás o *dever* de comunicação é imprescindível. Só que eu acho que nós não podemos perder de vista que os princípios constitucionais devem ser todos eles aplicados contextualmente. Se existe o dever de comunicação, existe também da parte da empresa o direito à imagem; e se existe o direito, o princípio da publicidade, não existe o princípio constitucional do alarde. Eu acho que aí é que a medida tem que ser colocada. Por quê? Vejam, na história brasileira nós temos um caso dramático (digo o nome porque saiu nos jornais), a decisão do Superior Tribunal de Justiça com relação ao ex-ministro Alcení Guerra, que em 1991, 1992 foi execrado pelo Ministério Público, pela imprensa etc. e agora o Superior Tribunal de Justiça o absolveu dez, doze anos depois, dizendo que não há provas contra ele. E daí? E o direito à imagem, onde fica? E para a empresa é fundamental o direito à imagem. Então que haja uma comunicação é uma consequência do princípio da publicidade; só que não existe na Constituição o princípio do alarde e até mesmo da promoção indevida de determinados órgãos públicos que querem adquirir maior publicidade. Essa é uma restrição que eu faço pessoalmente quanto a esses problemas de comunicação. Então essa é a primeira observação que eu faço.

A outra é que o Conselheiro Pfeiffer abordou um assunto que me angustia há muito tempo, que é o problema da competência da Justiça Federal para analisar as questões de concorrência. Eu pergunto ao meu querido Ubiratan: existe algum juiz federal aqui Ubiratan? Tenho certeza que não - já vou adiantar a resposta para não te constranger. Em 1999 o CADE promoveu junto com a ASBAC um Seminário em Brasília, e nesse Seminário compareceram dois juízes federais da Vara especializada de Direito Econômico, só que os dois - eu fui procurá-los devido a nossa ligação profissional - eu fui me disseram: “João Bosco, nós nunca lemos um livro de Direito Econômico”. E eram da Vara especializada de Direito Econômico. Então isso me deixa sumamente preocupado quanto à competência da Justiça Federal pra julgar os casos de concorrência. E aí eu me permito fazer uma ilação.

Por exemplo, no Canadá o Competition Tribune é composto por cinco juízes do Tribunal Federal. Então, as decisões do Competition Tribune não vão

para um juiz federal, um juiz unitário; elas vão direto para a Suprema Corte. Na Finlândia, o presidente do Tribunal da Concorrência é o presidente da Suprema Corte. Puxa, então eu me pergunto: um juiz singular é que vai julgar essa questão? Na França, segundo - me corrija - as decisões do Conseil de la Concurrence vão direto à Cour d'Appel e à Cour de Cassation depois, mas não ao Tribunal de Primeira Instância, não cá embaixo.

Então, esse problema, no Brasil, tem que ser repensado, porque imagine - e o Túlio Coelho está aqui para confirmar que eu perguntei a ele em certa ocasião: “E o caso AmBev, vocês levaram ou pensaram em levar ao Judiciário?” “Logicamente, mas não há condições, porque o Judiciário Federal hoje, não sei aqui em São Paulo, mas em Belo Horizonte, na 1ª Região, demora 15 anos para decidir um processo”. E eu me pergunto: a empresa esperaria isso? Isso tem sentido? É a primeira observação.

E há o problema também da discricionariedade da decisão vinculada, porque a decisão do CADE se prende mais aos aspectos do processo civil do livre convencimento do juiz, e não a um problema de decisão discricionária. A decisão do CADE é diferente da do Conselho de Contribuintes, é diferente da do Conselho da Previdência Social. Não tem sentido assemelharmos essas duas colocações.

Os juízes federais, quando eu disse issoquase me execraram, disseram: “Você acha que nós não temos competência para analisar um laudo?” Bom, não nego isso. Eu simplesmente digo que da decisão do CADE deveria caber recurso para no mínimo o Tribunal Regional Federal, ou até o Superior Tribunal de Justiça, mas começar uma ação lá da Primeira Instância para demorar não sei quanto, esse é um problema que me preocupa.

Outro aspecto, Pfeiffer, é o problema de impedir o processo administrativo e da ação judicial concomitante. Eu acho que um processo judicial não pode ser interposto para impedir a administração de cumprir o seu dever. E, então, se existe um processo no CADE, um mandado de segurança que seja impetrado para coibir o andamento de um processo do CADE, tem que ser indeferido *in limine*. A petição tem que ser indeferida sob esse pressuposto. Não podemos fazer nenhuma assemelhação com o *habeas corpus* para trancamento da ação penal, isso não tem sentido, porque não se cogita de liberdade do indivíduo nesse momento. Então, é uma figura totalmente diferente, e do ponto de vista processual eu não posso aceitar que haja trancamento. Eu sei que a sua posição, me parece, pela exposição, confere nesse sentido. Eu gostaria somente de precisar isso.

Mas o ponto que eu acho importante é o inicial: não confundir direito de publicidade com direito de alarde ou princípio de publicidade com princípio de alarde, que não existe, para não haver condenação antecipada e ofensa ao direito de

imagem. É um aspecto contextual o problema da Justiça Federal, tanto que agora vem a minha sugestão: quem sabe nas próximas reuniões, nos Seminários do IBRAC, nós pudéssemos convidar juízes federais para vir repensar o problema, - se virão ou não, Pedro, já é outro problema -, mas que teriam que vir para se adentrar neste tema, que eu acho que é fundamental. São essas as observações. Muito obrigado.

Ubiratan Mattos: Muito obrigado, Dr. João Bosco. Conselheiro Prado, por favor.

Conselheiro Prado: Antes de falar, o Conselheiro Cuevas já pediu um aparte antecipado, por favor.

Ricardo Cueva: É, eu pedi um aparte antecipado porque eu fui citado nominalmente, e eu queria expressar a concordância integral com o que o Daniel disse. Na verdade, à luz do dia continua sendo o melhor remédio. Uma vez proferido o parecer da SDE, este é publicado no *Diário Oficial* e a publicidade é o princípio que deve prevalecer claramente. Essa é a tendência, aliás, não só nesse setor da administração mas em outros setores onde há sigilo expressamente previsto em lei. É o caso do Banco Central, onde se cogita agora de, a exemplo da CVM, publicar decisões condenatórias sujeitas ainda a uma decisão posterior do conselhinho. Eu acho, portanto, que esse princípio deve ser claramente estabelecido com todas as letras, para evitar que haja um retrocesso institucional.

Conselheiro Prado: Eu gostaria de levantar alguns pontos sobre as questões de publicidade. Um deles é que nós, o CADE, ainda estamos tentando melhorar, divulgar informações que são relevantes, inclusive para a avaliação do sistema.

Pouco antes de vir para aqui eu verifiquei uma estatística que está sendo preparada pela assessoria de imprensa do CADE, que mostra que 85% dos processos que passam pelo CADE, desde o início do sistema, demoram seis meses até o seu julgamento final; 10% mais, e 95% demoram até um ano. Quer dizer, pouco menos de 5% demoram mais do que um ano. É verdade que o conceito de média, como todos sabem (cabeça no forno, pé na geladeira, mas a temperatura média é extremamente agradável) é relativo. Assim, esses outros 5% em alguns casos demoram mais do que seria razoável, mas 95% dos processos são analisados em um tempo dado à tradição jurídica brasileira, que não é tão longa assim. Precisamos, então, usar com mais cuidado esse tipo de informação.

Outras questões são importantes de serem debatidas, inclusive com a comunidade. Por exemplo, a decisão de manter sessões, como nós estamos fazendo, em média quinzenalmente. Nós ganhamos muita eficiência com isso, porque o

grande trabalho que nós temos não é na sessão, é justamente na preparação dos votos, no trabalho prévio; não há um processo que atrasou-se em função dessa decisão. Muitas vezes isso não tem sido compreendido. Nós mesmos já avaliamos que, se as fizéssemos toda semana, provavelmente o número de processos analisados seria menor e não maior. Então esse tipo de diálogo com a comunidade, com a nossa clientela, como foi colocado na exposição do Secretário Daniel, é um elemento fundamental para que fique mais transparente a natureza dos problemas que nós enfrentamos e das decisões que estamos tomando. Essa é uma questão.

A outra questão, de natureza teórica - e eu vou puxar aqui um pouquinho o Pedro Dutra, discutir um ponto que você levantou -, é a observação de que o nosso papel é executar a lei. Sim, mas nada menos simples do que isso, porque por trás da questão da execução da lei há uma questão teórica sim. Eu não faço essa dicotomia que você está fazendo entre teoria e prática. Então, recorrendo um pouco a Kant, nada mais prático do que uma boa teoria, no sentido de que, se toda realidade fosse evidente, toda teoria seria supérflua. Mas a questão que se coloca no debate na esfera jurídica é o mau uso inclusive da idéia de citação. Eu vejo muitas citações, inclusive em pareceres de advogados, como argumentos de autoridade. Cita-se fulano *verbis*, e aquilo parece auto-evidente. Nesse ponto, então, a tradição jurídica e a tradição econômica são realmente diferentes, porque há mais preocupação com a consistência teórica entre as premissas e os resultados nos textos de natureza econômica, enquanto na tradição jurídica, pelo menos a com que eu tenho tido mais contato ultimamente, ainda há uma tradição em que o uso do argumento da autoridade, o uso da retórica tende a ter um papel relevante.

A convergência dessas duas tradições, a meu juízo, pode certamente fornecer um instrumental muito rico para a interpretação da lei, que é o que é complexo nessa situação. E eu entendo que há de ser criado no Brasil, a partir da nossa jovem tradição ou experiência de direito de concorrência, e também a partir de influências que são desiguais da tradição americana e européia, um corpo teórico, uma tradição que são característicos do nosso tipo de realidade, que tem similaridades importantes com essas duas tradições, mas também tem diferenças muito particulares. Então o que eu exortaria seria justamente não ir à prática, mas ao contrário, procurar se aprofundar na teoria, mas não na teoria vazia, e sim a teoria firmemente calcada sobre a realidade.

Ubiratan Mattos: Muito obrigado, Conselheiro Prado. Conselheiro Pfeiffer.

Conselheiro Pfeiffer: Bem, eu gostaria, antes de responder às perguntas do Dr. João Bosco, apenas também fazer brevíssimas referências quanto

à publicidade. Não entrei propriamente na polêmica que polarizou um pouco o debate, mas apenas gostaria de dizer que, em relação ao CADE, parece óbvio que o momento - para responder também uma pergunta que foi feita - é posterior à decisão. Isso é até uma injunção legal, e eu acho que isso tem sido bastante obedecido, de não se pronunciar sobre o mérito. Desconheço situações concretas em que houve isso.

Mas, por outro lado, essa questão da publicidade é muito importante, e algo que deve ser pensado também é a questão da linguagem. E, então, para abordar a questão, na realidade essa clientela é diversificada, e uma correta promoção da concorrência também demanda um aprendizado sobre o tipo de linguagem, inclusive utilizada. Eu acho que quando se comunica algo, por exemplo, para consumidores ou mesmo para a coletividade em geral, deve-se ter esse tipo de cuidado. E também deve-se ter cuidado com a comunicação com o Legislativo, com o próprio poder administrativo.

Assim, acho que um aprendizado dessa linguagem, que demanda que a nossa interdisciplinaridade se estenda além do econômico e do jurídico até outros campos, ela é de suma importância. Comunicar os dados relevantes e em tempo real, acho que no próprio CADE nós temos aprendido isso, e eu acho que é um dos elementos que temos procurado aperfeiçoar, ou seja, como se comunica a decisão do CADE para que ela seja apreendida pelos diversos atores sociais. E algo que também é um momento bom aqui no Seminário do IBRAC para estar estimulando é talvez copiar bons exemplos que vêm do próprio Poder Judiciário, por exemplo na comunicação de decisões. É tanto o aperfeiçoamento do *site*, pois a busca realmente é algo torturante - nós mesmos dentro do CADE temos dificuldades às vezes para recuperar decisões. É um trabalho quase de garimpagem, várias vezes se liga para ex-Conselheiros para pedir votos porque há um problema tanto no banco de dados como na forma, o *site* é muito pouco amigável ainda. Sendo assim, isso é imprescindível, mas eu acho que há alguns elementos novos que podem ser buscados. Por exemplo, para essa clientela mais jurídica, fazer uma espécie de informativo que possa ser talvez mensal, com as principais súmulas e as principais decisões do CADE, ou algo que possa então aperfeiçoar, pois acho que o *site* é imprescindível.

Já no que tange às perguntas especificamente, eu entendo que talvez não tenha sido tão claro no final, mas eu particularmente entendo que o correto, a equação correta, seria o estabelecimento de uma competência originária, num segundo grau, que fosse um TRF ou um Superior Tribunal de Justiça. Essa seria a forma correta de especializar. Então, seria necessário estabelecer uma competência originária de segundo ou terceiro grau em primeiro lugar, pelas obediên-

cias de celeridade, a fim de que isso não se perpetuasse por muito ao tempo, pois entra-se na Vara hoje de 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª instância, isso vai se perpetuar pelo tempo e você perde especialidade, pois o ganho de especialidade vai se dar a partir de uma competência originária, onde todos esses caracteres peculiares da defesa da concorrência possam ser aprendidos.

No final, eu disse que não talvez não houvesse massa crítica, no sentido de que ainda não há um número tão elevado de ações que justifique sempre isso, porque é um problema mais conceitual - efetivamente você precisa da competência originária no mínimo para a especialidade e celeridade, mas o problema é que o instrumento para se alcançar essa competência originária é uma emenda constitucional. Então, há uma imensa dificuldade para se conseguir isso, convencer alguém a colocar uma emenda constitucional com *quorum* qualificado, um problema de propositura. É algo para o qual eu até hoje não vejo condições mínimas de um retorno. Mas eu concordo inteiramente, a minha posição particular é que haja, no mínimo, o Tribunal Regional Federal, se não fosse o STJ, para criar, enfim, uma competência originária. O problema é que a dificuldade para se fazer isso é imensa, e não vejo condições mínimas de se avançar isso.

O segundo ponto, no que tange à questão do livre convencimento, eu até tive esse cuidado, apenas usei as questões de discricionário-vinculado, porque já há alguns textos que abordam isso. Há um texto conhecido do Hely Lopes Meirelles, por exemplo, e acho que lá na própria Faculdade de Direito já houve um trabalho específico de uma orientanda do Prof. João Bosco.

Talvez não seja o ideal esse transporte, talvez essa palavra não seja uma analogia perfeita, ou seja, a questão de vinculação ou discricionariedade, talvez haja algumas situações limites de vinculação de obediência àqueles parâmetros legais, onde se tenha que necessariamente percorrer não só o devido processo legal, como a acerto correta. Ou seja, nas infrações, para subsumir a conduta, a tipificação, ao art. 20 e seus efeitos e ao ato de concentração, é preciso necessariamente passar pela demonstração da incidência do *caput*, ou seja, restrição da concorrência, e as possibilidades de isenção do § 1.º (isenção não é a melhor palavra), mas as condições, e que você possa aprovar, o que se assemelha um pouco, guardando as devidas proporções, à regra da razão. Nisso eu acho que todos estão vinculados, e acho que esse tipo de controle o Judiciário pode sem problema nenhum fazer, ou seja, fazer passar por essas fases, fazer essa acerto. Mas concordo inteiramente, já me posicionando com a questão do livre convencimento, que é a questão da valoração da prova e dos aspectos estritamente econômicos que isso envolve. Nesse caso, há um problema de valoração eu acho, nem entra muito bem a palavra discricionariedade ou vinculação, porque quando

you value the proof, you are based on free conviction and it is the same question that you put to the Judiciary. The traditional trend in Brazil, in terms of control of administrative decisions, was to limit to aspects of strict legality, not venturing subsequently into aspects of valuation of motivation. However, there is a current trend, but not absolutely consolidated, since it varies a lot in each concrete case, of a greater link to merit, or even of venturing into this evaluative process. Sincerely, this is the path that is also to be observed. On the other hand, it is also an invitation to people to reflect and to write about it, since I think there is very little written about this subject, to know if it is adequate or not, even in light of foreign experiences. It is necessary that you enter into this aspect more evaluative in dimension of proof, in dimension of economic essays.

And, finally, regarding the question of the administrative and judicial process, I understand perfectly that the proposal of a judicial act, whether it is a civil public act or an individual or collective one, does not impede in any way the progress of the administrative process. They are absolutely autonomous and it seems to me, then, that there is no need to lock it based on this. I reiterate what I said: despite this autonomy, it must not be prevented from progressing the judicial act. There are those who defend this other side, and it is quite pertinent that the legitimate entities also be brought in to verify the positive aspects of administrative defense, because this concomitance is perfectly possible. There may be situations in which it is good that this occurs, but this tends to generate conflicts and legal insecurity, which theoretically is not the best of the worlds. I think, on the other hand, that - reiterating what I said - in those situations in which it is clearly already a decision, it seems to be a path that leads to a greater effectiveness of these repairs, which is something that the administrative sphere cannot give to society, or rather, the repair of damages.

Ubiratan Mattos: Ok, there is a very short comment from Daniel, another one more brief from Pedro and then we will close the Seminar, if there are no more questions in the plenary. Daniel, please.

Daniel Goldberg: Just responding to the question of Prof. João Bosco, it is evident that when we apply constitutional principles we apply them always as principles, not as a whole, weighing, on the contrary of the rules that are applicable and not sum zero. The principles are weighable and are the classic of hermeneutics. Aliás, in the classic text of Robert Alexy, which is the classic text of the weighing between the right to image *versus* the right to information, published in *Doxa-Alicante*, what is discussed is something a little different from this hypothesis here. I would like to try to clarify, differentiate, in my vision, all of

bugalhos. É evidente que a Constituição não protege, chancela ou alberga o direito ao alarde, mas não é bem essa questão. O cuidado que se tem que tomar quando se dá uma informação é não dar informação errada. Esse é o dever do administrador público. Então, quando ele instaura um processo, sai publicado no *Diário Oficial* e todo mundo acorre à autoridade, ele não pode dizer o seguinte: “É, eu condenei o cartel ou eu o peguei.” Ele tem que tomar certos cuidados, do tipo: “Eu estou investigando um suposto cartel etc. etc.” Mas na vida real - e eu tentei lidar com a vida real e os insumos da vida real na minha palestra, dentro de uma moldura razoavelmente técnica - o que acontece é o seguinte: quando você publica no *Diário Oficial* que você instaurou um processo contra as empresas A, B ou C - a gente está discutindo aqui com o Dutra mas isso acontece muito com ato de concentração -, isso tem uma leitura, isso é apropriado na gramática muito mais de acordo com a clientela, e com a clientela diversificada, muito mais de acordo com quem escuta do que com quem fala, e faz parte do jogo, e é isso que estamos fazendo aqui, não há como evitar. Seria maravilhoso se pudéssemos controlar num laboratório ideal e fazer que toda comunidade entendesse o que é a SDE, o que a SEAE, o que é o CADE, o que a SDE processa, que a SDE não julga, que o CADE é quem julga, seria maravilhoso! Mas, como bem disse aquele *paper* do Robert Alexy não há solução ideal, e você tem que ponderar regras, princípios que não são aplicáveis numa feição soma zero.

E novamente, como bem diz aquele *paper* do Robert Alexy, o que acontece no final das contas é que os veículos de mídia não podem fazer um linchamento moral, que é o que aquele *paper* aborda. Mas a autoridade pública, que deu a informação naquele caso concreto da Suprema Corte que é analisado, é obrigada a dar a informação e a repetir a informação tantas vezes quantas lhe forem perguntadas. Essa é a conclusão daquele *paper*. Eu acho que você tem toda a razão, no que diz respeito à qualidade da informação. Não se pode dar informação errada. Mas não se pode controlar como isso é apropriado porque isso faz parte do processo político, isso é apropriado de uma determinada forma.

Vou dar um exemplo, porque estamos discutindo muito conduta e agora estamos num ano de cartéis. Então estamos discutindo isso porque evidentemente pode ferir diretamente a imagem, mas veja, o maior alarde desse ano foi com um órgão discretíssimo que é a SEAE. Antes do Helcio chegar, o Secretário anterior, o José Tavares, analisava um caso da Companhia Brasileira de Distribuição, grupo Pão-de-Açúcar, e estava pensando em negociar um Apro e sustar via Apro o prosseguimento de uma determinada operação que chamava muito a atenção. Não deu coletiva, não chamou a imprensa e enfim informou que estava negociando Apro. Naquele fim-de-semana, na *Veja*, no sobe-e-desce, sabe quem

estava no desce? Abílio Diniz. E no sobe? o Ministério da Fazenda peitou o Abílio Diniz. Eu sei que o Ministro Palocci não ficou muito contente ao abrir a *Veja* no fim-de-semana e encontrar esse tipo de coisa, mas isso acontece, é natural, e acontece mais por razões culturais que não vale a pena explorar aqui, com ato de concentração inclusive mais do que conduta, porque temos ainda a cultura antiga de que todo mundo faz cartel. O ato de concentração é que ainda é glamoroso. Aliás, nos jornais o termo cartelização é usado repetidas vezes pelos jornalistas lidando com ato de concentração. Quer dizer, faz parte do discurso, faz parte do nosso papel tentar qualificar e sofisticar, como bem disse o Pfeiffer com adequação técnica, a forma como a nossa informação é entendida, mas é um processo que infelizmente nós não controlamos e, como bem disse o Alexy, temos que ponderar os princípios nessa decisão, que neste caso, são a publicidade, o direito à informação e fazer as coisas à luz do dia - esse é o valor que prevalece. Não é à toa que o François, o Ricardo Cueva, o Prado, todos tivimos a mesma reação a esse debate, por diferentes perspectivas teóricas, porque todos nós sentimos isso na pele. Então, eu acho que você tem toda razão, mas só queria tentar diferenciar uma coisa da outra.

Ubiratan Mattos: Dr. Pedro.

Pedro Dutra: Não há, eu creio, nenhum desacordo contra a publicidade. Ao contrário, a minha palestra toda foi pedindo mais publicidade, apenas ajustando a linguagem para que o administrado não saia desnecessariamente alvejado. Claro que entre o administrado e o interesse público, como disse o Conselheiro Cueva, prevalece o interesse público, mas é necessário ajustar a linguagem sempre que possível. A melhor forma é divulgar o parecer, a decisão, num tempo que seja igual a todos aqui. O exemplo que eu dei se prendeu à administração anterior da SEAE, quando o parecer, ou melhor, a notícia do parecer, era dada antes que o parecer fosse disponibilizado ao administrado. Havia então, o que não acontece hoje, uma desigualdade que não é razoável. Mas o Conselheiro Cueva irá perceber que aqui nós somos todos não luminosos mas iluminados pelo sol da Bahia e pela necessidade da transparência. E mais: somos defensores intransigentes de que se preserve a transparência dos Conselheiros e dos titulares dos órgãos de defesa da concorrência, pelo menos esse é o meu caso, que venho escrevendo e falando sobre isso há muitos anos.

Conselheiro Prado, concordo inteiramente com o senhor: argumento de autoridade é argumento fraco. A autoridade vem de quê? De mostrar que, na hipótese concreta, que, naquele fato analisado, incide aquela norma por tais e tais razões. O parecer que diz que é porque é, e não analisa o fato, não é um parecer de bom nível jurídico. Não há direito sem fato. Não há direito sem fato

analisado. E o fato tem que ser analisado sobretudo na área de defesa da concorrência, no seu aspecto mais eminente, que é o aspecto econômico. Daí que é preciso que a teoria econômica ajude a discernir quais são os elementos daquele fato, para que o fato seja claro e para que sobre ele incida ou faça incidir a norma legal adequada. Sem fato não há justiça, eu concordo inteiramente com o senhor. Muito obrigado.

Ubiratan Mattos: Bom, infelizmente, nós temos um compromisso com o sol e, portanto estamos encerrando este Seminário agradecendo aos nossos ilustres convidados desta mesa, o Prof. François Souty, o Daniel Goldberg, o Helcio Tokeshi, o Conselheiro Pfeiffer, e agradecendo a todos vocês pelo apoio, pelo entusiasmo e pela participação. E também quero fazer um agradecimento especial aos nossos secretários no IBRAC, que nos deram o apoio logístico necessário para que esse evento fosse organizado, no caso o José Carlos Busto e a nossa secretária Dora. Muito obrigado a todos e nos veremos no próximo ano.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

<i>Autor</i>	<i>Título</i>	<i>Vol./Nº</i>
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Alexandre, Letícia Frazão	A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro	12-2
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Aluisio de Lima-Campos	Nineteen proposals to curb abuse in antidumping and countervailing duty proceedings	11-4
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Alves, Rodney Almeida	The free trade areas of the Americas (FTAA) and a the Brazilian perspective	11-2
Amaral, Caroline dos Reis	A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis	12-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8-3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A política da concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração regional e política de concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura	10-1
Bagnoli, Vicente	O direito da concorrência	11-2
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da defesa da concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bertran , Maria Paula	Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável	12-2
Bogo, Jorge	Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia argentina.	4-6

Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência	4-6
Carlos Botassi	Servicio de telecomunicaciones en la Argentina	11-4
Carvalho, Arilson Coelho de	O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação	12-3
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cavalcante, Léia Baeta	Poder de compra do varejo supermercadista	11-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Cerviño, José Luis López	Contradicciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo	11-3
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
Considera, Claudio Monteiro	Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência	9-5
Costa, Maurício de Moura	Medidas anti-evasão de direitos anti-dumping na comunidade europeia	12-4
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Domingues, Juliana Oliveira	Considerações sobre os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço	12-2
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
Dutra, Pedro	Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP	9-5

Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Dutra, Pedro	Agências reguladoras - reforma ou extinção?	11-3
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesschwander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
Fagundes, Jorge	Crerios alternativos de eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência X e custos de transação	12-4
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Fagundes, Jorge	Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price standard	10-5
Fagundes, Jorge	Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste	11-4
Fagundes, Jorge, e Kanczuk, Fabio	O uso de modelos de simulação em análises de fusões	11-4
Fagundes, Jorge, Kanczuk Fabio	Uma visão mais técnica do algoritmo de simulações de fusão	12-4
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6

Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinício Chein	Agências reguladoras - Uma visão crítica	12-4
Feres, Marcos Vinício Chein Feres	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
Franco, Leandro Alexi	A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência	12-2
Franco, Leandro Alexi	Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal	12-3
Freitas Pereira, Viviane de	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações	11-1
Fujiwara, Thomas	O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados	11-1
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
Gaban, Eduardo Molan	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
Gama, Marina Moreira da	A teoria antitruste no Brasil: Fundamentos e estado da arte	12-4
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Goldberg, Daniel K.	Spread, concentração e concorrência no setor bancário	11-3
Gomes, Carlos Jacques Vieira	Os escopos sociais do direito antitruste	11-2
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: a importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8

Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências	8-2
Guimarães, Eduardo Augusto	Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	11-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Junior, Marco Aurélio Serau	Os princípios constitucionais da ordem econômica no contexto da globalização	12-4
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Lagrecia, Rodrigo Holtermann	O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrenciais: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros	12-3
Leal, João Paulo G.	Paralelismo de preços e o "cartel da ponte aérea"	12-4
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
Lilla, Paulo Eduardo	Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais	11-1
Lima, Edilson Vitorelli Dimiz	A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil	12-2
Lima-Campos, Aluisio	O abuso e o arbítrio - o impacto das ações anti-dumping e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os estados unidos	11-3
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovanni Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2

Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marco Antônio Ribeiro Tura	A autonomia das agências reguladoras	11-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
Martinez, Maria Beatriz	Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil	12-2
Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mattos, Ubiratan Andrade, Maria Cecília Vieira, Caroline Sanselme	Regulation 2004 - Brazil	11-2
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	Concorrência e propriedade intelectual: harmonização	12-2
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	A ordem econômica e a propriedade intelectual	12-3
Mestmäcker, Ernst Joachim, Bielefeld	Poder, direito, constituição econômica	12-4
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	3-8
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Nogueira, José Carlos da Silva	Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais	11-4
OECD	Suggested Issues for Discussion III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6

Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Paim, Maria Augusta Fonseca	Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais	12-4
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou regulação? Onde está o monopolista?	8-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	O Marco Regulatório Brasileiro para o Setor de Telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância	11-3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, Edgard Antonio; Leal, João Paulo G.	Crescimento (e verticalização) da indústria de cimento no Brasil	12-4
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pereira, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações	10-1
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Polido, Fabrício Pasquot	Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração na defesa da concorrência	12-2
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer Directv X Globo	8-7
Ribeiro, Amadeu Carvalhaes	Crítérios para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3

Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Sampaio, Luiza Saito	O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis	12-3
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos	9-5
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI	10-1
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Anderson Souza da	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da	Transgênicos e direito da concorrência	12-2
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Spadotto, Rafael de Castro	The Brazilian economy under the FTAA Agreement: is it possible stop the negotiations, with basis on the constitution?	12-4
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Tura, Marco Antonio Ribeiro	A autonomia das agências reguladoras	11-2
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafêtil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfêtil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9

188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentos	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chimieale Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraiba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12

62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferenç Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3

Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policy - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

TRANSCRIÇÃO DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

"Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste"	1-3
"Dumping e Concorrência Externa"	1-3
"Concorrência no Mercosul"	1-3
"Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade"	3-1
II Seminário Internacional de Direito da Concorrência	3-6
V Seminário Internacional de Direito da Concorrência	7-4
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6
VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2
III Seminário sobre Comércio Internacional	10-6
IV Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-1
X Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-5

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br