

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 1
2005

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 1 - 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

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade, Jorge Fagundes.

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 2002

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

**IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

9th INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY

Campos do Jordão – São Paulo – 28-29 de novembro de 2003

**SEXTA-FEIRA, 28 DE NOVEMBRO, 9 HORAS / FRIDAY
NOVEMBER 28 9:00 A. M.**

Painel 1 - Concorrência na América Latina – balanço, desafios e perspectivas

Competition in Latin America – assessment, challenges and trends

Chairman Laércio Farina

João Grandino Rodas – *Presidente do Cade*

Bruno Ciuffetelli – *Hoet Paláez Castillo & Duque – Caracas*

Fernando Aranovich – *Marval, O'Farrell & Mairal – Buenos Aires*

Leonel Perezniето-Castro – *Von Wobeser y Sierra – México*

Norberto Moretti – *Divisão de Defesa Comercial do r Itamaraty*

**SEXTA-FEIRA, 28 DE NOVEMBRO, 14 HORAS / FRIDAY
NOVEMBER 28 2:00 A. M.**

**Painel 2 - Controle dos Atos de Concentração em um Contexto Global /
*Merger Review in a Global Context***

Chairman Gesner de Oliveira

Michael Reynolds – *Allen & Overy*

Luis Fernando Rigato Vasconcellos – *Secretário Adjunto da SEAE*

Jorge Fagundes – *Economista*

Sergio Varella Bruna – *Advogado*

18 HORAS – ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO 2003 / AWARDING OF IBRAC/ESSO PRIZE

SÁBADO, 29 DE NOVEMBRO, 9 HORAS / SATURDAY NOVEMBER 29 9:00 A.M.

Painel 3 - Cartéis em um Contexto Global / *Cartels in a Global Context*

Chairman Tito Andrade

Barbara Rosenberg – *Diretora do DPDE/SDE*

Alan Ryan – *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*

Fernando Marques – *Conselheiro do Cade*

John D. Bodrug – *Davies Ward Phillips & Vineberg – Toronto*

Maria Paula Dallari Bucci – *Procuradora-Geral do Cade*

Mauro Grinberg – *Advogado*

SÁBADO, 29 DE NOVEMBRO, 14 HORAS / SATURDAY NOVEMBER 29 2:00 P.M.

Painel 4 - Concorrência, Política Industrial e Agências Reguladoras / *Competition, Industrial Policy and Regulatory Agencies*

Chairman Ubiratan Mattos

Daniel Goldberg – *Secretário de Direito Econômico (SDE/MJ)*

Cleveland Prates Teixeira – *Conselheiro do Cade*

Fábio Erber – *Diretor de Crédito e Industrial do BNDES*

José Tavares – *Secretário de Acompanhamento Econômico – (SEAE)*

Pedro Dutra – *Advogado*

SUMÁRIO

Abertura	7
Ubiratan Mattos	7
Painel 1 - Concorrência na América Latina - balanço, desafios e perspectivas	11
Laércio Farina	11
Fernando Aranovich	11
Leonel Perezniето Castro	42
Bruno Ciuffetelli	49
Norberto Moretti	65
João Grandino Rodas	72
DEBATES	79
Painel 2 - Controle dos Atos de Concentração em um Contexto Global / <i>Merger Review in a Global Context</i>	93
Gesner Oliveira	93
Michael Reynolds	93
Gesner Oliveira	111
Sérgio Bruna	111
Jorge Fagundes - IX Seminário	130
Luís Fernando Vasconcellos	149
César Matos	157
DEBATES	161
Painel 3 - Cartéis em um Contexto Global / <i>Cartels in a Global Context</i> ..	173
Tito Andrade	173
John Bodrug (texto apresentado)	174
Alan Ryan	224
Mauro Grinberg	238

Maria Paula Dallari Bucci	246
Bárbara Rosenberg	271
Fernando De Oliveira Marques	294
DEBATES	312
Painel 4 - Concorrência, Política Industrial e Agências Reguladoras ...	327
Ubiratan Mattos	327
Cleveland Prates Teixeira	327
Daniel Goldberg	355
Fábio Erber	376
José Tavares - IX Seminário	382
Pedro Dutra	386
DEBATES	394
Relação de matérias publicadas na Revista do Ibrac	415

ABERTURA

Dr. Ubiratan Matos:

Vamos iniciar este evento, o qual considero o principal do Ibrac, fazendo uma brevíssima prestação de contas do que foi realizado durante o ano.

Este ano possui uma característica especial porque há novas pessoas integrando o sistema de defesa da concorrência: novos secretários nos Ministérios da Fazenda e da Justiça, uma nova procuradora-geral junto ao CADE, um novo Conselheiro e também uma nova figura- um membro do Ministério Público atuando junto ao CADE.

O IBRAC, como vocês já devem ter percebido, também sofreu uma alteração na sua denominação social para incluir definitivamente a atividade de comércio internacional.

Iniciamos o ano com um encontro com o recém-empossado Secretário de Direito Econômico, Dr. Daniel Goldberg, o qual fez uma menção muito elogiosa ao IBRAC no seu discurso de posse. Dessa forma, acredito que este seja o momento para retribuir tal elogio.

Em seguida realizamos um curso sobre *Dispute Settlement* na área de comércio internacional, resultado de uma parceria permanente entre o IBRAC e a UNCTAD. Foi um curso de altíssimo nível ocorrido em São Paulo durante três dias, com excelente frequência e ministrado por dois professores da Universidade de Maastrich, Holanda.

Ainda na área de comércio internacional, consolidamos a parceria com a missão brasileira em Genebra enviando 12 estagiários para lá. Estamos cumprindo o nosso compromisso de criar um corpo de profissionais voltados para essa área tão sensível nos dias atuais em razão das negociações nos foros multilaterais e bilaterais, tais como a Alca, o Mercosul e a União Européia

Em agosto realizamos no Guarujá o terceiro seminário comércio internacional, cujo tema foi *Rumos e as Implicações das Principais Negociações Internacionais no âmbito da OMC, da Alca e do Mercosul*.

Logo em seguida realizamos em São Paulo o quarto curso de direito da concorrência, que é um curso permanente de extensão universitária. Promovemos também o quarto concurso de monografias, cuja entrega do prêmio IBRAC-ESSO será hoje no final da tarde. É uma cerimônia que me

comove profundamente, pois posso constatar a ansiedade e a garra de jovens profissionais buscando seu espaço no mercado de trabalho por meio da pesquisa, do estudo e da inteligência. Aliás, já antecipo que este ano as mulheres triunfaram de maneira arrasadora: a maior parte dos vencedores pertence ao sexo chamado frágil.

Também fizemos um workshop em Brasília em parceria com o CADE e com o Ministério Público com o objetivo de discutir o *modus vivendi* ou *convivendi* entre estes dois órgãos. Tratou-se de um evento muito importante, especialmente em virtude da recente resolução do Cade sobre a atuação do Ministério Público. As discussões foram muito esclarecedoras e houve um debate franco e aberto entre amigos.

Atualmente, estamos realizando já há três meses um curso sobre defesa da concorrência na ANATEL, destinado a seus funcionários e que se encerra no dia 10 de dezembro.

Como podemos perceber, este foi um ano de muitas realizações e de vários desafios. Assim, aproveito a oportunidade para agradecer especialmente a diretoria, o conselho e os associados do Ibrac que sempre permitiram e nos incentivaram a buscar novos e constantes desafios.

Assim chegamos a este evento, encerrando um ano de intensa atividade e acenando também um ano de novos desafios e muitas perspectivas, pois temos planos muito ambiciosos para 2004. Planejamos realizar um evento possivelmente em Punta del Leste ou em Buenos Aires, focando especialmente a concorrência na América Latina e particularmente no Mercosul, até porque em 16 de outubro foi assinado o Tratado de Cooperação entre Brasil e Argentina na área de concorrência.

Este evento é marcado pela presença de velhos e novos amigos do Canadá, da Venezuela, do México, da Argentina e do Uruguai e também pela presença dos nossos amigos de sempre do Brasil. O programa possui uma lógica. No início deste ano estivemos em Mérida, onde se realizou a segunda conferência da ICN. Discutiu-se, entre outras coisas, a defesa da concorrência no México e o balanço da lei antitruste mexicana após 10 anos de vigência.

Discutiu-se sobretudo a respeito da cooperação na área internacional, tema este que também foi tratado na Fordham em Nova York. Em Fiesole iniciamos o programa fazendo um balanço da concorrência na América Latina.

Aliás, a nossa lei vai completar 10 anos no ano que vem; a lei da Argentina, 5 anos. Dessa maneira, após fazermos um balanço do que tem sido a concorrência na América Latina, verificou-se os desafios e as perspectivas para a defesa da concorrência sobretudo no Brasil, onde o governo apóia o sistema. Apesar disso, existem muitas dúvidas sobre como tal sistema deve funcionar e ser mais eficiente.

Na seqüência tratou-se dos temas decorrentes dos atos de concentração e condutas. Várias condutas tiveram um destaque especial no sistema, tais como as investigações por cartel nas quais a SDE, a SEAE e o próprio CADE têm sido muito ativos.

No evento de hoje vamos procurar apresentar um panorama desses dois temas no contexto global e para tanto contaremos com a experiência dos nossos convidados estrangeiros. Por último, vamos discutir um tema que é crucial : como harmonizar a concorrência com a regulação e com a política industrial. Para tornar esse debate ainda mais interessante, contaremos com a presença de representantes dos três órgãos governamentais e também do BNDES.

Então, com essas palavras dou boas-vindas a todos e desejo um debate profícuo em um clima de absoluta camaradagem, cordialidade e informalidade. O IBRAC sempre busca facilitar o contato entre a administração e os profissionais deste tema que é tão instigante e que tem motivado tantos estudos. Muito obrigado e boa sorte a todos.

Laércio Farina iniciará os trabalhos.

PAINEL 1 - CONCORRÊNCIA NA AMÉRICA LATINA - BALANÇO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Laércio Farina:

Bom dia senhoras e senhores. É com muita satisfação que abrimos o primeiro painel deste seminário anual do IBRAC, dando as boas vindas aos nossos convidados estrangeiros, às autoridades aqui presentes e aos nossos colegas.

Lamentamos a ausência do Dr. Eduardo Montamar, da Comissão Nacional de Concorrência Argentina. Certamente tal fato nos deu algum conforto, pois eu não caberia na mesa se o Doutor Montamar estivesse aqui presente.

Sem mais delongas e anunciando uma pequena inversão de pauta, vamos começar pelos nossos convidados estrangeiros. Após uma calorosa discussão antes da abertura, elegeram-se o Dr. Fernando Aranovich como o primeiro palestrante dessa manhã.

O Dr. Fernando Aranovich é advogado formado pela Faculdade de Direito de Buenos Aires e com extensão na Harvard University. É sócio do escritório Mario Valle, O'Farrell, Mairal, professor de economia da Faculdade de Direito de Buenos Aires, ex-professor de direito romano- que é uma matéria que sempre causa arrepios aos advogados- e autor de vários trabalhos sobre privatização e desregulamentação. Sem dúvida, a presença do exercício da cátedra no seu currículo é o que certamente mais lhe engrandece a carreira.

Dr. Fernando, por gentileza.

Fernando Aranovich:

Bom dia. Em primeiro lugar agradeço ao IBRAC pela honra de ter me convidado a participar desse Seminário. Ademais é um grande prazer estar em uma cidade tão bonita como Campos do Jordão.

Creio que muitos de vocês eu conheço e apesar de não conhecer os outros pessoalmente, temos participado dos debates do foro de concorrência organizado por Julián Peña na Argentina. Os que acompanharam algumas das intervenções, segundo me disse Julián, não o fizeram de modo incisivo

mas gosto de provocar um pouco o debate, assim, evitaremos que alguém durma aqui.

Quero me referir, nesta apresentação, a quatro pontos cruciais:

1. saber se a República Argentina quer ou não uma legislação antimonopólica, ou se age como se quisesse;
2. vinculado com o primeiro ponto, analisar qual é o balanço das decisões que tem tomado a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência em matéria de concentrações econômicas e de investigação de condutas;

Esta análise irá levar à conclusão, pelo menos da minha parte, que a autoridade não tem tido uma atividade muito intensa e real na investigação das condutas.

3. comentar algumas das decisões mais importantes para que vocês tenham um panorama da atividade regulatória na Argentina e dos problemas que e apresentei;
4. apontar algumas das minhas preocupações sobre as perspectivas do desenvolvimento da concorrência no âmbito argentino.

Bem, estes são os quatro pontos aos quais vou me referir. Reparem que a defesa da concorrência é um instrumento de política econômica como podem ser as políticas tarifária, cambial e fiscal, as quais atendem a certo setor de atividades específicas. Elas são certamente muito importantes mas não são necessariamente o único caminho para regular mercados; e naqueles mercados que gozam de monopólio naturais ou de concessões do governo, efetivamente existem regimes específicos que são muito mais intensos no grau de controle da defesa da concorrência a qual seria puramente complementar.

O que tem feito a Argentina historicamente? Durante os oitenta anos de vida deste campo do direito econômico, preferiu-se sempre o controle direto dos preços no lugar do controle das atividades comerciais e industriais, através da defesa da concorrência. Houve dezessete leis de controle de preços, uma centena de decretos, milhares de resoluções e somente quatro leis antitruste.

A primeira lei antitruste foi editada em 1923 e modificada pela primeira vez 23 anos depois. Ela já tem 80 anos e suas duas primeiras normas têm características punitivas, isto é, têm mais do regime de direito penal do que do de direito econômico. Esta lei visa evitar as concentrações econômicas estruturais ou as condutas agressivas para a concorrência, o que faz com que os processos sejam muito longos, com poucos e escassos resultados.

A terceira lei foi editada em 1980- depois veremos suas características- e a última foi sancionada em 1999.

São tantos anos de controle direto de preços e de outras regulações na economia que se tornou um problema para um argentino médio a consolidação de todas as conseqüências bastardas da regulação econômica centralizada. Assim, os preços relativos foram distorcidos e congelados e as estruturas oligopólicas, ao invés de estarem debilitadas, foram favorecidas pela própria atividade governamental.

A Argentina fechou sua economia para a concorrência internacional, o que criou nichos de proteção para os distintos setores os quais se limitavam ao seu próprio mercado, eram pouco exportadores e acabaram consolidando sua posição no mercado local. Os privilégios setoriais se consolidavam de acordo com a força do lobby de cada setor frente ao governo federal; a qualidade dos serviços, da inovação e da tecnologia foi limitada ao se fechar a economia à concorrência internacional e a burocracia no setor das secretarias de comércio e indústria, que administravam este gigantesco sistema de controle, expandiu-se.

Além disso, a corrupção administrativa cresceu muito, o que segundo as estatísticas de transparência internacional pode ser uma prática um tanto generalizada e lamentável. Finalmente, chegou-se também ao último dos problemas, qual seja o desabastecimento e a criação de mercados negros.

Mas como eu lhes disse, as duas primeiras leis tinham um enfoque basicamente de direito penal. O objetivo delas era sancionar os infratores para evitar que se cometessem ou que se tivessem imperfeições no mercado, porém elas tiveram muito pouco êxito como regulações de caráter econômico.

Recentemente, nos anos 80, sancionou-se a lei 22.262, que era mais moderna e inspirada na então Comunidade Econômica Européia e nas normas do Reino da Espanha. Nela se orientavam as investigações das condutas individuais e colusivas que podiam ser lesivas para a concorrência.

Tal lei tinha uma técnica legislativa muito boa: descrevia precisamente as condutas que se qualificavam em unilaterais ou multilaterais, graduando as sanções em função delas. As últimas, que implicavam na colusão de distintos atores da economia, eram sancionadas mais gravemente e tinham basicamente o fito de evitar as conseqüências econômicas negativas destes atos anticompetitivos individuais ou das colusões bem mais do que a perseguir aos infratores.

Assim, havia a possibilidade de que os infratores celebrarem compromissos com as autoridades de modo a não causarem danos no futuro,

ou que a autoridade ditasse ordens de abstenção para que tal conduta lesiva terminasse imediatamente. Os particulares e as próprias empresas afetadas pela atividade anticompetitiva dos outros participantes do mercado podiam acioná-los, exigindo ressarcimento pelos danos e prejuízos. Não se estabeleceu na Argentina o controle das concentrações econômicas.

O organismo de aplicação dependia do poder executivo. Todavia, existia uma Comissão de Defesa da Concorrência que era presidida por um Secretário que se ocupava dos assuntos de comércio na República Argentina.

A legislação seguinte foi a lei 25.156, editada em setembro de 1999. O que havia ocorrido? A Argentina durante a década de 90 sofreu um fortíssimo processo de investimento estrangeiro: algo em torno de um bilhão de dólares mensais chegavam na economia argentina. Durante esse processo se privatizaram muitas empresas chamadas *public utilities*, que prestavam serviços públicos no país.

Muitos investimentos privados europeus, americanos, mexicanos e brasileiros se concentraram na República Argentina em setores que antes estavam em mãos de empresários argentinos. Então, deu-se início um movimento importante para incorporar o sistema de controle das concentrações econômicas a fim de se evitar as distorções estruturais nos mercados que seriam muito mais difíceis de controlar *ex post*.

Esta norma, no meu ponto de vista, tem uma técnica legislativa muito mais defeituosa que a anterior. Isto se nota na sua terminologia, na confusão das expressões que utiliza. É quase visível a existência de muitas mãos redatoras, não necessariamente coordenadas. O ponto mais importante é que esta norma estabeleceu o controle das concentrações econômicas e criou um Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, cujas decisões são apeláveis ante as câmaras federais.

A lei, tal como previa a norma anterior (lei 22.162), proíbe e sanciona os atos ou condutas que tenham por efeito ou objetivo limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e proibir o acesso ao mercado. Ela também proíbe e sanciona aos atos que constituam abuso de posição dominante, o que é importante na medida em que nunca foi sancionada na Argentina a posição de domínio, somente o abuso dela.

Todos os atos e condutas das concentrações não são ilegais *per se* se não resultarem em um prejuízo de interesse econômico geral. Isto deu lugar a bastante polêmica, inclusive com a presença de profissionais não especializados na matéria que, quando têm um conflito unilateral com um potencial

competidor, tratam de dirimir a questão ante à Comissão de Defesa da Concorrência ao invés de recorrer aos Tribunais Comerciais para resolvê-la.

O conceito de interesse econômico tem sido no geral vago, com distintas interpretações durante a existência da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência.

Quanto ao controle de concentrações econômicas, que é o ponto mais importante, ele prevê que todas as operações relativas à transferência de fundo de comércio, à compra de ações, quotas sociais e ativos ou à mudança de controle nas empresas intervenientes devem ser informadas ao Tribunal se superarem 200 milhões de pesos na Argentina¹, sempre levando-se em conta a empresa vendida e a empresa compradora, nunca a empresa que vende.

A partir do início do ano 2000 regulamentou-se a norma com a atividade da Comissão de Defesa da Concorrência. A ênfase se concentrou na análise das concentrações, mas se descuidou das análises das condutas anticompetitivas. Analogicamente, seria como se os agentes da polícia que controlam quem estaciona mal se esquecessem daqueles que passam no sinal vermelho. Controlar os que estacionam mal é mais fácil, menos inquieto e menos desagradável do que controlar aqueles que passam no sinal vermelho, o que exige velocidade, celeridade e mais atividade do organismo.

Como consequência, o sistema perdeu o controle e ocorreram prejuízos de altíssimo custo para a sociedade argentina e por um valor agregado baixo.

Olhando as cifras que surgem das próprias informações da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência chegaremos ao seguinte total: entre setembro de 1999 e setembro de 2003, isto é, durante quatro anos de vigência da nova lei, analisaram-se 279 operações de concentração econômica. Dentre todas elas, 264 (94,6%) foram aprovadas tal como as partes as apresentaram; 13 (4,6%) foram condicionadas e 2 (0,7%) foram proibidas².

¹ O valor exigido se deve à brutal desvalorização da moeda argentina. Ele equivalia inicialmente a 200 milhões de dólares estadunidenses e hoje equivale a aproximadamente 60 milhões de dólares.

² Quanto às 2 operações proibidas, em uma delas as partes avisaram às autoridades no dia anterior que estavam desistindo da operação, então houve uma decisão aprobatória condicionada à proibição, isto é, não é uma proibição real. Quanto à outra concentração, ela não era de interesse das partes e tampouco se condicionou e se aprovou a venda imediata dos ativos. Pouco tempo depois ela se tornou a empresa aérea que funcionava junto com o operador do aeroporto.

Um total de 15 operações foram objetadas, ou seja, apenas 5,3% do total que analisou a Comissão neste período.

Outro ponto relevante diz respeito à mudança que ocorreu quando da violação dos faróis vermelhos. A tarefa incômoda de acessar a informação, que geralmente está oculta e à qual muitas vezes os partícipes não conseguem interpretar facilmente, é um trabalho de investigação e de interpretação conjunta de escritórios coordenados com outros entes.

No mesmo período, de toda a documentação disponível somente 42 condutas foram objeto de análises inexperientes pela Comissão. Destes casos, somente 8 (19%) foram sancionadas; 18 (quase 43%) denúncias foram apresentadas por particulares; 24 (57%) tiveram as explicações dadas por particulares aceitas e em 2 (4,7%) deles foi aceito um compromisso.

Como vocês vêem, havia uma notória atividade em matéria de concentrações e muito pouca atividade em investigação de condutas, as quais creio que são muito mais danosas para a sociedade do que as concentrações pelas conseqüências das colusões entre os participantes. Os algarismos nos revelam claramente que se o sistema não tivesse existido e se nenhum controle tivesse sido feito, 95% de todo o apresentado teria sido bom para a sociedade e menos de 1 % teria sido considerado negativo.

Analisando um trabalho preparado pela profa. Amim Ford, da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, que trata dos sistemas da União Européia, da Suíça, Canadá, Austrália e Estados Unidos, chegaremos à conclusão de que o sistema está fora de controle: existem milhões de fusões que são controladas mundialmente por ano mas o sistema tem um alto custo. Na Argentina, todavia, não há tarifas, mas em algum momento é possível que elas se estabeleçam.

A burocracia de análise das concentrações cresce e automaticamente justifica a necessidade de mais crescimento e de analisar uma maior quantidade de concentrações que a própria lei estabelece. Assim, multiplicam-se os procedimentos e as opiniões legais. Além disso, quando se trata de *crosswords transactions* a geração de valor agregado real a partir da concentração depende de aprovações que estão em distintas jurisdições.

Assim, a diferença que existe entre nosso sistema e os sistemas legais de outros países é que adotamos o sistema de direito continental, mas quanto à instituição do direito da concorrência não se pode esquecer da existência da *common law* e da demora que gera a necessidade de se obter múltiplas aprovações.

O que disse basicamente Amim Ford foi que o controle das fusões está realmente fora de controle. Trata-se de um exemplo de regulação que é excessivamente onerosa proporcionalmente aos benefícios obtidos. Ademais, os controles prévios de fusões estão proliferando, sobretudo nos países em desenvolvimento.

As estatísticas que podemos encontrar neste trabalho coincidem com os da República Argentina, isto é, 95% das fusões são aprovadas sem nenhum problema, o que não justifica um controle desta magnitude para aprovar a maioria das operações. Além disso, algo se agrega e a análise anticompetitiva tem sido muito errada.

O professor Bullem, em uma obra da década de 60, dizia que o grande lema da política antitruste com relação ao monopólio vincula-se ao problema dos benefícios crescentes. As concentrações ocorrem realmente porque geram economias de escala e benefícios crescentes aos participantes. Então este é o dilema presente na legislação antitruste.

A interpretação judicial da legislação têm variado ao longo do tempo e quando se vê os livros de economia, dá-se conta, por exemplo, que nos Estados Unidos, dependendo das orientações políticas do partido que está na administração no momento, a ênfase no controle das concentrações varia. Bulem termina dizendo que isto pode ser comparado com o caminhar de um bêbado.

Vamos agora analisar o que tem ocorrido na República Argentina, o que, a meu ver, é transcendente. Das decisões que vou considerar, algumas foram adotadas pela própria Comissão de Defesa da Concorrência na análise de concentrações e outras foram adotadas pela Câmara Nacional de Apelação no âmbito civil e comercial.

As decisões de concentrações, como eu disse, são em sua grande maioria aprovadas. Mas dentre todas elas, o caso do correio é o que foi reprovado pela autoridade.

Tratava-se de um correio privado que estava se unindo com um correio argentino, este um ex-correio estatal concessionado. Um dia antes da operação, as empresas participantes avisaram à Comissão que não tinham mais interesse em prosseguir. Dessa forma, a Comissão produziu uma ordem dizendo que a investigação demonstrava que a operação de concentração econômica significaria um controle comum entre os dois principais competidores e que a realidade de mercado não indicava que ela poderia existir por razões de escala. Isto é, em um mercado tão pequeno como o argentino não poderiam existir dois grandes correios, mesmo porque já estava ocorrendo a proliferação de pequenos correios

que pertenciam à chamada economia informal- *black market*. Logo, eis o que aconteceu: o correio argentino foi retirado da concessionária e declarado em quebra, o que confirmou que não havia outra forma de operar que não fosse com um só correio. Era isto que eu comentava sobre desistir da operação.

O outro caso importante foi o *Carrefour-Promold*, uma fusão produzida na Argentina entre a subsidiária de uma das empresas que têm cadeias de supermercados e uma rede de supermercados local. Esta fusão ocorreu devido às decisões tomadas na França onde, por um intercâmbio de ações, elas foram convertidas no grupo Carrefour.

Neste caso, a única condição imposta pela Comissão foi que não se ampliasse o mercado de alta concentração na área de Rosário, província de Santa Fé. Na verdade, tal condição foi realmente quase que inexistente e a empresa nunca mais protestou. Ao contrário, como consequência da crise econômica Argentina ela foi fechando as filiais naquela área.

Um outro caso importante foi o *Lapa- Aeroporto 2000*. A “Lapa” é uma linha aérea já falida e a “Aeroporto 2000” é a empresa operadora de todos os 33 aeroportos na Argentina, de alguns aeroportos no Uruguai e creio que alguns no Equador. Neste caso, a Comissão considerou que as operações não poderiam ser aprovadas e as obrigou a vender as participações em dez dias. Pouco depois disso, Lapa também se apresentou em quebra.

Quanto ao caso *Quilmes-Bhrama*, que vincula nossos países, a AMBEV fez uma operação pela qual adquiriu inicialmente 37.5 % da companhia líder de cerveja na República Argentina, que se chama Quilmes. A AMBEV, através de um *collection agreement*, também assegurou o direito de adquirir participações adicionais durante um período de dezessete anos.

Além disso, as empresas acordaram que irão manter a mesma proporção de votos, de tal forma que a direção da companhia fique em 50-50. Por sua vez, findo um período de sete anos, os acionistas da Quilmes querem um *option right* para vender a maioria ou a totalidade de suas ações ao grupo controlador da AMBEV mediante uma troca de ações. Ou seja, eles passarão a ter ações na AMBEV e poderão ter lugares na diretoria. Esta decisão foi muito questionada por um competidor e este interpôs um processo muito interessante na Argentina.

O processo durou quase um ano e atualmente está suspenso. Estou em parte envolvido nele porque assessoriei das duas companhias envolvidas na fusão. Por fim, a Comissão aprovou a fusão com algumas condições: a Bhrama deve vender sua planta que fica em Lujan, a uns 70 quilômetros de Buenos

Aires; a Quilmes deve vender uma malteria -que está dentro de uma das plantas de uma cervejaria que hoje está ativa- e também duas de suas marcas, consideradas de baixo preço, a Palermo e a Bieker. A Quilmes também deve oferecer ao eventual comprador uma terceira marca muito importante no interior do país chamada Norte e as instalações industriais para que ele possa participar do mercado, caso ele não tenha instalações industriais na Argentina. Também deve dar ao comprador a distribuição, que é considerada uma barreira importante para a entrada de um competidor no mercado.

Atualmente, um juiz federal da província de Salta emitiu uma ordem determinando que todas estas vendas de ativos não podem ser realizadas e, como consequência, já contamos com quase um ano de demora neste processo. Ademais, um competidor que se beneficiou com uma subsidiária alemã chamada “Barstein” se apresentou no processo e disse que como competidor queria ser uma parte coadjuvante, o que significa intervir no processo quase com os mesmos direitos que as próprias partes concentrantes. Então, a Comissão preparou uma decisão na qual por maioria, mesmo com a ausência de um dos vogais da Comissão, Eduardo Montamar,- estimou que um competidor não pode participar em um processo de concentração maior do que a lei estabelece.

A comissão explicou minuciosamente sua decisão e apresentou um relatório, mas o competidor não concordou com tal decisão e apelou para a Câmara Federal. A Câmara Federal, em uma atuação muito importante, disse que nos casos em que se investigam condutas antimonopólicas os terceiros podem se apresentar e atuar como partes intervenientes a fim de ajudar na investigação e determinar se existe um prejuízo de interesse econômico geral. Nestes processos nos quais se realizam concentrações, as partes são as empresas que se concentram e a autoridade. Os terceiros somente intervêm para apresentar relatórios e fazer declarações testemunhais, mas não são partes no expediente. No entanto, este caso já foi decidido e a Câmara emitiu sua opinião mesmo a despeito de seguirem questionando tal expediente.

Bem, gostaria de me referir a alguns outros casos mas não há tempo suficiente. Dessa forma, quero dizer-lhes que no meu ponto de vista existe na Argentina um *double standard* de altíssima hipocrisia. Dizemos o que queremos na lei de monopólio, mas fazemos todo o possível para que esta lei não funcione. O Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência deveria ser um organismo autárquico independente do poder executivo. Desde 1999 espera-se a sua criação, mas as autoridades deixam bem claro que é melhor não abrir concursos, não designar seus membros e manter vogais interinos cujo superior é o próprio secretário de coordenação técnica, o qual, por sua

vez, depende do próprio ministro de economia da nação. Enfim, significa dizer: fazemos uma coisa distinta daquela que dizemos que vamos fazer.

O controle das concentrações se estendeu e é possível que se estenda também em nível do MERCOSUL. Isto irá nos trazer problemas muito interessantes! Aliás, acabou-se de firmar um acordo que prevê o intercâmbio de documentos e que exigirá que os advogados comecem a mudar a forma como assessoram as partes quando recebem notificações do órgão de controle da atividade anticompetitiva do outro país. Tais documentos virão inclusive em outro idioma, de modo que isto deve ser estudado com cuidado

Eu acredito no futuro. Como consequência de seus esforços, a Argentina declarou unilateralmente a sua dívida pública e, como consequência da inquietude para renegociar o descumprimento de compromissos, chegou-se a ficar por 18 meses negociando com os credores para, ao final, fazer-lhes uma proposta que foi amplamente criticada. Vai haver poucos investimentos estrangeiros na República Argentina e isto quer dizer que o tema do controle das concentrações tende a diminuir. Isto deveria incentivar as autoridades a concentrar os recursos econômicos e humanos que têm na análise das condutas. Então o trabalho será muito mais duro para a própria Comissão.

Obrigado.

SLIDE 1

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Fernando C. Aranovich

SLIDE 2

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

**Defensa de la Competencia en la
República Argentina
Balances, desafíos y perspectivas****Fernando C. Aranovich****SLIDE 3**

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

**Defensa de la Competencia en la
República Argentina
Balances, desafíos y perspectivas**

- ¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?
- Análisis de concentraciones económicas vs. investigación de conductas
- Recientes decisiones trascendentales
- Perspectivas

SLIDE 4

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

- Argentina ha preferido históricamente el control de precios frente al control de monopolios
- Se dictaron 17 leyes de control de precios, cientos de decretos y miles de resoluciones
- Solo 4 leyes antimonopólicas

y

SLIDE 5

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

SLIDE 6

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?**¿Cuáles fueron las consecuencias?**

- Distorsión y congelamiento de precios relativos
- Consolidación de estructuras oligopólicas
- Cierre de la economía a la competencia internacional
- Consolidación de privilegios sectoriales
- Deterioro de calidad, servicio, innovación y tecnología
- Expansión de la burocracia
- Creciente corrupción administrativa
- Desabastecimiento

SLIDE 7

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?**Leyes 11.210 y 12.906**

- Enfoque criminal (sancionar infractores para evitar imperfecciones en los mercados)
- Poca actividad
- Juicios prolongados
- Escasas sanciones

SLIDE 8

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 22.262

- Inspirada en las normas vigentes en la década del '70 en la CEE (hoy Unión Europea) y el Reino de España
- Orientada a la investigación de conductas individuales y colusivas lesivas de la competencia
- Precisa descripción de las conductas lesivas
- Orientada a evitar consecuencias económicas distorsivas con (i) posibilidad de celebrar compromisos; y (ii) órdenes de cese y abstención.
- Acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios
- Ausencia del control de concentraciones económicas
- Dependencia del organismo de aplicación del Poder Ejecutivo

SLIDE 9

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 25.156

- La adquisición de compañías estatales argentinas por parte de empresas privadas extranjeras lleva a los legisladores a decidirse por una nueva legislación antimonopólica
- Repite con técnica más defectuosa y términos imprecisos los conceptos de la ley 22.262
- Establece el control de concentraciones económicas
- Crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia
- Establece la jurisdicción de las Cámaras Federales para la apelación de las decisiones del Tribunal

SLIDE 10

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?**Ley 25.156**

- Prohíbe y sanciona los actos o conductas que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado
- Prohíbe y sanciona los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado
- Prohíbe las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia

SLIDE 11

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?**Ley 25.156**

- Todos los actos, conductas y concentraciones económicas no son ilegales per-se sino que deben resultar en un perjuicio al interés económico general
- El concepto de interés económico general ha sido un concepto vago y con diferentes interpretaciones a lo largo de la existencia de la CNDC

SLIDE 12

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 25.156

Control de concentraciones económicas

Establece que aquellas operaciones donde, a través de fusión, transferencia de fondo de comercio, compraventa de acciones, cuotas sociales o activos, se opere un cambio de control en las empresas intervinientes, deben ser informadas al Tribunal si el volumen de negocios de las partes supera en la Argentina la cantidad de 200 Millones de Pesos Argentinos (alrededor de US\$ 69 Millones)

SLIDE 13

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

- A partir del inicio del control de concentraciones se relativizó el análisis de las conductas anticompetitivas
- El sistema prevé un control de todo con alto costo para toda la sociedad y no genera valor agregado salvo los merecidos honorarios de abogados y economistas

SLIDE 14

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Concentraciones económicas analizadas por la
CNDC desde septiembre de 1999**

(a)	Septiembre de 1999 y marzo de 2001	180*
(b)	Abril 2001 y diciembre de 2001	43*
(c)	Enero 2002 y diciembre 2002	[31]**
(d)	Enero 2003 y septiembre 2003	[25]**
(e)	Total de operaciones analizadas por la CNDC	279

* Información publicada por la CNDC en su memoria correspondiente a los años 1999-2000-2001, disponible en www.meccon.gov.ar/cndc/memoria00/indice.htm.

** Información obtenida sobre la base de carpetas disponibles para el público en la CNDC pero no confirmada por la misma CNDC.

SLIDE 15

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Estadística sobre las operaciones analizadas por la
CNDC entre septiembre de 1999 y septiembre de 2003**

(a)	Operaciones aprobadas	264 (94,6%)
(b)	Operaciones condicionadas	13 (4,6%)
(c)	Operaciones prohibidas	2 (0,7%)
(d)	Total de operaciones objetadas por la CNDC	15 (5,3%)

SLIDE 16

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

Investigación de conductas realizadas por la CNDC en 1999, 2000 y 2001

(a) Casos resueltos en el año 1999	17*
(b) Casos resueltos en el año 2000	15*
(c) Casos resueltos en el año 2001	20*
 (e) Total de casos resueltos por la CNDC	 42

* Información publicada por la CNDC en su memoria correspondiente a los años 1999-2000-2001, disponible en www.mecon.gov.ar/cndc/memoria00/indice.htm.

** La CNDC no tiene organizada la información correspondiente a los años 2002 y 2003

SLIDE 17

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

Estadística sobre los casos resueltos por la CNDC entre 1999 y octubre de 2003

(a) Casos sancionados	8 (19,04%)
(b) Casos desestimados	18 (42,8%)
(c) Casos donde se aceptaron las explicaciones	24 (57,18%)
(d) Casos donde se aceptó compromiso de las partes	2 (4,7%)

SLIDE 18

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Situación actual**

- Miles de fusiones controladas mundialmente por año
- Alto costo del sistema
- Burocracia autojustificada
- Multiplicación de procedimientos y opiniones legales en varias jurisdicciones (“*cross-border transactions*”)
- Diferencias en sistemas legales
- Demoras por múltiples aprobaciones

SLIDE 19

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Conclusión**

- “Merger control is out of control. It is an example of regulation that is excessively burdensome in proportion to its benefits. Some 80 countries now have competition laws...”
- “Pre-merger control is proliferating. The new entrants to the world of antitrust are largely developing countries...”

SLIDE 20

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

- “The proliferation of national merger control is ironic in a world characterized by liberalization”
- “In view of the fact that some 95% of mergers subject to filing raise no competition problem at all, drafters should consider how to write thresholds to screen out the chaff”

(Eleanor M. Fox, Professor of Trade Regulation at New York University Law School, “Can we control merger control? An experiment in policy directions for global merger review; Global Competition Review, Special Report, page 79)

SLIDE 21

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

KENNETH BOULDING en su obra “*Principios de política económica*” dice que el gran dilema de la política con relación al monopolio se desprende del principio de los beneficios crecientes. Este dilema está presente en la legislación antitrust y en la interpretación judicial de la legislación, la cual puede compararse, no sin mala fe, con los traspies de un borracho.” (Ed. Aguilar, 1963, p. 278)

SLIDE 22

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- Las decisiones trascendentales provienen tanto de la CNDC como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que ha interpretado la ley de defensa de la Competencia
- Las decisiones de la CNDC que vale mencionar, a mi criterio, son los casos de Correo Argentino, Carrefour, Lapa y Brahma/Quilmes
- Las resoluciones de la Cámara de Apelaciones más trascendentales están vinculadas con la interpretación sobre la parte coadyuvante, el uso de la legislación antimonopólica en el concurso preventivo y los requisitos para que la CNDC dicte una medida cautelar

SLIDE 23

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- El caso Correo Argentino / OCA es una resolución de la CNDC del 9/3/2001
- OCA, un empresa dedicada al rubro de correo privado, celebró un contrato para adquirir el control de Correo Argentino, ex correo estatal
- Como consecuencia de la operación se unificaban las operaciones de los dos principales operadores de sistema de correo en la Argentina

SLIDE 24

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

La CNDC dijo “En conclusión, la investigación llevada a cabo por esta Comisión demuestra que la operación de concentración económica notificada implica la unificación bajo un control común de los dos principales competidores, tanto en términos de participación de mercado, infraestructura postal, innovación de procesos y productos, y reconocimiento de marca en los mercados de servicios postales nacionales básicos al público, carta documento, servicios telegráficos y carta simple internacional, tratándose de empresas que compiten en dichos mercados relevantes en forma directa entre sí y que existen altas barreras al ingreso de nuevos competidores.”

SLIDE 25

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- La CNDC aconsejó al Secretario el rechazo de la operación
- Las partes desistieron de la operación antes que el Secretario emitiera su resolución
- Correo Argentino solicitó después su concurso preventivo
- La semana pasada se anunció la estatización del correo

SLIDE 26

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- En el caso Carrefour / Promodès la CNDC analizó la operación que tuvo lugar en Francia y por la cual Carrefour adquirió a Promodès
- En Argentina esta adquisición implicó que Carrefour adquiriera Supermercados Norte.
- La CNDC con fecha 28 de abril de 2000 aprobó la operación pero impuso como condición la abstención de ampliar su base en Rosario, Provincia de Santa Fe durante el plazo de un año

SLIDE 27

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

La CNDC dijo “El elevado grado de saturación y los bajos niveles de gasto observados en el mercado de supermercados e hipermercados de la Ciudad de Rosario y el Gran Rosario indican una situación diferente a la que se observa en el mercado de Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires. Por esta razón ambos mercados no presentan el mismo atractivo y potencial para el ingreso y crecimiento de nuevos competidores. Por lo tanto, un nivel de concentración económica que no despierta preocupaciones competitivas en Capital Federal y Gran Buenos Aires, sí lo hace en el mercado de la Ciudad de Rosario y Gran Rosario. A pesar de haber reunido elementos referidos al ingreso reciente y futuro de nuevos competidores a este último mercado, el grado de desarrollo de estos nuevos competidores no reviste entidad suficiente como para eliminar completamente las preocupaciones que genera la operación notificada.”

SLIDE 28

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- En el caso Lapa / Aeropuertos 2000, la empresa que administra 33 aeropuertos en la Argentina celebró un acuerdo para adquirir Líneas Aéreas Privadas Argentinas, 3ra. línea aérea argentina
- El 15/7/2002 la CNDC rechazó la operación e impuso la obligación de vender las participaciones en el plazo de 10 días desde la notificación

SLIDE 29

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- La CNDC entendió que la operación era contraria al interés económico general por cuanto implicaba una integración vertical entre un participante del mercado de transporte aéreo y el principal explotador aeroportuario del país en detrimento de la competencia y con potencial perjuicio para el interés económico general

SLIDE 30

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- Esta decisión es trascendental por dos razones:
- La CNDC impuso multas a las personas que adquirieron Lapa de Aeropuertos 2000 porque realizaron la notificación en forma tardía
- Hoy Lapa no vuela más, durante el transcurso del año fue estatizada y está en curso de fusión con Southern Winds.

SLIDE 31

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- En el caso Quilmes / Brahma, Brahma adquirió, en forma indirecta, el 37,5% de Quinsa, sociedad controlante de Cervecería y Maltería Quilmes, principal fabricante de cerveza en la Argentina
- La CNDC con fecha 30/12/2002 aprobó la operación pero impuso condicionamientos vinculados con la venta de ciertos activos a empresas que no tuvieran presencia previa en la Argentina (planta de Brahma en Luján y maltería de Quilmes en Llavallol, ambas en la Provincia de Buenos Aires y las marcas de cerveza Palermo, Bieckert, y Norte a opción del comprador). También se impuso la obligación de producir a façon y distribuir para el nuevo competidor por el plazo de 7 años

SLIDE 32

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

Según la CNDC, “las condiciones de competencia se verían afectadas negativamente si la operación fuera aprobada en los términos en que fue notificada. Por otro lado, si la operación fuera prohibida no se lograría aprovechar las ganancias de eficiencia que podrían resultar beneficiosas para los consumidores argentinos y el interés económico general. Esta Comisión entiende que es posible preservar las condiciones de competencia subordinando la operación a una serie de desinversiones y compromisos que deberán cumplir las partes. Tal subordinación hace posible además, el aprovechamiento de las ganancias de eficiencia que resultarían de la propia fusión, cuyos beneficios se trasladarán a los consumidores argentinos.”

SLIDE 33

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

Las restricciones poseen la particularidad que la CNDC pretende que los activos a ser desinvertidos, sean transferidos a “un tercero que no produzca cerveza en la República Argentina, por sí o a través de una empresa controlada; que no mantenga vínculos societarios ni alianzas estratégicas con las partes de la operación al momento de la transferencia; que cuente con los recursos financieros y los antecedentes necesarios para participar como un competidor efectivo en el mercado argentino de las cervezas; y que, a juicio de esta Autoridad, resulte idóneo para preservar las condiciones de competencia en el mercado relevante.”

SLIDE 34

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- El tercero sin presencia previa en Argentina todavía no ha aparecido y si hubiera alguno con interés, deberá ser previamente aprobado por la CNDC
- Al limitar la transferencia a un nuevo competidor del extranjero excluyendo a los embotelladores de cerveza existentes, CCU (embotellador de Budweiser y Heineken) inició un amparo con una medida cautelar (*injunction*) que suspendió la venta de activos hace casi 8 meses

SLIDE 35

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- El caso Brahma/Quilmes trajo una decisión trascendental vinculada con la actuación de terceros en el marco de una notificación de concentración económica
- Isenbeck, competidor de Brahma y Quilmes en Argentina, solicitó a la CNDC ser considerado parte coadyuvante en el proceso de análisis de concentración económica por parte de la CNDC
- El artículo 42 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que el Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante a los afectados en los hechos investigados y, entre otros, a cualquier otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados

SLIDE 36

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

La Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Civil y Comercial Federal dijo:

“Se debe concluir en que la intervención como parte coadyuvante prevista en el artículo 42 de la ley 25.156 está limitada a los supuestos de control de comportamientos, es decir, a aquellos procedimientos en los que, por denuncia o de oficio, se investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por la ley.”

SLIDE 37

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- Otra decisión trascendental de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial está vinculada con la aplicación de la ley de defensa de la competencia en el marco de un concurso preventivo
- En el fallo “*Equipos y Controles S.A. S/ Concurso Preventivo*”, de fecha 27 de diciembre de 2002, la Cámara señaló que no se podía utilizar la Ley de Defensa de la Competencia para excluir a un competidor/acreedor de la votación para la aprobación del acuerdo preventivo
- En este caso, al momento de obtener las conformidades para la aprobación del acuerdo preventivo, la concursada requirió al Juez concursal que excluyera de la aprobación a un acreedor que era al mismo tiempo competidor, ya que poseía un interés contrario (como competidor prefería que se declarara la quiebra de la empresa concursada para que desaparezca del mercado)

SLIDE 38

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

La conclusión del fallo es que no puede excluirse a un acreedor del derecho de prestar conformidad al acuerdo preventivo porque la legislación de quiebras no lo permite. Si se pretendiera aplicar la Ley de Defensa de la Competencia se debería iniciar un denuncia ante la CNDC y solicitar la aplicación de una medida preventiva para suspender la aprobación del acuerdo preventivo

SLIDE 39

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

Por último, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió el 25 de septiembre de 2003 en el caso Telefónica de Argentina S.A., que el dictado de medidas preventivas de cese o abstención de realizar determinados actos en el marco de una investigación debía cumplir con los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil y Comercial

SLIDE 40

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

Dicho Código establece que a los efectos de dictar medidas precautorias, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Probar la verosimilitud del derecho
- (ii) Probar la existencia del peligro en la demora si se esperar hasta el final
- (iii) Otorgar debida contracautela

SLIDE 41

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

- La CNDC dictó varias medidas preventivas sin exigir el cumplimiento del tercer requisito, es decir, sin exigir a las partes el depósito de una garantía para cubrir los posibles daños y perjuicios que la medida pudiera causar
- La Cámara dijo que “en referencia a la contracautela, es útil recordar que la finalidad de ésta es mantener la igualdad entre las partes en el proceso, y constituye un medio que puede servir para asegurar, preventivamente, el eventual crédito de resarcimiento de aquéllos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida”

SLIDE 42

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Perspectivas

- Concentración de la CNDC en el análisis de concentraciones económicas con menor énfasis en la investigación de conductas
- Aumento en el control de concentraciones por baja del umbral como consecuencia de la inflación
- Escasas concentraciones económicas por falta de inversión en Argentina

SLIDE 43

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Perspectivas

- Desinterés del Poder Ejecutivo Nacional en establecer el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico
- Posible extensión del control de concentraciones a nivel del Mercosur cuando la operación involucre adquisiciones de empresas con presencia en más de un país miembro.

SLIDE 44

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

 **MARVAL, O'FARRELL & MAIRAL**

Av. Leandro N. Alem 928
(C1001AAR) Buenos Aires - Argentina
Tel: (54-11) 4310-0100 / Fax: (54-11) 4310-0200
e-mail: marval@marval.com.ar



Dr. Laércio Farina:

Dr. Fernando, muito obrigado.

O Doutor Norberto Moreti, que é especialista em MERCOSUL, talvez pudesse analisar um pouco desta particularidade dos argentinos em relação a eventual ineficiência no MERCOSUL. Em seguida teremos a apresentação do Dr. Leonel Pereznieta Castro, advogado formado pela Universidade Nacional do México, doutor pela Universidade de Paris, ex-membro da Comissão Federal de Concorrência do México, professor de direito da concorrência do Instituto Tecnológico Autônomo do México, conselheiro do escritório Von Wobeser y Sierra da Cidade do México e autor de diversas publicações em matéria de concorrência.

Com a palavra, Dr. Leonel Pereznieta Castro.

Dr. Leonel Pereznieta Castro:

Muito obrigado, Laércio, pela apresentação. Quero agradecer o convite do IBRAC, especialmente do Dr. Mauro Grinberg, para acompanhá-los. Para mim é uma honra.

Vocês têm na pasta o texto no qual minha apresentação se baseia. Como mencionarei apenas alguns pontos relevantes deste texto, seria interessante que vocês se detivessem sobre ele com mais calma.

O México é um país que pela sua posição setentrional na América Latina sempre seguiu um desenvolvimento diferente em muitos sentidos do desenvolvimento do resto da América Latina. Alguns de vocês seguramente não sabem, mas o México surgiu no século XX como produto de uma revolução muito profunda, que durante sete anos deixou um saldo de 10% de sua população civil morta. Foi uma verdadeira guerra civil que mudou as estruturas. Como produto dessa revolução, surgiu um líder revolucionário que se encarnou em diferentes pessoas mas, sobretudo, em um partido político dominante que esteve no poder até três anos atrás.

Na evolução de uma ditadura de partido, cada dia menos rígida, o México viveu encerrado no que nós chamamos de “cortina de *tortillas*” ou a “cortina de *nopal*”. Digo isso porque em 1986, face ao desprendimento do modelo econômico mexicano, o México mudou diametralmente o seu modelo econômico, abrindo-o.

Devido a esta abertura, o México se aproximou de dois foros de negociação: por um lado do foro dos EUA e do Canadá, fazendo os primeiros contatos para um futuro Tratado de Livre Comércio, e por outro lado ficou mais próximo da OCDE para participar como observador e, mais tarde, como membro desta organização. Esta aproximação deu ao México a vantagem de começar a trabalhar com leis e regulções de concorrência.

O México assumiu na discussão do Tratado de Livre Comércio o compromisso de regular alguns de seus setores, entre eles o setor econômico e o setor de concorrência. O capítulo 15 do Tratado de Livre Comércio da América do Norte estabelece a obrigação para os estados-membros de regular seu comércio e sua concorrência econômica. Na realidade, tal disposição foi dirigida exclusivamente ao México, porque dos três países-membros ele era o único que não tinha nenhum tipo de regulação. Por outro lado, os compromissos que assumiu com a OCDE, que lhe permitiu passar a ser membro, eram precisamente encaminhados com o objetivo de fazê-lo instituir uma regulação em matéria de concorrência.

Entre 1986 e 1994, o México teve que modificar por completo sua economia. O problema que tivemos naquele momento -e que seguimos tendo agora- é a presença de um Estado quase absoluto na economia mexicana antes de 1986 em contraposição à presença de um Estado muito regulador

na economia atualmente. Esta é a dinâmica na qual a lei federal de concorrência econômica e a Comissão Federal de Concorrência Econômica, que foi precisamente o órgão regulador da lei, tiveram que se desenvolver.

A lei, na minha opinião, é uma boa sistematização das regras de concorrência dos Estados Unidos. Houve um grande debate e tínhamos três modelos: o primeiro, mais próximo, consistia em copiar ou assimilar as leis de concorrência que já existiam na América Latina; o segundo consistia em copiar ou assimilar as leis de concorrência da Europa por se tratarem de sistemas jurídicos muito mais parecidos com os nossos; o terceiro consistia em assimilar o direito dos Estados Unidos.

Esta decisão político- legislativa no México tem levado setores como os de energia, telecomunicações, proteção ao consumidor, concorrência econômica, meio ambiente, etc. a assimilar o novo direito mexicano. Na época, um professor americano escreveu um artigo muito interessante que tratava da “americanização do direito mexicano”. Essa americanização foi precisamente- ou tem sido, já que continua em processo- a maneira pela qual o México tem buscado vincular-se ao mundo e ao comércio internacional, especialmente através do enriquecimento do seu sistema jurídico pelas regras de direito dos Estados Unidos. Evidentemente, para os comparativistas têm sido uma experiência formidável já que estamos vivendo uma época muito interessante, mas tem-se criado uma série de problemas de ajustes e desajustes do sistema jurídico mexicano.

A lei federal de concorrência tem como objetivo a proteção do processo de concorrência e da livre concorrência mediante a prevenção e a eliminação das práticas monopólicas, bem como as demais restrições ao funcionamento eficiente dos mercados de bens e serviços.

Os autores desta lei enfatizaram que se deveria fazer uma alteração taxativa no seu objeto e somente vinculá-la ao processo de concorrência, deixando fora da discussão a parte correspondente ao consumidor porque já havia uma lei federal sobre isto. Sem dúvida, esta divisão artificial que na prática estamos vivendo não funciona e muitas das decisões da própria Comissão são no sentido de proteger os consumidores. Ademais, como vocês seguramente sabem, o México é um país muito pobre que tem praticamente 40% de sua população em vivendo nos níveis de pobreza, dentro dos quais há cerca de 15 milhões de mexicanos, ou seja, muito abaixo dos dois mil dólares de ingresso por ano.

A lei está estruturada em três colunas: uma define as práticas monopólicas absolutas, as *per se*; outra define as práticas monopólicas

relativas, as *rule of reason*, e a última trata do que chamamos de concentrações, ou seja, os *mergers*. As práticas monopólicas absolutas, como vocês podem observar no texto, formam um quadro muito interessante, em termos gerais, do que foi a época³ em que se discutiu e se aprovou a lei. Tais práticas eram as mais importantes no desenvolvimento.

Um aspecto interessante sobre as práticas monopólicas absolutas, é o fato de que, no último parágrafo do artigo nono, o legislador mexicano inseriu uma nulidade que diz que: “estes atos não produzirão efeitos jurídicos e os agentes econômicos que incorram neles serão merecedores de sanções”.

As partes das sanções e dos efeitos da nulidade têm sido muito discutidas porque a lei pode provocar a nulidade de um ato simplesmente por meio de uma decisão de um órgão administrativo, como é a Comissão Federal de Concorrência. Isto tem sido muito discutido nos tribunais e muitos dos juízos, precisamente nos quais a Comissão perdeu, alegaram que um órgão administrativo não tem competência para provocar a nulidade de um ato.

No que tange às multas, que são sanções pecuniárias, a Comissão também tem sofrido muitos percalços ante aos tribunais mexicanos.

As práticas monopólicas absolutas são muito difíceis de se provar e no regulamento da lei, publicado cinco anos depois da lei, tratou-se de atualizar e de colocar em prática muitos dos critérios que a própria Comissão já vinha utilizando. O problema deste regulamento é que ele foi uma disposição muito moderna e dizia respeito a uma lei que, apesar de ser relativamente recente, ficou um pouco ultrapassada. Então, tal regulamento teve que ir um pouco mais adiante do que a própria lei, o que para a Comissão tem sido muito problemático: é por este motivo que se ataca a constitucionalidade das suas decisões e muitas delas, a despeito de estarem estabelecidas no regulamento, têm sido indeferidas.

Entre essas disposições, de um lado estão os indícios para poder determinar uma prática monopólica absoluta, de outro estão as eficiências. Isto quer dizer que por um lado há critérios que ajudam a determinar estas práticas, mas por outro lado também há critérios que podem deixar ditas práticas sem aplicação. Após os indícios surgem as eficiências, as quais são estabelecidas para que certos tipos de atos não sejam considerados como práticas *per se* e sejam aprovados pela Comissão.

³ Período entre 1992 e 1993.

Quanto às práticas monopólicas relativas, as *rule of reason*, elas são práticas mais complexas. Em média, deve-se primeiro determinar o mercado relevante e logo depois o poder substancial dos agentes neste mercado. A lei estabelece uma lista de sete hipóteses muito interessantes deste tipo de prática e que têm relação com o caso da fração segunda e com a luta constante dos advogados na defesa de seus clientes face à presença importante do Estado regulador. Elas também têm relação com o caso *Pemex*, sobre o petróleo mexicano.

A *Pemex* é uma empresa enorme que por disposição constitucional controla toda a extração, o refino e a distribuição de petróleo e seus derivados. O mesmo ocorre com a companhia de eletricidade do Estado, o que para uma economia moderna realmente significa uma pedra no caminho.

Enfim, há uma série de grandes de monstros estatais com os quais temos que lutar, sobretudo em matéria de regulação de preços. Trata-se de uma batalha constante e que inclui ter poder para demandar tais empresas, objetivando lograr certos avanços.

O terceiro pilar no qual se funda a lei federal de concorrência diz respeito às concentrações ou *mergers*. As regras são bastante claras, permitem-nos trabalhar bem e inclusive conhecer com certa precisão com qual caso nos defrontamos quando ocorre um efeito geral em virtude de *mergers* internacionais no México.

O México, como no Brasil, tem um número muito grande de empresas transnacionais estabelecidas. Tais empresas se incrementaram de maneira substancial a partir da assinatura do Tratado de Livre Comércio. Em um tratado como este, com certa integração nacional, o produto já entra livre nos Estados Unidos e no Canadá, que são mercados muito importantes. Ademais, como resultado da implementação do tratado houve um grande incremento de investimento estrangeiro, que pelo menos nos últimos dois anos segue fluindo no México a despeito de ter parado em outros países em virtude da crise internacional.

Estes são os critérios, claros e específicos, na ordem de salários mínimos traduzidos em dólares para que vocês vejam o que nos têm permitido trabalhar bem.

Antes de apresentar qualquer notificação, sempre marcamos uma entrevista com a autoridade a fim de fazermos ajustes porque a autoridade sempre tem seus pontos de vista. Neste sentido, a Comissão tem demonstrado uma abertura.

Aliás, a Comissão faz dez anos este ano. Houve também uma reunião em Mérida em conjunto com a rede de autoridades em matéria de concorrência e digamos que, apesar das circunstâncias de um estado absolutista já em decadência, felizmente está surgindo um estado moderno no México. Todavia isto vai levar muitos anos para se consolidar, e nesta transição a Comissão tem um papel importante mesmo sendo um organismo concentrado da Secretaria da Economia, a qual exerce muita pressão sobre aquela.

Hoje em dia revelam-se duas grandes tendências no México: uma dentro e a outra fora da Comissão. A tendência, sobretudo dos reguladores, é falar sobre funcionários públicos e sobre o sonho de um Estado regulador. Eles elaboraram um projeto de reforma para a lei federal de concorrência que amplia muito as competências da Comissão a fim de que ela tenha o poder de ingerência em setores nos quais antes ela não tinha. Por outro lado, existe a tendência dos liberalistas de reduzir ao máximo as faculdades da Comissão, inclusive aquelas que ela já tem, para que ela verdadeiramente se dedique à apuração geral da concorrência nos mercados, sem intervir muito neles.

Enfim, esta é a dinâmica vigente hoje : a concorrência, *vis a vis*, a regulação.

O peso específico da Comissão nestes 10 anos reside basicamente na sua capacidade de negociação. O presidente da Comissão Federal de Concorrência é um homem muito inteligente, com uma enorme capacidade negociadora e muita experiência- eu acredito que ele fez um trabalho muito importante.

Contudo, este Estado absolutista mexicano provocou também problemas. Como exemplo disso, temos o caso dos telefones. A empresa telefônica do México era uma empresa estatal que passou integralmente às mãos de um só grupo econômico, isto é, passou de um monopólio de Estado para um monopólio privado. Neste caso, embora a Comissão tenha constantemente combates burocráticos, ela pouco pôde fazer em virtude da enorme potência econômica deste grupo controlador. O mesmo ocorreu com as duas maiores linhas áreas existentes no México.

No México existem várias linhas aéreas regionais, mas há duas delas muito grandes: a *Mexicana Aviação* e *Aéreo México*. A *Mexicana* foi adquirida pela *Aéreo México* num período de seis meses em que se publicou que a lei ia entrar em vigor. Neste momento, algum advogado ou conselho devem ter dito ao acionista majoritário da *Aéreo México* que se comprasse a *Mexicana* teria um lucro que não seria permitido. Ainda assim ele o fez e curiosamente esta compra o impulsionou financeiramente.

Depois de 1995, houve um desastre econômico e esse homem perdeu não só a *Aéreo México* mas também a *Mexicana*, as quais hoje em dia são administradas pelos bancos e pelos credores. A Comissão pode exigir que a administração das duas empresas aéreas seja separada, mas é muito difícil que isto aconteça de fato. Existem alianças estratégicas que fazem com que o custo da passagem aérea dentro da República Mexicana seja muito alto, e isto evidentemente deu lugar ao ingresso de aerolíneas regionais que, atualmente, começam a se tornar nacionais.

Claramente a concorrência surtiu seu efeito: começaram as reduções de preços; a *Pemex* está presente nos postos de gasolina- que são já propriedades particulares- e na venda de lubrificantes. Mas a Comissão também serviu como um fator de reordenação de setores como, por exemplo, o de transporte de passageiros, que é muito grande no México, e o de transporte de carga. Aliás, quanto a este último, hoje em dia já temos o transporte de carga com o Canadá. Todavia, a abertura do transporte de carga com os Estados Unidos segue em litígio.

Neste sentido, o papel da Comissão na reordenação desses setores economicamente fortes foi fundamental, mesmo quando interveio em muitas ocasiões. Pessoalmente defendi o transporte de carga de passageiros e estive em constante discussão com a Comissão neste sentido.

Outro setor que também passou por uma reordenação e no qual a Comissão Federal teve grande importância foi o da distribuição de gás líquido de petróleo.

Enfim, estes eram os pontos que eu gostaria de destacar.

Frise-se também que, existindo decisões da Comissão Federal de Concorrência, estas podem ser apeladas em um juízo de amparo. Tal juízo é um juízo de garantias constitucionais face à tribunais federais, que apreciam as apelações sobre as decisões da Comissão. Isto tem gerado jurisprudência favorável à Comissão em alguns casos; casos foram perdidos por ela como é natural.

Quanto às multas, estas se apelam em face do Tribunal Fiscal da Apelação, onde a Comissão perdeu 80% dos casos. Consequentemente isto deu lugar a uma espécie de cinismo por parte dos agentes econômicos, que parecem dizer: “coloque uma multa que no final do caminho vou ganhar de você!”

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Nosso próximo palestrante é o Dr. Bruno Ciuffetelli, de Caracas, Venezuela. Ele é formado pela Universidade Católica Andrés Bello, com extensão na LSI, *London School of Economics and Political Sciences*, da *London University*. É advogado do escritório jurídico Bessola e Pate; membro da *International Bar Association*, onde desempenha atualmente a função de vice-presidente do Comitê de Concorrência; vice-presidente do *Latin America and Caribbean Steering Group*; detentor de uma condecoração outorgada pelo colégio de advogados da Venezuela- condecoração Armínio Bojas e de outra condecoração outorgada pelo colégio de advogados do Estado de Miranda- a ordem Francisco Espejo. Sua prática profissional é centrada em contratos, *mergers*, telecomunicações e concorrência.

Com a palavra, Dr. Bruno Ciuffetelli. Dr. Bruno, por gentileza.

Dr. Bruno Ciuffetelli:

Obrigado *chairman*. Primeiro agradeço ao IBRAC por este cordial convite. Para mim é um prazer estar com vocês e ver tantos amigos no Brasil, já que vi alguns fora do Brasil: o Mauro, o José Augusto, Tito.

Eu vou fazer minha apresentação em um quarto idioma: o *spanglish*; isto porque meu portunhol não é muito bom e porque eu preparei a apresentação em inglês.

Na Venezuela a lei de concorrência foi criada no ano de 1992, e isto basicamente como consequência de toda a revolução legislativa que necessitávamos naquele momento para poder suportar as políticas de livre mercado. Desafortunadamente, a Venezuela não teve o mesmo destino que tiveram os outros países da região porque todo este processo de liberalização foi seriamente afetado e truncado. Ele começou em 1990, mas depois de 1994 foi desacelerando por circunstâncias meramente políticas.

A agência de concorrência, desde 1992, teve quatro chefes. Em nosso caso, não se trata de um sistema colegiado mas sim unipessoal, isto é, temos um superintendente que toma as decisões e um superintendente adjunto, que é o que se poderia chamar de *prosecutor* ou substanciador das causas, que auxilia o superintendente.

Dessa forma, basicamente depois de 1992 a concorrência se manteve independente apesar de todos os nossos problemas políticos e já podemos desenvolver de certa forma uma doutrina nacional bem interessante, sobretudo em matéria de condutas, não tanto em matéria de *mergers*.

Esta doutrina nacional estabeleceu diferentes tipos de condutas:

- as práticas colusivas, que se chamam condutas horizontais, sujeitas à regra de relação *per se* e nas quais se conformavam nossa doutrina nacional,
- os acordos entre superiores e clientes, que se chamam acordos verticais, sujeitos à regra da razão e que estão em conformidade com a doutrina,
- o abuso da posição dominante, que é igual ao caso argentino, isto é, não castiga as posições de domínio mas somente seu abuso- a doutrina tem apontado que esta é uma conduta *per se*,
- as condutas de poder de mercado, que se chamam condutas colusórias, as quais estão submetidas à regra da razão,
- um *framework*, também de concentrações econômicas que é um *merger control* um pouco peculiar, diferente dos outros países da América Latina,

No tema da concorrência, na Venezuela também temos desenvolvido o que se conhece como competência desleal que, no meu ponto de vista, é uma distorção no tema da concorrência porque está mais vinculado com a propriedade intelectual. Entretanto, temos desenvolvido-na como parte da legislação e da agência reguladora de concorrência.

Quanto às práticas colusivas, a doutrina e a lei dizem que elas estão todas nos acordos, aquisições ou práticas concertadas. Elas são destinadas à fixar preços ou outras condições de comercialização; a limitar a produção, a distribuição, o desenvolvimento tecnológico, a divisão de mercados ou a divisão geográfica; o que se conhece como discriminações de preços ou aplicação de condições diferentes para prestação de similares e também as chamadas cláusulas atadas ou compromissórios, *tine arrangements* em inglês.

Já nos acordos verticais estes todos estão sujeitos à regra da razão e as seguintes condutas estão catalogadas como condutas verticais: a fixação de preços ou outras condições para comercialização ou revenda; a limitação da produção, a distribuição, o desenvolvimento tecnológico e os acordos firmados na forma vertical.

No que tange ao abuso da posição de domínio, como dito antes, na Venezuela é uma relação *per se* que não está submetida a nenhum tipo de análise de eficiência, ao contrário: quando é comprovado o abuso castiga-se a conduta.. Uma posição de domínio existe quando numa determinada atividade econômica levada adiante há um só ente econômico, ou vários entes econômicos afiliados entre si, ou ainda quando existem mais de dois agentes econômicos, mas não existe concorrência efetiva entre eles.

Por isso, usa-se uma série de testes para avaliar se existe a posição de domínio. Primeiro define-se a posição de mercado relevante utilizando as técnicas próprias dessa definição em jurisdições mais avançadas, sobretudo utilizando o teste da substitutibilidade pelo lado da oferta e da demanda. Depois a concorrência efetiva é definida utilizando-se e importando-se ao nosso sistema o que se chama de *index* para determinar se ela existe ou não em um mercado determinado. Quanto às condutas que foram catalogadas no abuso de posição de domínio, temos a discriminação de preços e outras condições de comercialização, as limitações injustificáveis, a produção, a distribuição e o desenvolvimento tecnológico bem como o que se conhece como *refuse*, ou *unjustified denies*, ou seja, recusar-se a oferecer produtos ou serviços. Por fim, temos também os acordos fechados em forma de posição de domínio.

Além disso, temos uma série de condutas que têm-se desenvolvido como concorrência ao longo de sua *case law*: são chamadas condutas de *market power*, ou de abuso de poder de mercado. Estas condutas não entram dentro da categoria de abuso de posição de domínio, mas podem ser realizadas por um ente que não esteja em posição de domínio embora possa causar dano para a concorrência. É por isso que se aplica a regra da razão a estes tipos de condutas.

As primeiras condutas desta espécie são conhecidas como práticas exclusionárias, que são aquelas que não têm um direito protegido pela lei e que estabelecem barreiras para a permanência ou a entrada de maiores competidores no mercado.

As outras são a manipulação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento tecnológico, que são uma espécie de conduta exclusionária, de poder de mercado também.

Por último há as condutas de boicote da livre concorrência, isto é: todas aquelas que tendem a convencer uma terceira parte a não aceitar os produtos e serviços de um competidor. Neste caso, mesmo que a posição de domínio cause o boicote à concorrência e possa ser punida, caso se demonstre que há uma conduta anticompetitiva já há dano ao mercado.

No que diz respeito os regimes de exceções, na Venezuela nós desenvolvemos no ano de 1995 um regime muito similar ao que era o regime de exceções anterior da Comunidade Européia. Isto foi desenvolvido através do regulamento número 1 da lei e neste regulamento as condutas *per se* nunca podem ser autorizadas pela concorrência. As únicas condutas que eventualmente podem ser autorizadas são aquelas submetidas à regra da razão. Neste sentido temos dois tipos de autorizações: as individuais e as autorizações globais.

As autorizações globais são aquelas que estabelecem uma série de condições mínimas que devem ser cumpridas em uma determinada relação contratual, com efeitos econômicos, para considerar que ela mesma não seja violadora da livre concorrência. Dentro dessas autorizações, somente duas exceções foram desenvolvidas até a data: a primeira é a exceção global aos contratos de distribuição exclusiva e a segunda é a exceção global em *franchises*

Nos regimes de concentrações, em *merger control*, temos um regime um pouco peculiar. Até o ano de 1996, a lei tinha uma disposição geral sobre as concentrações que estabeleciam os dois temas: as concentrações que causam diminuição da concorrência e aquelas que causam posição de domínio. Mas quando se teve que desenvolver as regulações de *merger control* no ano de 1996, promoveu-se um grande debate na América Latina. Nossos reguladores na época debateram com os brasileiros e os peruanos se na América Latina haveria um controle das concentrações *ex post* ou *ex ante*.

No caso da Venezuela, decidimos por um controle mais *ex post* que *ex ante* e para o qual se desenvolveu um *framework* de concentrações que é voluntário, ou seja, as notificações das concentrações são voluntárias, exceto no setor de telecomunicações cuja nova lei pode estabelecer um regime de notificação obrigatório.

Se as partes decidem notificar, elas basicamente têm a garantia de que esta concentração não vai ser objetada no futuro. Se o caso da concentração for *clean*, que seja bem vista. Se as partes decidem não notificar e fechar a operação, então elas têm que saber que podem ser submetidas a uma eventual investigação anterior, ou uma avaliação *ex post* de concentração. Assim, pode-se inclusive objetar a concentração da operação a fim de evitar que a concorrência não seja tão diminuída.

Este realmente é um regime muito instável porque não se diz se haverá ou não notificação, o que vai ser feito e investigado. Então, recomendamos os clientes a fazerem uma análise da situação, usando os *guidelines* da pró-concorrência.

Este *guidelines* foram publicados em 1999 e têm cinco passos: a definição de mercados, a avaliação da variação do grau de concentração prévia depois da concentração, a análise da dinâmica da concorrência, as barreiras à entrada e as eficiências econômicas. Isto quer dizer que estamos usando estes *guidelines* dentro do contexto destes ligamentos; consideramos se pode haver erro em potencial daquela concentração ser avaliada dentro dos próximos dois anos, já que na Venezuela temos um prazo prescricional de dois anos nas atividades anticompetitivas. Então, recomendamos notificar previamente a agência de concorrência.

Indubitavelmente a experiência tem nos dito que isto não é bom, porque somente quatro ou cinco concentrações foram notificadas na Venezuela. Ademais, com uma agência de concorrência débil como temos hoje em dia, a qual não tem apoio político, seguir as concentrações que estão ocorrendo na dinâmica mundial é muito difícil.

Nós temos uma nova Constituição que foi promulgada em 1999 como consequência de tudo que foi feito pelo presidente Chaves, que quer mudar tudo mas não mudar nada.. Nela se estabelece uma série de artigos que deu lugar ao *framework* de concorrência. Tais artigos estabelecem a liberdade econômica no art. 112 e uma disposição geral aos monopólios e ao abuso de posição dominante no art.113. O art. 114 estabelece a necessidade de criar leis penais para os agentes econômicos.

A Constituição também tinha uma disposição transitória que obrigava o congresso a emitir uma nova lei de concorrência dentro dos dois primeiros anos da legislação. Este período venceu no início de 2002 e não temos a nova lei de concorrência devido à situação política de nosso país.

Todavia, tem havido uma série de projetos. O mais recente é um de março de 2003 onde se estabeleceu, de forma detalhada, quais são as proibições ou condutas. Vou dividir tais proibições ou condutas em boicotes, práticas exclusionárias, cartéis e abuso de posição de domínio. O projeto estabelece igualmente um novo regime de combate aos cartéis, quais são os acordos horizontais que estão submetidos à regra da razão- a qual está submetido à regra *per se*- e um novo regime de concentrações, assunto recorrentes em todos os projetos de lei.

O último projeto estabelece os *thresholds* de trinta milhões de dólares em ativos ou doze milhões de dólares em venda, com um efeito local só entre os venezuelanos. Só o nosso mercado na Venezuela estabeleceu um sistema de silêncio administrativo positivo, isto é, se nos sessenta dias

seguintes à notificação não houver aprovação, considera-se que a operação está automaticamente aprovada.

No tema de abuso de posição de domínio, incluem-se duas novas condutas que não temos na lei atual : a posição de domínio coletiva e os preços predatórios. Como não temos a posição de domínio na lei atual e se mantém mais ou menos o mesmo sistema administrativo do último projeto.

No penúltimo projeto, que circulava no ano passado, havia uma modificação bem revolucionária que estabelecia as possibilidades de intentar as ações diretamente em um tribunal especializado. Assim, a agência de concorrência deixaria de ser o ente regulador e passaria a ser o ente perseguidor das condutas, o *prosecutor* das condutas. Qualquer parte que se sentisse afetada poderia demandar diretamente a este tribunal de concorrência.

Isto foi eliminado no último projeto de lei de uma forma desafortunada. Atualmente não há um projeto que estabeleça a criação da corte de proteção econômica, mas somente sobre o efeito de *judicial reviews* (revisão judicial da decisão administrativa). Este projeto de lei estabelece sanções muito mais severas já que as penalidades são calculadas em porcentagem das vendas anuais e têm também um caráter de sanções penais, sobretudo em matéria de cartéis.

Por último, gostaria de comentar quatro casos de *recent case development* que houve na Venezuela no último ano no tema de cartéis. A primeira corte do contencioso administrativo, no começo deste ano, revogou uma decisão de cartelização no encontro da Coca-cola- Pepsi. Esta foi uma decisão tomada pró-concorrência, em um cartel em matéria de descontos. Foram condenadas ambas empresas.

Tal decisão foi muito interessante porque foi uma das primeiras decisões que tocou fundo na matéria de concorrência na Venezuela. Na *jurisdicional review*, determinou-se que pelo nosso sistema probatório não é suficiente que tenha havido contato e tampouco é suficiente que os descontos sejam iguais no tempo e na quantidade para condenar uma empresa.

Há vários anos a primeira corte já havia dito que a lista de preços iguais também não era indício suficiente, e isto é o que acontece quando extrapolamos o direito desenvolvido no nosso sistema continental de direito civil. Nosso sistema probatório, que imagino seja similar ao de vocês, estabelece que as evidências têm que ser convergentes, concludentes e concordantes para poderem ser provas plenas. Seguindo este nosso princípio

de direito civil probatório, a corte deixou para trás os conceitos de direito, sobretudo no tema de cartéis.

No abuso de posição de domínio, há uma decisão recente relacionada à Samsung, uma empresa coreana. Ela foi acusada de abuso de posição de domínio por seu distribuidor local que disse que ela estava impondo a prestação de serviços de pós venda em mercados paralelos. Entretanto, a pró-concorrência determinou que isso não é um abuso da posição de domínio porque os mercados e as importações paralelas são perfeitamente permitidas e pró- competitivas.

Em matéria de *mergers*, temos uma situação muito infeliz no momento precisamente pelo que eu comentava antes. No *merger* mundial da Johnson, que adquiriu a marca Baygon da Bayer, eles decidiram notificar. Um competidor foi parte do procedimento- na Venezuela os competidores podem fazê-lo- e a pró-concorrência decidiu dar luz verde à operação.O competidor agora apelou à instância judicial.

Indubitavelmente isto traz uma série de incertezas sobre as concentrações na Venezuela, mas este é o nosso sistema, no qual qualquer competidor afetado pode ser parte.

Então, existindo um sistema voluntário, para que notificar? Para que alguém se torne parte e traga dor de cabeça? Por isso não se notifica, pois a experiência indica que é melhor não notificar.

Por último, um caso de cartéis de cimento muito recente, da semana passada. A pró-concorrência determinou que havia um cartel e impôs as multas mais altas que foram impostas na Venezuela desde a criação da pró-concorrência. Multas de mais de dois milhões de dólares foram impostas contra três grandes multinacionais que são a Semex, a Forcupan e Holdsmann, que mantém todo mercado na Venezuela.

Este é um caso muito complicado e eu tive sorte de não participar dele. Por isso, posso comentar livremente o que ocorreu: disseram que pela primeira vez na história da pró-concorrência foi tomada uma decisão de cunho político, porque estas indústrias haviam apoiado o pátio nacional. No começo do ano, por mias de três meses, tanto os que fazem parte da câmara industrial quanto os empresários e os sindicatos intentaram contra o governo nacional.

Isto foi uma medida de retaliação! Agora dizemos na Venezuela que a posição do governo em não apoiar a pró-concorrência é melhor do que fazê-lo porque eles são neoliberais e não servem para nada. Parece que se

deram conta de que o poder pode ser usado como instrumento político e se vai ser usado com tal, então é muito perigoso.

Com isso eu termino. Se tiverem alguma pergunta, podem fazê-la.

SLIDE 1

DEVELOPMENTS ON ANTITRUST IN VENEZUELA

Bruno Ciuffetelli

Hoet, Peláez, Castillo & Duque
Venezuela
November, 2003

SLIDE 2

Venezuela

- ◆ The Actual Competition Law passed on January, 1992.
- ◆ This Law passed as part of the new pieces of legislation needed to support a new model for the economy (free market system).
- ◆ Since then, four heads of the Antitrust Agency have been appointed.
- ◆ A solid and interesting national doctrine and a case law have been developed by the Antitrust Agency and the Judicial Review System.

SLIDE 3

Venezuela The Current Competition Law

- ◆ The Current Law and Case Law have developed the following types of prohibited conducts:
 - ☞ Collusive agreements (horizontal agreements among competitors)- *Per se Violation*.
 - ☞ Agreements among suppliers and clients (vertical agreements)- *Rule of Reason*.
 - ☞ The abuse of dominant position- *Per se Violation*.
 - ☞ Other unilateral conducts of market power –*Rule of Reason*.
 - ☞ Economic Concentration (Merger Controls)- *Rule of Reason*.
 - ☞ Unfair Competition.

SLIDE 4

Collusive Practices (Violation Per Se)

- ◆ Agreements, decisions or concerted practices aim to:
 - ☞ Price Fixing or other conditions of commercialization.
 - ☞ Limited production, distribution of technological development.
 - ☞ Markets or geographical divisions.
 - ☞ Price discrimination or application of different conditions for equivalent products or services.
 - ☞ Tying Arrangements.

SLIDE 5

Vertical Agreements (Client-Supplier)

- ◆ They are subject to the Rule of Reason.
- ◆ The following conducts are subject to this prohibition:
 - ☞ Price Fixing and other commercialization conditions for resale.
 - ☞ Limitation of production, distribution of technological development.
 - ☞ Tying Arrangements.

SLIDE 6

The Abuse of a Dominant Position

- ◆ Per Se Violation.
 - ☞ Dominant Position exists when an economic activity is carried out by one entity or a group of entailed entities;
 - ☞ If there is more than one person, but it does not exist an effective competition among them,
 - ☞ A relevant market must be defined. The substitubility test is used
 - ☞ The effective competition is measured by using the HHI Index.

SLIDE 7

The Abuse of a Dominant Position

- ◆ Prohibited conducts of abuse:
 - ☞ Discrimination of prices or other commercialization conditions.
 - ☞ Unjustified limitation of production, distribution or technical development.
 - ☞ Unjustified denials to supply products or services.
 - ☞ Application of unequal conditions for equivalent services.
 - ☞ Tying Arrangements.

SLIDE 8

Unilateral Conducts of Market Power

- ◆ Conducts subject to the Rule of Reason analysis:
 - ☞ Introduction of illegal Barriers to the Market: those that do not have a legitimate right protected by the law and impede or raise barriers for the entry or stay of competitors in the market.
 - ☞ Manipulation of the production, distribution or technical development.
 - ☞ Boycott to Free Competition
 - Actions that tend to convince third parties to not to accept the delivery of goods or services of a competitor.

SLIDE 9

Regime of Exemptions

- ◆ Developed by Administrative Ruling No. 1
- ◆ The Ruling ratified the following:
 - ☞ Conducts subject to the Per se Rule (authorization not possible).
 - ☞ Conducts subject to the Rule of Reason (authorization is possible).
 - ☞ Types of Authorizations:
 - ☞ Individual Authorizations
 - ☞ Global Exemptions:
 - Global Exemption on Exclusive Distribution Agreements
 - Global Exemption on Franchises.

SLIDE 10

Economic Concentrations (Merger Control)

- ◆ Economic concentrations are prohibited, specially if they arise from the exercise of a single activity when as a consequence of this activity, free competition is restricted or a situation of dominance results in the market.
- ◆ Developed through the Administrative Ruling No. 2 of the Law. (May 1996):
 - ☞ Voluntary notification system.
 - ☞ Except in Telecom where notification is mandatory according to the new Telecom Law.
 - ☞ If parties decide to notify. Six months evaluation period. If it is approved it cannot be challenged.
 - ☞ If the operation is not notified, it can be investigated at any moment by the Antitrust Agency.
 - ☞ The Agency can impose any type of remedies, even the dissolution of the operation.

SLIDE 11

Economic Concentrations (Merger Control)

- ◆ Guidelines for the evaluation of economic concentrations published in 1999.
- ◆ Five steps assessment:
 - ☞ The definition of the Relevant market.
 - ☞ The degree of market share, before and after the proposed concentration (HHI Index).
 - ☞ The dynamic of competition among competitors in such market.
 - ☞ Barriers of entry.
 - ☞ Economic Efficiencies.

SLIDE 12

New Developments in Venezuela (The New Legal Antitrust Network)

- ◆ In 1999 a new Constitution was approved, which provided for a new regime of economic rights:
- ◆ The Antitrust Constitutional Framework in the 1999 Constitution:
 - ☞ Article 112: Economic freedom without any further limitation established in the same Constitution or in special laws, including the antitrust legislation.
 - ☞ Article 113: General Prohibition to monopolies and to the abuse of dominant position.
 - ☞ Article 114: The need to establish, in the special laws, severe punishment for economic illegal conducts.
 - ☞ Transitory Order 18: it provides for the enactment of a new antitrust law within the first two legislative periods. This period elapsed in December 2002.

SLIDE 13

The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The "New Law")

- ◆ Since the year 2000 three Bills of Law have been prepared.
- ◆ Relevant points of the New Law:
- ◆ A more detailed framework of prohibited conducts: and abuse of dominant position
 - ☞ Boycotts
 - ☞ Exclusionary practices
 - ☞ Cartels
 - ☞ Abuse of dominant position.

SLIDE 14

The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The "New Law")

- > New Cartels Regime
 - > Horizontal Practices Subject to Rule of Reason:
 - ☞ Control of Advertising and other variables of competition.
 - ☞ The application of unequal prices or conditions to equivalent goods or services
 - ☞ Tying Arrangements
 - > Horizontal Practices Subject to Per Se Rule:
 - ☞ Price Fixing
 - ☞ The limiting or restriction of production, demand, distribution, retailing, technical development or investments
 - ☞ The allocation of markets and geographic areas
 - ☞ Bid Rig.

SLIDE 15

The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The "New Law")

New Merger Control Regime

- ☞ A new mandatory notification system for economic concentrations that are above the thresholds established by the Law (assets+ 30 US\$ Million or Turnover + 12 US\$ Million).
- ☞ Sixty days to decide. No decision  approval.

Abuse of Dominant Position:

- Collective Dominant position or oligopoly
- Predatory pricing as new form of abuse.

- ◆ Maintains an Administrative System.

◆ The Superintendency

- ☞ An autonomous body (instituto autonomo).
- ☞ The head (Superintendente) is the decision making body.
- ☞ The Deputy head (SUperintendente Adjunto) is in charge of prosecution.

SLIDE 16

The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The "New Law")

- ◆ Economic Court:
 - ☞ Three Judges.
 - ☞ Judicial review Instance
- ◆ Leniency and Immunity Arrangements with the Commission.
- ◆ Statute of Limitations extended up two years from the date of the last occurrence of the conduct.
- ◆ More Severe system of sanctions:
 - ☞ 20% of the annual sales of the companies involved.
 - ☞ High Fines for lack of cooperation and notification of mergers.
 - ☞ Application of rules and sanctions of the criminal legislation when is applicable to the antitrust violation.

SLIDE 17

Recent Case Development

- ◆ Cartels:
 - ☞ First Administrative Court annulment of cartel case against Coca Cola and Pepsi
- ◆ Abuse of Dominant Position:
 - ☞ Samsung
- ◆ Merger:
 - ☞ Johnson and Johnson acquisition of Baigon brand from Bayer.
- ◆ Cartels
 - ☞ Cement industry. Fines over US\$ 2 Million

SLIDE 18

DEVELOPMENTS ON ANTITRUST IN VENEZUELA

Thank you.

Any questions?



Dr. Laércio Farina:

Muito obrigado, Dr. Bruno. Pelo interesse do tema e pelo respeito ao horário, encerramos a parte internacional deste primeiro painel.

Vamos passar a palavra ao Dr. Norberto Moretti, diplomata de carreira e atualmente chefe da divisão de defesa comercial e salvaguardas do Itamaraty. O Dr. Norberto Moretti chefiou o setor de política comercial da embaixada do Brasil em Washington entre 1995-99 e também chefiou o setor do MERCOSUL na embaixada brasileira em Buenos Aires entre 1999-2002.

O Dr. Moretti tem uma formação interessante: ele é graduado em filosofia e história. Ele vai nos dar uma idéia a respeito da participação do Itamaraty nas discussões relativas a *international trade* que têm se desenvolvido ultimamente.

Dr. Norberto Moretti, por gentileza.

Dr. Norberto Moretti:

Antes de tudo eu gostaria de agradecer, mais do que a gentileza, mas a própria generosidade de ter sido convidado porque na verdade entendo muito pouco de defesa da concorrência. A justificativa para que eu esteja aqui não é mais do que o fato de que a divisão que eu chefiou tem a responsabilidade no Itamaraty de coordenar a participação do governo brasileiro em negociações comerciais que envolvem o tema em alguns foros.

Vejo na platéia pessoas que levam, do ponto substantivo, a nossa posição: a Dra. Bárbara Rosenberg, o Cleveland, que muito participou, o Luis Fernando, o CADE, ou seja, os órgãos do sistema de defesa da concorrência que na verdade conduzem essas negociações do ponto de vista substantivo. Então, o meu objetivo aqui é apenas dar a quem não esteja mais familiarizado com essas negociações uma notícia, como dizia o Dr. Laércio, do que está essencialmente acontecendo. Sobretudo, e aqui há um declarado interesse prático, objetivo ouvir de quem tem interesse em dizer alguma coisa sobre o que deva ser a nossa posição nas negociações durante os meses que se aproximam, especificamente da ALCA. Portanto, tenho aqui o objetivo de ouvir quem tem interesse em falar, de modo que possamos eventualmente levar em consideração suas opiniões e perspectivas neste tema.

Dessa forma, além da ALCA, vou mencionar dois outros foros internacionais de negociação que acho importantes para nós no âmbito de participação do governo brasileiro que são: a OMC- um pouco do que aconteceu em Cancun e do que nos espera- e a OCDE.

Eu devo dizer a vocês que, por razões burocráticas, não me ocupo diretamente do MERCOSUL embora tenha alguma informação sobre o assunto. Eu também não me ocupo diretamente das negociações que temos com os europeus, mas se eu puder eventualmente sanar alguma dúvida ou dar algum esclarecimento, o farei com muito prazer.

Gostaria de começar pela ALCA e volto a frisar que a minha intervenção é na verdade uma notícia e que pretendo provocar algum tipo de reação em vocês. Em poucas palavras, o que aconteceu nos últimos meses com relação à negociação da ALCA foi que o governo do presidente Lula entendeu que era necessário provocar uma alteração da arquitetura negociadora, já que ela jogava contra os nossos interesses neste momento da história.

Então, nós essencialmente propusemos “os três trilhos”, que consistia em tomar o conjunto de temas que estavam em negociação e dividi-los em três foros de negociação, deixando num foro hemisférico um conjunto muito limitado de obrigações e jogando boa parte dessas matérias para os acordos bilaterais. O terceiro grupo de temas iria para a OMC e passaria a ser negociado no foro multilateral.

A concorrência era um caso curioso porque ela aparecia somente em dois destes trilhos: no hemisférico no multilateral. A razão para tanto foi a de que naquele momento, quando a proposta foi formulada e apresentada, não se sabia se o tema teria algum desenvolvimento na OMC. Portanto, nós não sabíamos onde efetivamente o tema teria algum algum desdobramento significativo, então nós o deixamos nestes dois foros.

Esta proposta chegou ao seu limite de viabilidade política em outubro e foi necessário ajustá-la. O resultado final deste ajuste foi plasmado de algum modo na reunião ministerial de Miami, recém terminada.

Como resultado de Miami- e isso tem importância direta para o tema de concorrência- acordou-se que a ALCA terá uma estrutura jurídica que contemplará um conjunto de obrigações comuns a todos os países-membros, num nível de ambição a ser determinado mas em princípio relativamente modesto, o qual seria complementado pela possibilidade dos países interessados assumirem obrigações adicionais nos nove temas que

compõem a ALCA. Ou seja, na verdade o que hoje se prevê como resultado de Miami é que haja duas negociações: uma envolvendo todos os países, que contemplará um conjunto de obrigações comuns; outra envolvendo obrigações voluntárias das quais participariam aqueles países que têm interesse naqueles temas.

Mas como essas obrigações vão se relacionar? E como essas duas negociações vão se articular? Ainda não está claro, mas o fato é que mudou a própria arquitetura dessa negociação e a do acordo que dela resultará por obra da missão diplomática brasileira.

Onde estamos agora? Nós estamos num ponto em que determinada essa nova arquitetura, em fevereiro do ano que vem os vice-ministros terão a tarefa nada fácil de delimitar as áreas que vão estar contempladas por essas obrigações comuns. Eu digo nada fácil porque há diferenças e tensões importantes e essa nova arquitetura, que foi objeto de uma ação muito intensa por parte do Brasil, não foi, não é e não será aceita tranquilamente por muitos países do hemisfério por algum tempo. Mesmo os Estados Unidos, que por razões de realismo político entenderam que era necessário compor com o Brasil, evidentemente tentarão expandir essas áreas de obrigações comuns quando formos delimitá-las.

O que já foi ou está sendo feito nesta tarefa, que é a mais urgente e significativa no que diz respeito a ALCA, trata-se de definir matérias técnicas de negociação, ou seja, mais lances no complicado xadrez político. Neste ponto, devo fazer um *mea culpa* porque a capacidade de articulação entre o Itamaraty e os órgãos de defesa da concorrência foi a possível, mas não a ótima nos últimos meses.

O que foi feito e onde é que estamos neste momento? Na reunião ministerial de Miami e na reunião precedente do comitê de negociações comerciais, que é a instância que supervisiona as negociações, o MERCOSUL pôs na mesa um primeiro papel que alinhava essas áreas que estariam contempladas nesse conjunto de obrigações comuns.

Nesta proposta do MERCOSUL para a defesa da concorrência surgem três temas: transparência, cooperação e consulta. Alguns perguntarão porque um cardápio tão magro. A resposta, na verdade, tem natureza política. Nós entendemos que em algum momento era necessário pôr sobre a mesa um conjunto de áreas de negociação que fossem politicamente viáveis para todos os participantes deste jogo, sob pena de não chegarmos ao seu final- e isso vale não só para concorrência, mas para todos os outros temas.

Esta tentativa de delimitar essas áreas não foi adiante porque ficou evidente em Miami que não seria possível avançar politicamente além do acordo que se chegou, já que para tanto seria necessário alterar a estrutura da negociação naquele momento. Isto vai ser feito pelos vice-ministros em fevereiro.

Aqui coloco uma indagação: em que medida nós poderíamos ser mais ambiciosos na proposição destas áreas que estariam neste conjunto de obrigações comuns. Seriam elas magras demais? É o que é possível? Já é um avanço nas Américas ter obrigações comuns em transparência e em cooperação. Dessa forma, o Brasil deveria assumir voluntariamente um papel um pouco mais protagonista ou não?

Apenas para concluir, recordaria a todos que se trata de um exercício político do qual as negociações não podem prescindir. Aliás, apenas para ilustrar essas dificuldades e as contradições a que ela está submetida, no curso das negociações temos situações em que determinados países têm uma atitude de tal modo determinada por considerações políticas que passam a alterar a própria definição da substância. Por exemplo, o Canadá e os Estados Unidos propõem que qualquer matéria substantiva que seja contemplada em qualquer obrigação multilateral ou hemisférica não cubra, por exemplo, empresas privadas, apenas monopólios e empresas estatais. Isto causa uma certa estranheza, mas volto a dizer essa posição é determinada mais por razões de ordem política do que de ordem substantiva.

Enfim, este é o momento em que estamos na ALCA. Fevereiro será um momento importante, porque terminar-se-á de desenhar o quadro em que os países vão se mover. Evidentemente, isto terá um impacto direto no que pode vir a ser uma disciplina hemisférica em matéria de concorrência e em matéria dos outros oito temas que estão sobre a mesa.

Eu queria apenas dizer que o fundamento do diagnóstico do governo brasileiro de que era necessário alterar esta arquitetura negociadora é, em parte, devido ao fato de que em todos os grupos negociadores, inclusive no de concorrência, havia-se chegado a um limite negociador caracterizado por impasses que não eram simples de resolver, o que recomendava portanto uma alteração.

Sobre OMC e OCDE, e estou fugindo um pouco das Américas, creio que vocês devem ter acompanhado pela imprensa os resultados da Conferência Ministerial de Cancún. Mas o que talvez tenha sido menos noticiado na imprensa foi o papel que de algum modo desempenhou o tema da concorrência em Cancún e qual a sua correlação com o resultado da

Conferência Ministerial. Aliás, não há hoje informação na imprensa sobre o que se está pensando em Genebra com relação à concorrência e o que podemos esperar nos próximos meses, quando o processo negociador multilateral se põe em marcha outra vez.

Essencialmente, a concorrência foi um dos quatro temas que de algum modo ajudou o não resultado que tivemos em Cancún. Como vocês sabem, concorrência sempre foi um tema de interesse dos europeus, que o colocaram sobre a mesa junto com os chamados “temas de Cingapura” para que permitissem que eles fizessem concessões em agricultura. Ou seja, a lógica política era a de que expandindo a agenda, os europeus poderiam vender politicamente nas comissões e entre os países-membros da Comunidade a idéia de concessões cruzadas em agricultura.

Por isso os europeus faziam tanta questão dos temas de Cingapura e da concorrência, muito embora a agricultura tenha tido um papel importantíssimo no resultado que houve em Cancún. O fato é que, em termos muito concretos, foi a resistência dos países, especialmente do sudeste asiático e da África, em aceitar as negociações dos quatro temas- sobretudo em investimentos e concorrência- que levou ao resultado que tivemos.

Curiosamente, isso foi pouco divulgado pela imprensa e no momento mais crítico da conferência Ministerial os europeus decidiram abandonar o tema de concorrência. Eles resolveram parar de exigir que a concorrência entrasse no modo negociador, o que talvez revele que os europeus nunca deixaram de ter um interesse meramente tático- não substantivo- no tema. Enfim, foi mais “um bode” do que qualquer outra coisa, de modo que a relevância disso para o futuro deve residir no esforço em se estabelecer o que vai ser feito em termos de defesa da concorrência na OMC nos próximos meses.

O que se está vislumbrando no horizonte é o que se chama em Genebra do *unbundling*, ou seja, separar esses quatro temas de Cingapura: defesa da concorrência, investimentos, transparência, compras governamentais e facilitação de negócios. E diante da resistência política insuperável dos países africanos e do sudeste asiático em tratar sobretudo de concorrência e investimentos, o que parece é que deixaremos esses temas para serem tratados apenas do ponto de vista quase que acadêmico e ver o que poderemos fazer daqui a quatro, cinco, seis anos.

Para concluir este tema, o Brasil sempre teve uma posição construtiva em relação ao tema da concorrência, isto é, nunca estabelecemos qualquer tipo de dificuldade. Ao contrário, encaramos como vantagem

qualquer tipo de avanço no tratamento multilateral deste tema. Mas também não deixamos de condicionar avanços nos quatro temas, inclusive no de concorrência, ao avanço na área agrícola; tínhamos o argumento do “toma lá, dá cá”, próprio de negociações comerciais internacionais, e o utilizamos como uma arma naquele momento para defender nossos interesse na agenda agrícola exatamente como outros países que tinham os mesmos interesses.

Quanto à OCDE, vocês sabem o Brasil é membro observador do Comitê de Concorrência. Temos uma participação brilhante dos órgãos de defesa da concorrência, que apresentam sistematicamente papéis e intervenções. Tal participação é reconhecida pelo secretariado da OCDE e pelas outras delegações.

Neste momento, o Comitê de Concorrência passa por uma definição dos seus membros plenos e dos seus observadores; há uma demanda grande de países para se tornarem membros do Comitê e recentemente tivemos uma reunião no Itamaraty com o sistema de defesa da concorrência, na qual houve uma avaliação unânime de que seria muito positivo para o Brasil se fôssemos membro pleno do Comitê de Concorrência. Então, o que decidimos fazer foi inserir esta avaliação quanto a uma eventual transformação do Brasil em membro pleno no conjunto da reflexão que está em curso no governo quanto ao relacionamento entre o Brasil e a OCDE.

Nós entendemos que era necessário integrar este aspecto da defesa da concorrência a um conjunto mais amplo, que é o do relacionamento do Brasil com a OCDE. Isto porque não queríamos um comprometimento muito firme com a OCDE em determinadas áreas e um comprometimento muito débil em outras.

Temos indicações de que a OCDE pensa em convidar o Brasil para aderir à organização como membro pleno e isto também está sendo considerado pelo governo. Evidentemente, se nós integrássemos a organização como membros plenos a questão da adesão como membro pleno do Comitê de Concorrência não seria colocada já que seríamos membro da própria organização. Mas neste momento isto ainda é uma possibilidade.

De qualquer forma, nesta reunião que fizemos no governo houve esta unanimidade, de modo que veremos nos próximos meses o que é necessário e possível fazer para estabelecermos um relacionamento o mais produtivo possível com a OCDE.

Eu terminarei aqui.. Como eu disse, foi apenas uma nota informativa do que está acontecendo em termos de negociações comerciais ou de

relacionamento do Brasil com foros internacionais que têm relação com concorrência. Assim, quando vocês pensarem em concorrência em foros internacionais, não deixem de considerar que concorrência entra no quadro daquilo que eu entendo como um esgotamento do mundo com a normatização internacional de vários aspectos da vida das sociedades. Ou seja, acho que essas repetidas demonstrações contrárias à OMC por exemplo, demonstram que há uma percepção em muitos países de que a normatividade internacional alcançou um limite político que não pode ser desconsiderado. Boa parte da resistência dos países em desenvolvimento, dos países do sudeste asiático e da África à concorrência na Conferência Ministerial de Cancún guarda relação com isso, ou seja: basta de normatividade internacional, de imposição de regras internacionais que limitam de algum modo a capacidade dos países de gerir a sua coisa pública, a sua sociedade, etc.

Então, parece-me que é um dado importante a ser considerado e que não deixará de influenciar o tratamento multilateral e mesmo hemisférico que o tema de concorrência terá assim como outros temas.

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Muito obrigado Dr. Norberto. De fato é muito interessante esta última colocação a respeito da satisfação do mundo acerca de normas internacionais.

Nosso próximo palestrante, o professor João Grandino Rodas, evidentemente neste foro dispensa a apresentação, mas vou fazê-la com uma nota. O professor Grandino, além de mestre em ciências políticas por Coimbra, mestre em direito por Harvard, diplomata, professor catedrático de direito do Largo de São Francisco é também, e eu não sabia disto, formado em pedagogia. Quiçá esteja aí a explicação do recente upgrade qualitativo do sistema de defesa da concorrência, principalmente considerada a juventude de algum de seus membros. As habilidades pedagógicas do professor Rodas podemos observar até nos recém-chegados como, por exemplo, no conselheiro Scaloppe para ver de que maneira elas se aplicam.

O professor Rodas está lançando juntamente com o Dr. Gesner de Oliveira, um livro de direito e economia da concorrência pela editora Renovar. É pré-lançamento porque o livro ainda não está pronto, mas parece ser uma obra muito interessante que reúne a experiência dos últimos dez anos da concorrência no Brasil e de presidência do CADE.

Com este intróito e esta observação sobre tal faceta, que eu desconhecia, do professor Rodas passamos a ele a palavra. Assim: Dr. Rodas, presidente do CADE.

Dr. João Grandino Rodas:

Eu agradeço muitíssimo a possibilidade de estar aqui presente ao presidente da mesa, Dr. Laércio Farina e ao presidente do IBRAC, Dr. Ubiratan Mattos. Foi uma satisfação inesperada e nunca pensada poder começar a fazer parte desta comunidade, comunidade esta em que as pessoas estão juntas, embora a tensão entre elas nem sempre seja somente dialética. Pelo jeito, todos gostam porque mudam de lugares e de setores mas não saem da comunidade. Isto é a prova de que há alguma coisa de interessante.

Vou procurar falar sobre três aspectos. Em primeiro lugar, algumas observações gerais sobre direito da concorrência das Américas; em segundo lugar, rapidamente sobre o estudo de competição, concorrência e cartéis nas Américas da Organização dos Estados Americanos; no final algumas observações sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, em especial sobre o CADE.

Eu lembraria que, pegando o mote que meu caro conselheiro Moretti acabou de colocar, na realidade o que nós percebemos é uma influência mútua entre as preocupações de entidades internacionais e a legiferância interna. Se perguntássemos qual, nos últimos quinze anos, foi o mais importante fato ocorrido no âmbito da concorrência, todos nós diríamos que foi justamente o número incrível de Estados que passaram a ter regras específicas sobre direito da concorrência. Realmente é algo assombroso! Deve chegar a quase metade do total dos Estados existentes: por volta de 190, número de Estados hoje no mundo, metade possuem regras específicas sobre direito da concorrência, sendo que pelo menos em mais de 60, além de possuírem regras de defesa da concorrência, possuem também órgãos específicos para sua implementação.

Se olharmos no âmbito de nosso seminário, e levando em conta o inventário que foi feito justamente no âmbito da ALCA, nós lembraríamos que as primeiras emanções do direito concorrencial na América Latina e no Caribe foi a lei argentina de 1919. Em seguida a lei mexicana de 1934, depois Chile e Colômbia promulgaram leis *antitrust* em 1959 em seguida o Brasil, em 1962. Contudo, quase metade das legislações hoje vigentes na região foram criadas na última década do século XX. Peru e Venezuela em

1991, Jamaica em 1993, Costa Rica em 1994, Panamá em 1996, *Saint Vincent* em 1999 e mais recentemente o Uruguai em 2001.

Pelo menos sete países: Belize, Bolívia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Trinidad e Tobago estão buscando esta legislação e se olharmos as constituições da região elas protegem e garantem a concorrência indiretamente por livre disposições relativas a liberdade contratual, comercial, e garantias da iniciativa privada. Também algumas diretamente proibiram monopólios- exceto os estatais que são uma das máculas, por assim dizer, que nós verificamos no hemisfério- a excessiva concentração do poder econômico e a abusiva manipulação de preços.

Portanto, o que se nota é que existe essa colocação. A abertura das economias latino-americanas e caribenhas durante as últimas décadas do século passado e o crescente entusiasmo em abraçar políticas e leis de concorrências foram acompanhadas por escassez de recursos, falta de independência dos órgãos implementadores e ainda pela falta de experiência e limitação de capital humano para colocar em prática a legislação concorrencial.

Portanto, o que nós notamos é que este hemisfério é paradoxal neste sentido porque possui de um lado mais ao setentrião os dois países que começaram a se importar com esta questão, não porque fosse uma política de Estado, mas porque houve um poder muito grande das forças vindas da sociedade: é o caso do Canadá e dos Estados Unidos. Por outro lado, temos também os países mais atrasados no mundo em sentido de preocupação com a concorrência.

Então o hemisfério é interessante nessa preocupação. O que percebemos é que justamente os países de menor densidade econômica, os da América Central e os insulares caribenhos, todos eles têm procurado através da maior eficiência aderir a processos de mercados. Os governos começaram um trabalho de dismantelar as economias super reguladas para permitir flexibilidade e promoção, embora no que tange à concorrência todos eles reclamam muitas vezes que suas economias talvez não resistam a uma entrada daquelas regras já específicas concorrenciais no *standard* mínimo que o resto do mundo já está acostumado. Eles pedem muitas vezes uma moratória, um prazo para poderem realmente passar a regular concorrencialmente através dessa questão.

Se olharmos a implementação do antitruste na região, vamos ver que ela vem melhorando, mas se verificarmos a *global competition review*, vamos perceber que em 2003 o Chile ficou em vigésimo oitavo na classificação competitiva entre 102 economias do mundo, o México em quadragésimo sétimo, Trinidad Tobago em quadragésimo nono, a Costa Rica

em quinquagésimo primeiro, o Brasil em quinquagésimo quarto e o Peru quinquagésimo quinto.

Quer dizer, notamos que estes países vêm suavemente baixando suas classificações nos últimos anos. Este quadro é importante porque dá sim uma visão de conjunto, mesmo que nem sempre se consiga fazer com que a concorrência possa ser algo que possa estar de uma forma bastante grande no dia a dia. Em segundo lugar, dentro desse quadro, a Comissão Jurídica Interamericana, que é um órgão hoje da OEA mas que foi criado em 1906- está prestes a completar daqui a poucos anos seu centésimo aniversário- sendo o mais antigo órgão jurídico criado em nível internacional ainda em vigência no mundo, é o principal órgão de cooperação jurídica colegiado da Organização dos Estados Americanos. Tal órgão fez um estudo ao qual só vou me referir, mesmo porque ele vai ser publicado brevemente no próprio *site* da comissão jurídica interamericana da OEA nas quatro línguas oficiais, que trata da concorrência e dos cartéis nas Américas. Tal estudo, com quase cem páginas, denota uma pesquisa bastante grande e principalmente conclusões que foram tomadas a partir de questionários que foram respondidos por mais de 20 dos 34 países das Américas, o que é um recorde já que normalmente na própria OEA, quando se faz um questionário, se houver seis ou sete respostas significa um grande progresso.

Então o que se nota é um interesse dos pequenos países do Caribe, da América Central, tão grande quanto aos dos demais na consolidação do direito concorrencial nesse hemisfério.

Mas a parte a qual eu gostaria de dedicar os dez minutos que restam, seria justamente sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, e em especial sobre o CADE. Eu acho que tem toda razão o Dr. Aranovich quando disse que nós não nos devemos ficar atrás de máscaras de hipocrisia, e como aqui estamos em comunidade, estamos falando do que interessa a todos nós.

Há poucos dias, o ministro da fazenda disse o seguinte: “a demora dos processos no CADE contribui para diminuir os investimentos estrangeiros no Brasil”. É claro que quando ele disse no CADE, ele quis significar o sistema brasileiro de defesa da concorrência, porque é um nome que acabou incorporando todos eles. A própria *global competiton*, até dois anos atrás com todos os seus tentáculos mundiais, ainda analisava só o CADE como se não existisse mais nada no sistema brasileiro de defesa da concorrência. Portanto, é algo que todos fazem e inclusive os dois últimos presidentes da República já mencionaram o sistema brasileiro de defesa da concorrência

como um todo, falando só da sigla do CADE. Logo, o ministro da fazenda também o fez e eu concordo plenamente com ele. A demora dos processos realmente contribui para a diminuição dos investimentos.

Nós sabemos- e eu posso testemunhar os últimos três anos e meio- que houve e vem havendo uma tentativa no sentido de diminuição do tempo de demora dos processos. Mas deveria dizer, a título absolutamente pessoal já que não estou sendo porta voz do CADE como um todo, que o fato é que aquelas tentativas que todos conhecemos de abreviar os processos nas secretarias e no CADE vem funcionando para processos menos importantes, mas não para processos mais complexos, mais importantes e que são mais conhecidos na mídia.

O que nós percebemos, por exemplo, é que talvez o ministro da fazenda tenha feito essa observação baseado no que ocorreu com o primeiro dos processos que foi submetido ao APRE (Acordo de Preservação e Reversibilidade), que é algo que eu reputo extremamente importante embora sem deixar de lado a importância das medidas cautelares. Tal acordo é importante porque engessa as empresas, mas não pode fazê-lo por muito tempo.

Ocorre que neste primeiro processo, o caso da Novonodiski, aconteceu justamente isso: meses e meses se passavam e ele não era julgado, até que esta empresa comunicou que ia se retirar do país. Isto porque não é possível uma empresa deixar passar o tempo econômico engessada, perguntando para sete senhores, por mais ilustres que possam ser, se devem vender alguma coisa, se podem mudar alguma coisa, se podem mudar tal marca, se podem contratar alguém para fazer publicidade, etc. Então, na realidade, não houve correria no CADE de maneira nenhuma e por acaso naquela semana o processo estava para ser julgado.Finalmente ele foi julgado e se sobreveio a questão.

Dessa maneira, realmente o que se nota é que isso acontece. Qual seria o diagnóstico que eu daria? A primeira razão que eu reputo para essa demora é justamente a diversidade de órgãos instrutores e órgãos do sistema. Nós sabemos que nos últimos quinze anos o que percebemos no Brasil foi uma proliferação de órgãos a partir da medida provisória do presidente Collor. A partir daí, o que nós notamos foi a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, que depois passou a ser a Secretaria de Direito Econômico e a assunção por parte do Ministério da Fazenda de órgãos- nós notamos um aumento.

Percebe-se que vem havendo uma corporificação dos três órgãos e que cada qual partiu de pequenas cidadelas espalhadas e foram se fortificando tanto que hoje em dia se imagina, muitas vezes, que os três sejam três campos absolutamente independentes. Nós sabemos que atualmente existe uma boa

vontade nunca antes vista, mas não adianta só boa vontade se temos órgãos e chefias separadas bem como forças centrípetas dentro delas.

Além disso, acho que há um outro aspecto a ser notado que é uma crescente passagem do controle concorrencial do Brasil de órgãos do Estado para órgãos de governo. Estamos percebendo isso claramente: o CADE é um órgão de governo e há outros órgãos de Estado, ou seja, é uma dualidade a ser levada em consideração.

Portanto, uma das coisas seria fazer com que um único órgão fosse um órgão instrutor- e isto é uma opinião pessoal. Por mais que se queira separar assuntos e fazer clivagens, isto obviamente só redundará em duplicidades pessoais e em maneiras de pensar, aumentando a demora.

Outro caso concreto, recente e importante é o caso *Nestlé – Garoto*. Analisando o caso, vamos notar que na segunda etapa ele ficou 11 meses nas duas secretarias para obter os dois pareceres. Sobre a parte do CADE falarei logo mais. Na realidade sabemos que enquanto o processo está na secretaria ele está, em última análise, sob condução do secretário. Ele tem o poder de fazer com que aquele processo possa ser encerrado em um determinado momento. Mas havia nas duas secretarias e no CADE todo aquele afã escrito e propagado de se fazer algo mais célere. Portanto, pessoalmente acho que qualquer outra solução que possa ocorrer, seja mantendo o sistema atual, seja instituindo órgãos instrutores aliados, seja mudando *ratione matéria* a questão, isto não resolverá o problema.

Em segundo lugar, é a problemática da lei. O *threshold* baixíssimo faz com que nunca parem de entrar novos processos, processos estes que são celeremente colocados porque não são tão importantes no sentido nem tão demorados, mas que tomam o pouco tempo que as pessoas têm para lidarem com a problemática.

Outro problema é o encerramento da instrução. Trata-se de outra questão polêmica porque talvez este seja o único tribunal onde a instrução nunca se encerra. Nós verificamos que há os pareceres das secretarias que chegam ao CADE, há pareceres da procuradoria e há pareceres do Ministério Público que continuam a instrução, fazendo com que ela não se encerre. Isso obviamente pode ser diferente, porque como disse, nas secretarias o secretário é o último condutor da questão, podendo fazer com que ela possa ser abreviada, deixando de entrar em detalhes tão estratosféricos que não têm a mínima necessidade de serem examinados.

Quando ela chega ao CADE o relator tem o poder de fazer o mesmo, mas o fará se quiser. É aí que tomamos novamente como exemplo o caso Nestlé-Garoto, que está há onze meses no CADE. É claro que os próprios advogados e os terceiros interessados muitas vezes apresentam documentos e têm interesses em aumentar ou não o tempo. Aliás, muito embora as empresas estejam submetidas ao órgão também, é obvio que o próprio relator pode atalhar em um determinado momento.

Portanto, com referência ao encerramento da instrução, eu coloco até uma questão: de que vale num processo um parecer da SEAE que foi dado há quatorze meses atrás, se depois dele continuaram a ser colocadas novas questões nos autos? Ele foi absolutamente parcial e inicial? Logo, este é um aspecto a ser considerado nessa questão, e mesmo sem mudança de lei há a possibilidade de se atalhar essa colocação.

Obviamente os advogados muitas vezes fazem isso, e eu também faria se fosse advogado, mas para isso é que existe o condutor do processo: para tomar alguma providência.

Uma outra questão muito discutida no CADE é sobre os votos vista. A problemática dos votos vista é algo que nunca vai acabar em todos os tribunais, nem mesmo nos tribunais membros internacionais. Entretanto, ela é uma problemática que pode ser diminuída.

Eu só lembraria de um sistema que se iniciou ainda na gestão anterior e que pode ser aprimorado, qual seja, uma reunião antecipada dos conselheiros em seminários para resolver as questões. Entretanto, eu dou dois exemplos: um mais antigo e outro mais recente. O primeiro ocorreu há quase dois anos, quando num dos grandes processos os conselheiros ficaram esperando na mesa que se tirasse xerox do voto porque o relator do processo não queria que nem seus pares soubessem da decisão que ele iria dar. Portanto, o xerox chegou até quente nas mãos dos seis conselheiros, que só naquele momento ficaram sabendo o que o conselheiro havia votado. Isto ocorreu naquele processo da Globo.

No exemplo mais recente, alguém levando dois processos para o seminário interno, disse assim: “esse processo é assim e assado, mas não vou dizer o resultado para vocês. Vocês vão saber na hora”. Então, realmente se nota que dentro desse sistema de votos vistas é obvio que os votos continuarão a ser em número muito maior do que desejável.

Com referência aos precedentes judiciais, nós sabemos que não há no Brasil o *estare deixisis*, mas é claro que o CADE se preocupa em examinar

os precedentes da justiça. Entretanto, não imagino que seja pura e simplesmente para fazer uma adequação absoluta das suas decisões às decisões judiciais. Todos aqui sabem e mesmo os economistas que aqui estão já aprenderam que cada processo vale para cada caso específico. Portanto, nem todos os casos são semelhantes e um precedente jurisprudencial não é razão para uma mudança.

Não estou dizendo com isso que pessoalmente não pense que se deva mudar alguma coisa, mas não quero que vocês imaginem que um ou dois precedentes que pura e simplesmente não chegaram ao Supremo Tribunal Federal por falta de aspectos processuais devam ser a bíblia do CADE. De qualquer forma, acho que o CADE tem que aprender com o sistema judiciário e este também terá que aprender com as decisões do CADE, especialmente objetivando reformar uma ou outra daquelas decisões que foram tomadas neste sentido.

Em última análise eu não poderia deixar de falar sobre os projetos de lei. Lembraria que em maio do ano 2001, quando o ministro Malan estava na presença do ministro da justiça e de todos os secretários e conselheiros do CADE, ele disse que em quinze dias iria um projeto de lei para ser examinado pelo Congresso.

Mais recentemente, várias colocações da imprensa também diziam há quatro meses atrás que em quinze dias um anteprojeto de lei iria ser colocado à vista do Senado e da Câmara. Até hoje não foi.

Na realidade, creio que isso é algo importantíssimo. Nós notamos o tempo passando- já estamos em 2004- e muitos dos problemas que temos só existem porque a lei não nos permite fazer diferentemente.

Só para encerrar, lembraria que saindo de uma conferência realizada na Câmara dos Deputados há algum tempo atrás sobre a lei de introdução ao Código Civil, um advogado me procurou e disse assim: “eu concordo com o senhor que se deveria fazer dessa ou daquela forma; a lei de introdução ficaria bastante clara, mas e nós advogados como é que ficaríamos depois?”. Com a lei sendo tão clara certamente os advogados não seriam tão acionados. Eu só espero que no âmbito da defesa da concorrência isso também não ocorra.

Muito Obrigado.

DEBATES

Dr. Laércio Farina:

Meus agradecimentos à clareza, à franqueza, e sem dúvida à oportunidade bem apercibida pelo Dr. Rodas de trazer questões sensíveis ao debate neste foro- local adequado para discutir com os profissionais da área os problemas e aventar as soluções. Na verdade, os seminários do IBRAC têm na sua origem este tipo de debate, no qual se apercebeu bem o professor Rodas.

Vamos passar à fase dos debates e eu vou pedir uma gentileza: como estamos gravando esta sessão, eu peço que aqueles interessados em fazer as perguntas levantem a mão. Eu vou tentar obedecer a ordem e peço que se identifiquem, identificando também aquele a quem a pergunta é endereçada por gentileza

Professor João Bosco, por gentileza.

Dr. João Bosco Leopoldino, professor da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e ex-conselheiro do CADE:

Eu me julgo no dever de concordar integralmente com a exposição feita pelo meu amigo João Grandino Rodas, atual presidente do CADE, mas devo dar um esclarecimento porque foi mencionado um voto de que eu fui relator. Preciso dar este esclarecimento porque na verdade, vejam bem, o voto não estava pronto e eu fui procurado pelos advogados de ambos os lados que me pediram um prazo para apresentar memoriais.

Então tive que adiar o relatório, e se não me falha a memória, foi publicado no diário oficial no dia vinte e um de fevereiro de 2001, antes do carnaval. Eu aproveitei o carnaval para ler os memoriais e para dar a última redação no voto. A sessão seria no dia sete de março e no dia seis de março eu fui procurado por uma conselheira e por vossa excelência, pedindo que eu adiasse a minha decisão no dia sete, não é verdade?

Eu lhe disse que não adiaría o meu voto porque o meu mandato venceria no dia vinte e um. Além disso, eu tinha que dar aquele voto porque estava trabalhando nele há bastante tempo; vali-me da jurisprudência norte-americana e européia, enfim, fiz toda uma análise para poder chegar a uma conclusão. Se ele seria vencido ou não, isso não me importa. O fato é que a

matéria do ponto de vista doutrinário era um problema de *essential facilities*, de acesso ao mercado que me parecia muito importante e gostoso do ponto de vista doutrinário. Eu me delicieei com aquilo que fiz, mas fui procurado, me neguei a adiá-lo e no dia sete de março eu dei o voto.

Lembra-me que vossa excelência suspendeu a sessão porque o voto tinha sido novo. Quando eu saí da sala de sessão um advogado, não me lembro quem, me bateu nos ombros e disse assim: “conselheiro, o senhor queimou a sua recondução”. Bom, na verdade eu já tinha queimado no dia treze de janeiro quando vossa excelência me perguntou quando eu estava chegando atrasado de um seminário em Londres. Naquele seminário vossa excelência perguntou: “Não está trabalhando pela recondução?” E eu lhe disse: “Presidente eu não quero recondução [...]”, por vários aspectos que eu mencionei.

Mas eu quero só dizer que o voto não foi entregue quente aos conselheiros não. Ele foi entregue dentro de um prazo até muito limitado que tive para estudar, principalmente em atenção aos advogados que me pediram para eu apresentar meu memorial. Era somente este esclarecimento.

Dr. Laércio Farina:

Parece que a pergunta é dirigida ao Dr. João Grandino Rodas. Até eu teria uma pergunta: se a sua lembrança sobre o caso é tão boa porque o senhor perdeu um carnaval em cima do voto?

Dr João.

Dr. João Grandino Rodas:

Quando me referi ao voto, não foi ao seu. Foi a um outro. Talvez você já estivesse saindo, mas foi um outro voto de um conselheiro muito ilustre que saiu do CADE e atingiu funções mais elevadas. Todos sabem quem foi.

Dr. Laércio Farina:

Muito bem. Ultrapassados os esclarecimentos prestados de parte a parte, nós temos uma pergunta . Eu vou pedir por gentileza para aqueles que vão se manifestar que façam realmente perguntas. O rapaz que está de camisa preta no fundo, pode levantar e se identificar por gentileza?

Dr. Arthur Badin, chefe de gabinete da Secretaria de Direito Econômico:

O objetivo deste painel era traçar um diagnóstico do direito da concorrência na América Latina.

Eu endereço minha pergunta ao professor João Grandino, que entra no último semestre do seu mandato à frente da autoridade antitruste brasileira. Infelizmente talvez no ano que vem já não o tenhamos como presidente.

Então eu gostaria que o senhor fizesse um balanço da sua gestão nestes últimos quatro anos, destacando a parte administrativa, a situação que o CADE se encontra hoje, a evolução ou involução que houve no direito da concorrência nesse tempo, o acompanhamento das decisões do CADE e o funcionamento do CAD-CADE. Gostaria de uma prestação de contas, todos nós gostaríamos de saber sua visão. Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Desde que seja rápida a prestação de contas.

Dr. João Grandino Rodas:

Em primeiro lugar eu gostaria de lembrar a diferença básica entre as secretarias e o CADE está no fato de que o CADE é um órgão colegiado, não possui chefe. O presidente é meramente um coordenador administrativo e tem algumas funções que a legislação lhe dá, mas a questão básica da condução processual, por exemplo, fica absolutamente a cargo de cada conselheiro relator.

Então isto é importante porque é uma diferença fundamental. Eu reputo a colegialidade como muito importante. Acho até que a problemática dos pequenos desencontros que existem pela falta da colegialidade seja um mal absolutamente menor. É muito melhor que seja assim e que as decisões não sejam monocráticas ou que não sejam tomadas por pessoas que, em última análise, estejam ligadas ao chefe e podem amanhã não estar.

Isto realmente dá uma superioridade. Daí porque esta preocupação que vejo na diminuição de decisão por órgãos de Estado, que é uma tradição desde 1962, para órgãos de governo nos últimos quinze anos no que tange à questão do direito da concorrência. Porque é óbvio que mesmo um subsecretário, apesar de ser altíssima a sua importância, levará em conta que

ele depende do secretário, e que este depende do ministro visceralmente.

Portanto, não digo de maneira nenhuma que existe uma incapacidade das secretarias, mas acho que esse balanço existente no Brasil hoje, em que a instrução é feita por órgãos governamentais e a decisão por órgãos de Estado, é algo bom muito embora nós saibamos que é muito mais importante instaurar processos do que julgá-los.

O próprio poder judiciário é um poder absolutamente passivo e só julga o que tem. Nós sabemos, por exemplo, da importância dos procuradores e dos promotores do Brasil porque eles têm o poder de começar ou não a ação.

Mas deixando esta questão de lado, acho que é muito importante de se verificar que nestes últimos três anos e meio notamos um número alto de processos julgados seguindo aquela tendência que já existia antes desse período. Isto entretanto não é virtude minha porque como eu disse, a condução processual é algo absolutamente pessoal do relator.

Com a maior rapidez na apreciação, nós podemos notar que o número de processos julgados há dois anos atrás chegavam a oitocentos; hoje beira 700. Isso se deve basicamente à diminuição do número de processos que entram, principalmente de fusão e incorporação, em virtude da diminuição da atividade econômica internacional no Brasil pelas razões que nós sabemos. Mas ainda assim acho que isso é bastante importante.

A colocação do acordo de preservação de reversibilidade é outro instituto, que se bem usado, faz com que possamos mais claramente usar medidas cautelares de forma consensual porque sabemos que tais medidas foram muito pouco impostas no passado justamente pelo temor de que elas pudessem não vir a ser realmente efetivas, ser suspensas pelo judiciário, etc.

Por outro lado, na questão do acompanhamento das decisões do CADE, lembro também que o CADE-CADE agora vai ser corporificado. Com o pessoal que vai poder ser contratado a partir desta nova medida provisória, não há decisão nenhuma que seja só do presidente, todas elas serão homologadas pelo plenário. Portanto, o plenário participa com todos os sete conselheiros que apreciarão os aspectos positivos e os aspectos negativos que o sistema de acompanhamento possa vir a ter.

Portanto, eu gostaria que a administração destes três anos e meio continuasse nos próximos três anos. A partir de agosto de 2000 ocorreu algo bastante importante: quando nós tomamos posse só havia o conselheiro Thompson Andrade e eu de remanescentes e isso é algo que esperamos que não ocorra

mais. Nós todos tomamos posse em julho e no dia 11 de agosto conhecemos pelo diário oficial a medida provisória com referência à leniência, etc, Entretanto, absolutamente nenhum dos sete conselheiros que estavam no CADE sabiam sequer que o problema estava sendo examinado; isto foi examinando posteriormente justamente para fazermos o trabalho que acabo de mencionar.

Isso foi feito absolutamente às claras porque na própria exposição de motivos da medida provisória e da subsequente, está dito explicitamente que o CADE não sabia; quem sabia eram os órgãos das secretarias.

Então realmente eu acredito que este tipo de coisa é que atrasa a problemática do sistema e não estou falando das secretarias atuais porque não há mais ninguém lá daquela época. Felizmente, isto vem diminuindo e o que percebemos a partir daí é que todas as legislações e projetos foram feitos de uma forma consensual. Trata-se de uma grande vitória do CADE, ou melhor, de todos os conselheiros, os antigos e os novos.

De fato, ocorreu uma mudança fundamental entre 2000 e hoje. Por exemplo: o projeto inicial de 2000 sequer contemplava o volume CADE obviamente para que uma marca conhecida fosse esquecida; em segundo lugar, imaginava a junção e o Tribunal da Concorrência seria um apêndice dentro de uma agência.

Então notem que isso foi evoluindo com a ajuda da OAB, de todas as forças da sociedade que viram justamente que nós estávamos perdendo um aspecto no qual éramos tradicionais.

Dessa maneira, acho que a grande vitória de todos os conselheiros antigos togados nesses últimos quatro anos foi justamente isso. Creio que, embora tudo seja possível, dificilmente poderemos mudar essa questão tão acendrada no sentido de que se quisermos realmente resolver o problema isto é algo do qual não podemos escapar, mesmo que se unifiquem as secretarias. Assim, a questão do CADE como um órgão julgador independente é algo que passou a ser absolutamente aceito e que é difícil de ser mudado.

Entretanto, é necessário que os órgãos justifiquem a cada momento a que vieram e o CADE não está infenso a isso. A colegialidade do CADE deve ser mantida, mas que isto não passe a ser uma razão para que ele seja colocado como o fez o ministro da fazenda, com toda razão. Senão teremos mais uma razão para que acabem os órgãos de governo no Brasil lidando com a questão de competência.

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Antes de passar para a próxima pergunta- tenho mais dois inscritos - uma sugestão do Dr. Mauro Grinberg. Eu gostaria de instigar os senhores para que a discussão seja em cima de temas relativos ao próprio título deste painel. Nós tivemos aqui apresentações extremamente interessantes com exemplos vindos de outros países e eu gostaria realmente de instigar a platéia a debater o tema da concorrência na América Latina. Por sugestão do Dr. Mauro, após duas perguntas que já estavam previamente inscritas- do Dr. Pietro e do Dr. Onofre- eventualmente sugeri que o mesmo tipo de balanço feito pelo professor Rodas seja feito pelo Dr. Bruno Ciufetteli em relação à América Latina.

Dr. Pietro, por favor.

Dr. Pietro Ariboni, advogado e diretor de cursos do IBRAC:

Foi ressaltado pelos nossos dois companheiros o fato de que as autoridades deveriam se voltar mais para o exame das condutas. A esse respeito eu perguntaria para os companheiros Aranovich e Castro: na Argentina e no México qual é a estrutura legal que haveria para dar condições de exame dos fatos? E quanto ao comportamento das autoridades ? Isto em relação aos abusos do poder legal decorrente do uso de direitos de propriedade industrial, como no caso do abuso em relação à utilização de direitos de patente que dão direito novamente às licenças compulsórias, considerando, portanto, estes abusos como atos infrativos da livre concorrência.

Em relação ao nosso filósofo Dr. Moretti, eu perguntaria se na arquitetura do comportamento do governo nas relações comerciais com os vários blocos econômicos se está levando em conta que, na medida em que se luta pela abertura dos mercados, em que se quer eliminar barreiras de entrada, se está se levando em conta seriamente o nosso nível de capacidade competitiva internacional. Ou seja, se está se levando em conta que ao abrir os mercados nós talvez tenhamos um influxo de importações muito maior do que teríamos condições de exportar, e que, portanto nem sempre a abertura para o mercado global pode ser algo positivo e benéfico nesta época.

Dr. Laércio Farina:

Então, para ganhar tempo, por gentileza Dr. Fernando. Parece que a primeira pergunta é dirigida ao senhor.

Dr. Fernando Aranovich:

Bem, a estrutura legal na Argentina é perfeita porque a única modificação importante que se fez em setembro de 1999 foi a inclusão do controle das concentrações econômicas. A lei é menos precisa na redação que a lei, mas o organismo que atualmente se ocupa do tema faz o mesmo que fazia antes: analisa condutas e ademais concentrações. O que ocorre é que há um notável empreendimento, quer dizer, investigar condutas, revê-las e atuar como juiz criminal requer esforços de forças que se ocultam. Isto é trabalhoso. Atender concentrações é muito agradável porque os empresários convidam-no para o almoço, os advogados são muito gentis e todo mundo apresenta papéis, etc. Naturalmente, a tendência no órgão de controle é cuidar das concentrações e não das condutas, com uma só exceção.

Leonel fez referência às características reguladoras autoritárias dos estados, o que é quase uma constante na América Latina. Isto se manifesta com mais ênfase nos períodos iniciais do governo, em que as autoridades usam os organismos reguladores para fazer investigações que interessem a elas. Por exemplo, neste momento na Argentina está se discutindo a renegociação dos contratos com todas as empresas e concessionários de *public utilities*: gás, telefone, energia elétrica, e etc.

Curiosamente neste momento, a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, instigada pelo governo, iniciou uma investigação de condutas e colusões no mercado de gás em pequenas garrafas, coisa que não ocorria e que nem motivaria ser feita individualmente até que a Comissão recebeu o chamado da autoridade. Isto também atrapalha o processo de análise.

Com relação ao tema de patentes, na Argentina existem leis específicas e isto não é abuso. Os motivos de conflitos se resolvem nos tribunais federais. Os abusos por patentes não tem sido tratados na Comissão de Defesa da Concorrência embora durante muito tempo havia a intenção de se criar uma legislação pela qual se reconheceu as patentes medicinais na Argentina.

A Argentina se caracterizou durante muitos anos pelo “roubo” de patentes produzidas por outros laboratórios e sua comercialização no país. Finalmente se conseguiu uma lei há poucos anos e este é um tema que está bastante em discussão.

Dr. Leonel Pereznieto:

Obrigado Fernando. Em uma resposta muito breve, darei dois exemplos sendo um deles o que eu já havia mencionado de gás líquido de petróleo. Os distribuidores de gás líquido de petróleo tiveram durante cinquenta anos o preço máximo regulado e por problemas na troca do governo, com a subida do presidente Fox, descoordenaram-se as políticas de fixação de preços, não se fixando o preço no momento determinado. Em dois meses, depois de cinquenta anos, o preço aumentou. Houve realmente um preço concertado, mas isto porque os produtores de gás LP conversavam a cada quinze dias para saber qual era o preço fixado pela *Pemex*. No momento em que a *Pemex* deixou de fixar, eles seguiram falando por telefone e fixaram um preço.

Depois de dois meses volta-se outra vez a regular os preços. Nestes dois meses a Comissão Federal de Concorrência Econômica do México tira uma fotografia e diz: “práticas monopólicas absolutas - fixação de preços”. Este é um caso típico no México das consequências da regulação, por isso hoje há um grupo muito importante de tendência, incluindo a mesma Comissão Federal de Concorrência, cujo objetivo é trocar completamente a lei, reduzi-la drasticamente e se esquecer de mercados relevantes de poder substancial. Isto porque ao final a Comissão teve a tendência de usar estes instrumentos para fazer “paletós na medida”.

No caso de propriedade industrial, a única experiência que tive direta foi como comissionado. Isso já faz oito anos, mas queria dizer que meu último caso foi de importação paralela de run *Bacardi*. A empresa *Bacardi* mexicana é uma empresa muito grande, poderosa e apresentou uma denúncia em compras de importações paralelas. Fez-se uma análise e evidentemente este ato não foi procedente.

Dr. Laércio Farina:

Dr. Norberto, por favor.

Dr. Norberto Moretti:

Obrigado. Em relação à sua pergunta sobre a conveniência de maior ou menor abertura do mercado: evidentemente há uma decisão genérica ao iniciarmos qualquer participação em qualquer negociação de que estaremos melhor com uma maior abertura que com menor abertura, seja porque ela induzirá a maior competitividade de setores internos, seja porque nós teremos ganhos de acesso aos mercados em outros países.

Mas sem prejuízo disso, nesta negociação, como em todas as outras, há instrumentos de redução do impacto direto da própria abertura nos setores sensíveis. Coloca-se este conjunto de setores no que se chama de cestas, ou seja, cestas de abertura mais lenta e portanto de maior tempo para preparação dos setores sensíveis ao influxo de maior importação. Mas este tema é vivíssimo, sobretudo neste governo, e evidentemente a negociação de acesso a mercados não deixará de contemplar esta sensibilidade da estrutura produtiva brasileira.

Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Dr. Onofre, sei que para o senhor é uma tarefa árdua fazer uma pergunta rápida e simples e de resposta também simples, mas vamos tentar.

Dr. Onofre:

Não será. Eu queria voltar ao tema colocado pelo Dr. João Grandino relativo ao tempo despendido nos exames dos atos de concentração e às dificuldades que isso cria. Especialmente o aspecto de que são três órgãos e que há, em certos momentos, uma disparidade na condução disso.

Se nós voltarmos no tempo, verificaremos que em relação à primeira Resolução 15 havia uma previsão de cunho prático que não exigiu qualquer mudança na lei e que poderia perfeitamente ser readotada. Tratava-se da reunião inicial entre o conselheiro relator e os dois secretários, ou seus representantes, com as empresas requerentes. Isto estava previsto na primeira Resolução 15.

Não é por outra razão que a lei estabelece que quando se protocola um ato de concentração isto é feito em três vias. Então se há uma questão de sucessividade entre os pareceres e a decisão. Há também uma determinação

legal de que os três órgãos estejam habilitados desde o primeiro momento para o exame do ato de concentração. As reuniões iniciais eram feitas na sala do Conselho Monetário Nacional e o relator e os representantes da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico ouviam diretamente das partes interessadas a exposição do caso. Lá compareciam os executivos, os quais faziam a exposição e eram interrogados a respeito de aspectos considerados mais relevantes. Depois que as partes se retiravam, o relator, os secretários e os que os representassem harmonizavam os seus pontos de vista em relação aquele caso e qual seria o rumo da instrução.

Isto era um fator de harmonização e de celeridade que foi eliminado quando se modificou a Resolução 15 e que poderia perfeitamente, data máxima vênua, voltar a ser adotada. Isto, ao meu ver, seria claramente um fator de eficiência. Pergunto ao Dr. João se ele vê nisso um caminho até que se consiga fazer as alterações na lei.

Dr. João Grandino Rodas:

Eu diria ao Dr. Onofre que isso foi feito recentemente quando se tratou do ato *Varig – TAM*. De uma forma bastante rápida foi tomada uma decisão. Houve uma reunião em Brasília e outra em São Paulo em que estavam os secretários dos três órgãos. Portanto, isto é possível de ser feito mesmo sem mudança na Resolução 15.

Todavia, gostaria de aproveitar esta questão para talvez completar o que já foi dito: todos aqueles esforços que as secretarias e o CADE vêm fazendo nos últimos anos para abreviar os processos têm surtido efeito porque eles estão mais rápidos. Nós notamos isto ainda que a imprensa não os divulguem por não serem tão complexos e interessantes no sentido da mídia.

Ocorre que todo este esforço parece não existir. Para o povo parece que ninguém está fazendo nada, especialmente porque estes processos mais importantes costumam ser os mais longos pelas razões que nós sabemos. Então, quando eles aparecem surgem reclamações.

Neste sentido, posso fazer o seguinte testemunho, por exemplo: nestes três anos e meio se há uma coisa que eu nunca vi foram pressões do executivo ou do judiciário. Às vezes o executivo ou o legislativo dizem para resolvermos deste ou daquele jeito, mas realmente não houve absolutamente nada de significativo, o que às vezes até me espanta.

Entretanto, o que eu venho notando ultimamente é uma reclamação básica, não só do executivo e dos ministros mas também de senadores e deputados. Em grande número, eles reclamam assim: “há demora, há demora...” Dessa forma, todo esforço que vem sendo feito por tanta gente não aparece porque os casos emblemáticos demoram.

Na realidade essa é a verdadeira colocação da questão: não há absolutamente reclamação no sentido disso ou daquilo. O fato é que aquilo que está aparecendo o está de uma forma que distorce a realidade. Isto ocorre não só nos jornais mas também no Senado, que é um órgão que tem uma ligação absoluta com o CADE porque é o que faz a sabatina. Eu tenho certeza que nas próximas sabinas que teremos, os coitados dos nossos futuros colegas vão ter que pagar este preço. Eu diria que se nota, não de um mas de dez senadores, quase que uma revolta com referência à demora destes processos.

Realmente a questão que ele coloca poderia ser feita pelo menos nos casos mais importantes. Mas, se caso contrário, as duas secretarias e o CADE tivessem se preocupado só com os casos importantes elas estariam muitíssimo bem na mídia. Eles diriam: “olha como são relativamente rápidos!” Mas como isto não foi feito, fica muito mal sabermos que aqueles sessenta dias previstos na lei para o CADE examinar o processo de concentração estão praticamente na mesma razão dos prazos estabelecidos para os juízes em vários artigos do nosso relativamente novo código de processo, mas que absolutamente nunca são colocados em prática.

Logo, isso é um modo de acabar com aquela tradição e até mesmo fazer com que o colegiado possa dizer: “Para que tanta gente se é para demorar tanto?”. Isto poderia ser resolvido por um burocrata, depois por um Ministro de Estado e ser visto em grau de recurso pelo judiciário dentro da lei geral de direito administrativo.

É justamente isso que todos nós não queremos que ocorra porque seria um retrocesso. Para isso, nós precisaríamos fazer também um esforço incrível na questão dos cartéis justamente como esamos fazendo com os outros processos. É justamente esta a problemática do CADE! E já que estamos sendo sinceros, ela tem sido mais vista nesses últimos meses justamente porque as secretarias, especialmente a Secretaria de Direito Econômico, estão muito ativas e fazendo muito bem o seu papel.

Nota-se, na realidade, um descompasso. Mas como ora eles estão fazendo e acontecendo como podem estar com um processo há um ano no CADE sem julgamento? Então é esta a descompensação que desmerece o órgão aos

olhos dos nossos senadores. É difícil o dia em que não recebo pelo menos dois telefonemas de senadores, nestes últimos meses, reclamando da demora: “o que vocês precisam? Precisam da gente, de alguma coisa? Porque assim não dá!” Justamente porque a Secretaria de Direito Econômico vêm fazendo o seu dever de casa de forma bastante bem feita e muito bem exposta ao público.

Enfim, é isto que precisaria ser visto também do lado do CADE, isto é, se é que gostariam que continuasse essa bandeira da colegialidade tremulando no mastro do Brasil.

Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

Muito obrigado professor. Antes do encerramento eu gostaria de passar a palavra ao doutor Bruno Ciuffetelli para a última colocação.

Dr., por favor.

Dr. Bruno Ciuffetelli:

Podemos basicamente concluir que na América Latina nos últimos doze anos- de 1992 até agora- aconteceu o nascimento e o crescimento do *antitrust* ou das regulações de políticas de concorrência, as quais vêm associadas a aberturas do mercado sobretudo econômico. É como um menino que cresceu e agora está numa etapa de adolescência. Precisamente por estar na etapa de adolescência creio que é muito perigoso o que pode acontecer de agora em diante.

É muito perigoso porque se não se fizer com cuidado creio que podemos cair em algo típico que ocorre na América Latina : a falta de institucionalidade das instituições. Isto me preocupa e é o que está ocorrendo em alguns países com suas agências de concorrência como no Peru, na Venezuela e na Argentina. Tais agências tiveram papéis muito importantes nestes primeiros anos, mas agora parecem umas agências em decadência, sem apoio e sem presença.

Vejo que elas nascem em outros países, mas em países menores do que os nossos. Então, qual é o futuro do *antitrust*? Não sei. Pode ser que a proximidade possa ser a salvação da agência de concorrência da América Latina. Ela encerra a *International Competition Network*, ocorrida no México este ano

e que me impressionou muito. Este seria o foro onde se poderia apoiar nossa agência de concorrência para aí sim poder seguir-se fortalecendo. Do contrário, são os países cujos ideais e atos políticos podem afetar nossas instituições.

Isto é o que eu queria dizer.

Dr. Laércio Farina:

Muito obrigado Dr. Bruno. Eu quero agradecer a presença dos nossos palestrantes mais uma vez, em nome da diretoria do IBRAC. Anotando aos senhores que o painel da tarde, embora previsto para as quatorze horas começará às quatorze e meia. Gostaria também de me desculpar com os três colegas que pediram a palavra para fazer perguntas: realmente em razão do adiantado da hora não foi possível atendê-los.

Muito obrigado.

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

Dr. Michael Reynolds:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obrigado.

SLIDE 1

Merger Reform in a global context

Michael J. Reynolds
Head of Anti-Trust Group

ALLEN & OVERY, BRUSSELS
28th November, 2003

SLIDE 2

Overview

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

SLIDE 3

Levels of antitrust fines imposed

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

SLIDE 4

List of current Member States

European Union (“EU”)

Austria	Italy
Belgium	Luxembourg
Denmark	Netherlands
Finland	Portugal
France	Spain
Germany	Sweden
Greece	United Kingdom
Ireland	

European Economic Area (“EEA”)

EU MEMBER
STATES PLUS:
Norway
Iceland
Liechtenstein

SLIDE 5

Enlargement of the EU

From 1st May 2004:

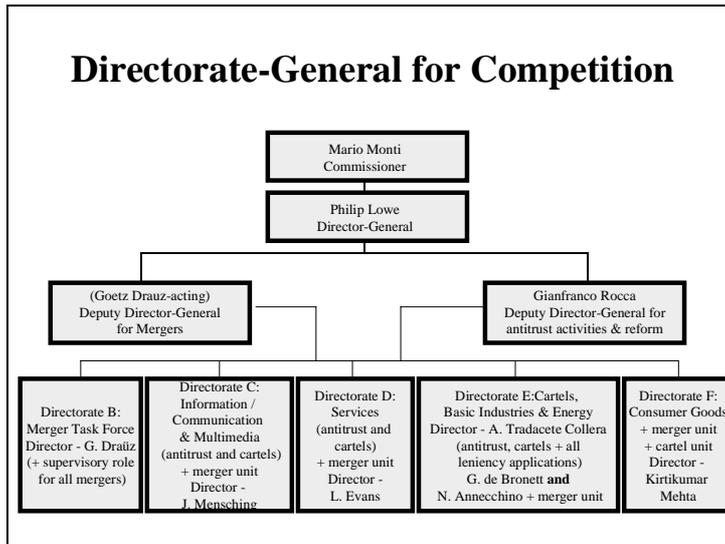
- ◆ Cyprus
- ◆ The Czech Republic
- ◆ Estonia
- ◆ Hungary
- ◆ Poland
- ◆ Latvia
- ◆ Lithuania
- ◆ Malta
- ◆ The Slovak Republic
- ◆ Slovenia

SLIDE 6

Reorganisation at DG COMP

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

SLIDE 7



SLIDE 8

Mergers - Introduction

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

SLIDE 9

Mergers - Cases

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

SLIDE 10

Mergers - Cases *cont.*

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

SLIDE 11**Mergers - Cases *cont.***

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

SLIDE 12**Mergers - Cases *cont.***

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

SLIDE 13**Mergers - The Need for Reform**

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

SLIDE 14**Mergers - Reform Process**

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

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

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

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

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

SLIDE 17**Mergers- Reform Process- *cont.***

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

SLIDE 18**Mergers- Reform Process. *cont.***

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

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

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

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

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

SLIDE 21

Mergers - Challenges & implications

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

SLIDE 22

For More Information

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

London Office

One New Change
London EC4M 9QQ
UK

Brussels EU Office

268A Avenue Tervueren
Brussels B-1150
Belgium

New York Office

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

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

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

T: 212 610 6300
F: 212 610 6399

Michael.Reynolds@allenoverly.com

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Sérgio Bruna:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obrigado.

SLIDE 1

Controle de Atos de Concentração em um Contexto Global

Brasil - Será que merecemos as críticas?

Sérgio Varella Bruna
IX Seminário Internacional de Defesa da
Concorrência

Novembro 2003

SLIDE 2**Estrutura de Tópicos**

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

1

Objetivo:

Não é formular críticas ao Sistema

Convite à reflexão sobre regras de controlo de atos de concentração

Oferecer idéias ao debate

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

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

2

SLIDE 4

Principais críticas internacionais

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

3

SLIDE 5

Avanços já realizados

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

4

SLIDE 6**Avanços a realizar**

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

5

SLIDE 7**Avanços a realizar**

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

6

SLIDE 8

O que já está ao nosso alcance

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

7

SLIDE 9

O que já está ao nosso alcance

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

8

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

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

9

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

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

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

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

10

SLIDE 12

O que já está ao nosso alcance

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

11

SLIDE 13

Pode já estar ao nosso alcance

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

12

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

Gabriela Mamede, advogada do escritório Pietro Ariboni:

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

Dr. Michael Reynolds:

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

Dr. Ubiratan, a palavra é sua.

Dr. Ubiratan Matos:

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

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

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

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

Dr. Michael Reynolds:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Então com a palavra o Dr. Jorge Fagundes.

Jorge Fagundes - IX Seminário

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado.

SLIDE 1

IBRAC – IX Seminário Internacional
de Defesa da Concorrência - 2003

Jorge Fagundes E-mail:

jfag@unisys.com.br

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

SLIDE 2

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

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

SLIDE 3

I - Introdução

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

SLIDE 4

II - Padrões de Incorporação

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

SLIDE 5

Padrões de Incorporação

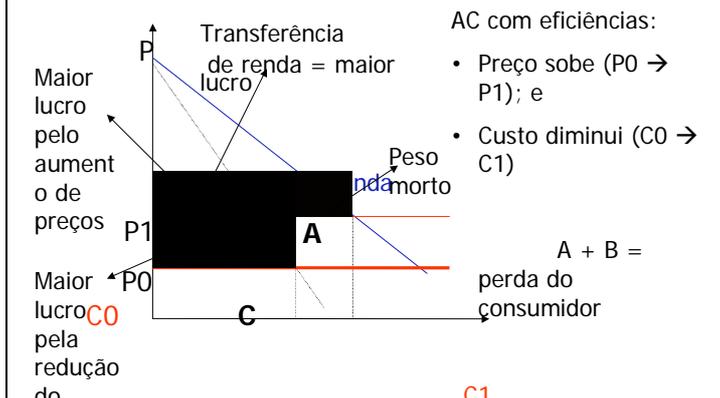
- As eficiências podem ser incorporadas à análise de atos de concentração por cinco métodos ou padrões:
 - Excedente total (Williamson)
 - Price-standard
 - Excedente do consumidor
 - Hillsdown; e
 - Excedente ponderado

SLIDE 6

Excedente total (Williamson)

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

SLIDE 7

Excedente total: Se $C > A$, Aprova

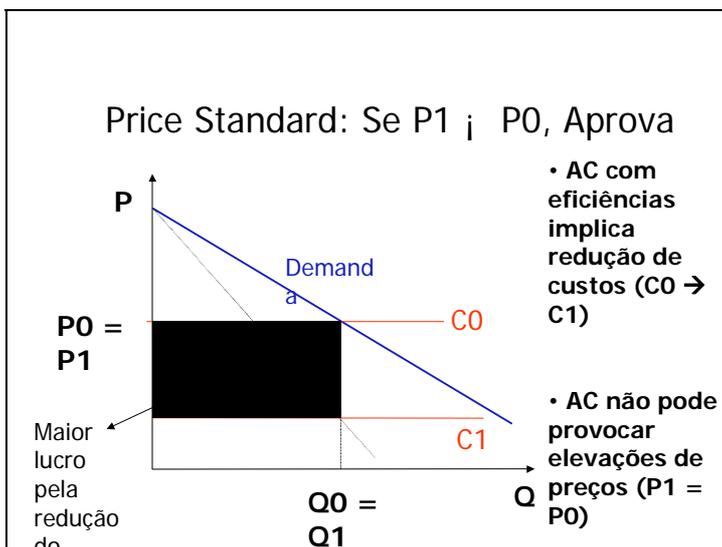
SLIDE 8

Price Standard

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

SLIDE 9

Price Standard: Se $P_1 > P_0$, Aprova



SLIDE 10

Excedente do Consumidor

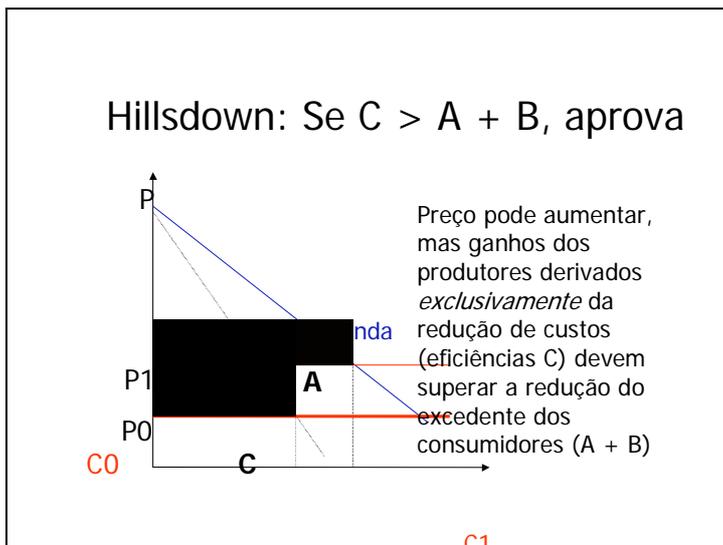
- AC não podem provocar redução do excedente do consumidor ($A + B = 0$): consumidor não pode perder
- Muito semelhante ao price standard, mas admite outras variáveis além do preço (qualidade, por exemplo) que afetam o bem estar do consumidor
- Em tese, preço após AC poderia ser maior, contanto que houvesse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

SLIDE 11

Hillsdown

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

SLIDE 12



SLIDE 13

Excedente ponderado

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

SLIDE 14

Jurisprudência Internacional

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

SLIDE 15

Métodos de Quantificação: Simulação de fusões

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

SLIDE 16

Simulação de fusões

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

SLIDE 17

Simulação de fusões

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

SLIDE 18

Simulação de fusões

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

SLIDE 19

Simulação de fusões

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

SLIDE 20

Simulação de fusões

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

SLIDE 21

IV - Conclusões

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

Com a palavra Dr. Luís Fernando.

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

Com a palavra, Dr. Luís Fernando.

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

Dr. César Matos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado.

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Primeira questão, por favor.

DEBATES

Dr. Yolanda Cerqueira Leite, advogada:

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

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

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

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

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

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. César Matos:

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

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

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

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

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Sérgio Varella Bruna:

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

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

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

Dr. Jorge Fagundes:

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

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

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

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

Dr. Pietro Ariboni:

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

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

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

Dr. Jorge Fagundes:

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Fernando Aranovich:

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

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

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

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

Dr. Luís Fernando Vasconcelos:

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

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

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

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

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

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

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

Eu sou um otimista crônico!

Dr.a Denise, economista da Tendências Consultoria:

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

Dr. Luís Fernando Vasconcelos:

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Tito Andrade:

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

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

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

Dr. Sérgio Varella Bruna:

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

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

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

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

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

Dr. Luís Fernando Vasconcellos:

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

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

Dr. Sérgio Varella Bruna:

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

Dr. Mauro Gringberg:

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

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

Dr. Gesner Oliveira:

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

PAINEL 3 - CARTÉIS EM UM CONTEXTO GLOBAL / CARTELS IN A GLOBAL CONTEXT

Dr. Tito Andrade

Bom dia a todos. Essa manhã meio cinzenta em Campos do Jordão já está um pouco saudosista pois, segundo nosso Presidente, é o último seminário realizado em Campos do Jordão. O IBRAC ficou grande demais para a cidade.

Vamos nessa manhã falar de um assunto extremamente interessante por diversos aspectos. Primeiro, porque certamente a discussão de cartéis consta com um impacto social de perdas muito grande, tendo um aspecto importante nesse sentido. Segundo porque é uma questão, sem dúvida nenhuma, de mídia e que talvez dentro da nossa área poucas questões tenham tanto impacto quanto as discussões de cartéis. Talvez também porque as discussões sobre antitruste sejam muito complexas e a questão de cartéis é mais fácil à compreensão, ou seja, dois competidores se juntando contra um consumidor. Então, isso tudo transforma essa discussão e, sem dúvida nenhuma, gera um impacto muito grande.

Mas curioso que apesar de todas legislações hoje repudiarem os cartéis, talvez num passado não tão distante assim, as coisas eram diferentes. Também, se pensarmos no início do século passado ou entre as grandes guerras, havia quase um estímulo institucional para que as empresas se carterizassem. Os cartéis eram uma forma de defesa, de proteção contra a crise. Somente com o fim da segunda guerra mundial é que os Estados Unidos, de alguma maneira, começou a capitanear esforços, estimular e talvez até exigir que diversos países na Europa- a Alemanha é um grande exemplo- adotassem políticas contra cartéis e a coisa se desenvolveu. Sem dúvida nenhuma, talvez nos últimos quinze anos, tenhamos visto um número enorme de investigações e multas que passaram de milionárias para bilionárias bem como uma onda de investigações jamais vista. O Brasil ficou um pouco fora dessa onda mas sem dúvida nenhuma a Europa e os Estados Unidos são grandes exemplos em relação a isso.

Então, o nosso painel de hoje conta exatamente com palestrantes extremamente interessantes. Teremos uma visão de jurisdições que são líderes em relação à discussão de cartéis. O Canadá tem até uma legislação mais antiga que o *Sherman Act*. Se não me engano, ela foi promulgada um ou dois

anos antes que o *Sherman Act* e, sem dúvida nenhuma, a União Européia e o Reino Unido também. A experiência brasileira teve no ano de 2003 uma mudança radical, pelo menos no que se refere às Secretarias. No CADE já havia um observável esforço nesse sentido.

Portanto, teremos um painel sem dúvida nenhuma muito interessante. Nesse sentido, vou começar passando a palavra para o advogado John Brodug, mas antes vou fazer dois pedidos. Um em relação aos celulares: por favor, desliguem. Outro em relação ao horário: no final do dia esse local terá uma festa de casamento a partir das 18 horas, assim teremos que realmente tomar cuidado com o horário para que não atrapalhemos o painel da tarde. Então vamos tentar observar os horários.

Vou falar um pouco sobre o John. John Bodrug é sócio sênior do Escritório *Davied Ward Phillips & Vineberg*, de Toronto. Ele é sócio há dez anos, pratica na área de concorrência e inclusive *trade* há mais de 14 anos. Ele tem clientes canadenses e americanos, atua em diversas áreas como transporte, agricultura, *financial services* e atua também como *Special Consul* do Diretor do *Bureau* de Competição dentro do Tribunal de Competição do Canadá. Atualmente é *chair* do *Reviewable Matters and Private Actions Committee* (*National Competition Law Section*) da Ordem dos Advogados do Canadá (CBA).

John Bodrug (texto apresentado)

A Canadian Perspective on the Investigation and Prosecution of Cartel Behaviour

George Addy

John Bodrug

Lori Cornwall

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP Toronto, Ontario, Canada

November 28 - 29 2003 Campos do Jordão, Brazil

TABLE OF CONTENTS

Introduction

Part I - Overview of the Competition Act's Conspiracy Provisions

-
- (a) Conspiracy (Section 45)
 - (i) Elements of the Conspiracy Offence
 - (ii) Defences and Exemptions
 - (iii) Bid-Rigging

Part II - Investigations and Inquiries under the Competition Act

- (a) Compulsory Powers of the Bureau
 - (i) Search and Seizure
 - (ii) Section 11 Orders
 - (iii) Wiretaps
 - (iv) Whistle-Blowing
 - (v) Obstruction
- (b) The Competition Bureau's Immunity Program
- (c) Territorial Jurisdiction of Section 45
- (d) Cooperation Among Antitrust Agencies
 - (i) U.S. Antitrust Authorities
 - (ii) Other Co-operative Arrangements
 - (iii) Extradition

Part III - Section 45 Reform

- (a) Proposed Changes
 - (i) Criminal Track
 - (ii) Civil Track

Part IV - Other Considerations in Cartel Enforcement

- (a) Document Creation and Retention Policies
- (b) Private Actions
- (c) The Impact of Class Action Proceedings on the Immunity Program and Guilty Pleas

APPENDIX I

Conspiracy Penalties : 1993-2003

APPENDIX I

Criminal Conspiracy Provision

APPENDIX III

Proposed Criminal Conspiracy Provision

APPENDIX IV

Proposed Civil Strategic Alliances Provisions

APPENDIX V

Proposed Clearance Certificate Provisions

A. Canadian Perspective on the Investigation and Prosecution of Cartel Behaviour**Introduction**

Although Canada has had laws aimed at prohibiting conspiracies for over 100 years, it is really only in the last ten to fifteen years that Canadian regulators have achieved a significant success in prosecuting cartel behaviour under the criminal conspiracy provisions of the *Competition Act*¹ (the “Act”). Indeed both the number of convictions and the level of the fines imposed increased dramatically throughout the 1990’s.² In November 2001, the Competition Bureau (the “Bureau”)³ reported that, since 1980, it had brought 56 conspiracy cases before the courts, and of those that led to convictions,

¹This paper builds upon an earlier paper presented by George Addy at the International Bar Association Conference last September in San Francisco. The authors would like to express their thanks to Carol Whittome for her assistance with the research and preparation of this paper.

¹R.S.C. 1985, c. C-34.

²See Konrad von Finckenstein, Q.C., “Speaking Notes for an Address to the Canadian Bar Association Competition Law Section Annual Meeting”, September 21, 2000 at 6. Unless otherwise indicated, all Competition Bureau publications referred to in this paper can be accessed at the Bureau’s website: <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/home> or can be obtained by contacting the Bureau at 1-800-348-5358.

³The Competition Bureau is the federal government agency that investigates allegations of anticompetitive behaviour in Canada. The Bureau is headed by the Commissioner of Competition, who is responsible for the administration and enforcement of the Act.

more than \$165 million (approx. US\$118 million) in fines had been imposed.⁴ Most notable in this regard is the Commissioner of Competition's (the "Commissioner") inquiry into conspiracies in the bulk vitamins industry in which the aggregate fines levied against 12 corporations and three individuals exceeded \$95 million (Cdn.) (approx. US\$68 million).⁵

Canada has also been successful in securing convictions against individual executives. Fines ranging from \$150,000 to \$250,000 (Cdn.) (approx. US\$107,000 to 178,000 million) were imposed on three individuals in connection with the bulk vitamins inquiry and on two individuals in connection with the sorbates inquiry. In a separate matter, an executive received a nine month "custodial" sentence to be served in the community.⁶ (A chart summarizing fines and other sentences imposed for convictions under the conspiracy provisions over the past 10 years is provided in Appendix I.)

However, despite the government's recent track record, proposals have been put forward calling for significant amendments to the conspiracy provision of the Act and, this past June, the Bureau launched a public consultation process to consider these amendments. The proposed changes

⁴ See the Competition Bureau's News Release: "Competition Bureau Hosting Cartel Workshop", November 26, 2001.

⁵ See the Competition Bureau's News Release: "Competition Bureau Investigation Leads to Over \$4 Million in Fines for International Bulk Vitamins Conspiracies", October 16, 2002; see also: "Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million for International Vitamin Conspiracies", September 22, 1999. Other Bureau inquiries have also resulted in significant aggregate fines. For example, the graphite electrodes inquiry resulted in aggregate fines exceeding \$23 million (Cdn.) (approx. • 14 million; US\$16 million), the lysine inquiry resulted in aggregate fines in excess of \$17 million (Cdn.) (approx. • 11 million; US\$12 million) and the citric acid inquiry resulted in aggregate fines in excess of \$11.5 million (Cdn.) (approx. • 7 million; US\$8 million). One corporation received fines totalling \$50.9 million (Cdn.) (approx. • 32 million, US\$36 million), for its role in the bulk vitamins and citric acid inquiries, respectively, and this remains the single largest penalty ever imposed by a Canadian court for offences under the Act.

⁶ See the Competition Bureau's News Release: "Executive Convicted and Sentenced to Nine Months Imprisonment for Price-Fixing under the Act", September 17, 1999. A conditional sentence permits an individual to avoid incarceration (in this case in a provincial institution) and serve his/her sentence in the community provided the individual adheres to strict conditions such as remaining within the jurisdiction of the court, observing a curfew, abstaining from alcohol, etc. See also sections 742.1 and 742.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (hereinafter *Criminal Code*).¹⁰ *Criminal Code*, supra note 6.

are intended to address what the Bureau views as two central criticisms of the conspiracy provision, namely that the current provision is both over-inclusive because the threat of criminal sanctions can unintentionally discourage business people from entering into arrangements that are pro-competitive, and under-inclusive, because it is difficult to apply the Act's complex market-effects test, resulting in few convictions in contested conspiracy cases.

This paper is divided into four parts. Part I provides a brief overview of the substantive criminal conspiracy provisions of the Act dealing with horizontal agreements or arrangements between competitors. Part II examines the enforcement tools available to the Commissioner and the Bureau, including the Bureau's Immunity Program. Part II also looks at the issue of territoriality, since the enforcement of Canadian competition law has taken on a more international dimension. Part III of the paper considers the debate surrounding proposals for section 45 (conspiracy) reform. Finally, Part IV highlights some issues that have arisen in the investigation and enforcement of the conspiracy provisions.

Part I - Overview of the Competition Act's Conspiracy Provisions

As noted in the introduction, Canada has a long history of prohibiting cartel behaviour. Legislation to protect competition was first passed by the Canadian parliament in 1889, a year before the *Sherman Act* was passed in the United States. In 1892, Canada's anti-combines legislation was incorporated into Canada's *Criminal Code*⁷ where it remained until 1960 when it was incorporated into the newly enacted *Combines Investigation Act*.⁸ In 1986, Canada's competition legislation underwent substantial reforms including the decriminalization of merger review and the shift from criminal sanctions against "monopolies" to non-criminal abuse of dominance provisions. However, cartel-like conducts remains subject to criminal sanctions.

The key criminal offence contained in the Act is the prohibition against conspiracies found in section 45.⁹ The Supreme Court of Canada has

⁷ Criminal Code, supra note 6.

⁸ 8-9, Eliz. II, S.C. 1960.

⁹ The text of section 45 is set out in Appendix II. The Act also establishes a number of other offences that are worth noting. These include offences relating to: (i) bid rigging (s. 47); (ii) price maintenance (s. 61(1)(a)); (iii) foreign directives to give effect to an unlawful conspiracy (s. 46); and (iv) certain types of agreements between federal financial institutions (s. 49).

described the Act's conspiracy provision as "one of the pillars" of this legislation and stated that it is "central to Canadian public policy in the economic sector".¹⁰ Under section 45, it is an indictable criminal offence to conspire or otherwise agree with another person to prevent or lessen competition "unduly" in the provision of a good or service in Canada. Parties convicted of contravening section 45 are liable to imprisonment for a term not exceeding five years (in the case of individuals) or to a fine not exceeding \$10 million (Cdn.) or to both.

The Act is administered and enforced by the Commissioner of Competition who heads the federal Competition Bureau. Only the Commissioner and the staff of the Competition Bureau investigate competition offences in Canada. There are no provincial counter-parts to the Competition Bureau.

In Canada, the separation between the investigative/enforcement agency and the adjudicative agency (i.e., the courts) ensures that parties accused of criminal offences such as conspiracy are assured procedural fairness. As a matter of criminal law, an accused party is presumed innocent and all elements of the offence must be proven beyond a reasonable doubt in order for a court to find an accused guilty of conspiracy. Moreover, while the Commissioner and the Bureau are responsible for the administration and enforcement of the Act, once their investigation is completed, the decision of whether to proceed with a prosecution rests with representatives of the Federal Department of Justice ("Justice") acting on behalf of the Attorney General for Canada (the "Attorney General").

Part II - Conspiracy (Section 45)

Part III - Elements of the Conspiracy Offence

Section 45 of the Act is generally considered to have four elements - two *actus reus* elements (relating to the criminal act) and two *mens rea* elements (relating to criminal intent). The first *actus reus* element that must be proved is the existence of an agreement. In that regard, it has been held that the words "conspire, combine, agree or arrange" all "express the act of

¹⁰ *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 at 648 [hereinafter *PANS*].

agreeing”.¹¹ The mere intention or design on the part of one or more parties to effect an anticompetitive agreement or arrangement, or even discussions to that effect that do not culminate in an agreement, will not contravene section 45.¹² However, it is not necessary for the Crown (i.e., the state) to prove that the agreement was implemented or that steps were taken in furtherance of the agreement.¹³ In essence, “the crime is in the conspiracy”, not in the acts that it contemplates,¹⁴ although such acts “may be evidence of the agreement”.¹⁵

The second *actus reus* element that must be proved is that the agreement in question is likely to “unduly” prevent or lessen competition. Whether the effect of any agreement is “undue” will be assessed in terms of how serious an impact it has on competition in the relevant market coupled with the degree of market power the parties have. In *PANS*, the Supreme Court of Canada defined “undueness” in terms of a “serious or significant effect on competition”,¹⁶ and articulated a two-part inquiry in that regard relating to (i) the structure of the market, and (ii) the behaviour of the parties.¹⁷

With respect to market structure, it is necessary to first define the relevant market in order to determine the degree of market power possessed

¹¹ *R. v. Gage (No. 2)* (1908), 13 C.C.C. 428 at 449 (Man. C.A.). The Ontario Court of Appeal has stated that “all four words contemplate a mutual arriving at an understanding or agreement between the accused and some other persons to do the acts forbidden by paras. (a), (b), (c) or (d) of section [45]”: see *R. v. Armco Ltd. et al.* (1974), 21 C.C.C. (2d) 129 at 176 (Ont. H.C.J.), *aff’d* (1976), 13 O.R. (2d) 32 at 41 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 13 O.R. (2d) 32n.

¹² *R. v. O’Brien* (1954), 110 C.C.C. 1 at 9; *R. v. Abitibi Power & Paper Co. Ltd.* (1960), 131 C.C.C. 201 at 209 (Que. Q.B.); *R. v. Northern Electric Company Ltd. et al.*, [1955] O.R. 431 at 451 (H.C.) [hereinafter *Northern Electric*]; and *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 182 at 209 (Que. S.C.).

¹³ *Container Materials Limited et al. v. R.*, [1942] S.C.R. 147 at 159. See also *Abitibi*, *ibid.*; *Howard Smith Paper Mills v. R.*, [1957] S.C.R. 403, 413; and *O’Brien*, *ibid.* at 3.

¹⁴ *Howard Smith Paper Mills v. R.*, *ibid.* at 412-13; and *R. v. Elliott* (1905), 9 O.L.R. 648 at 650 (Ont. C.A.).

¹⁵ *Northern Electric*, *supra* note 12 at 452. Subsection 45(2.1) expressly permits a court to infer the existence of a conspiracy from circumstantial evidence, although it emphasizes that the existence of the conspiracy must still be proved beyond a reasonable doubt.

¹⁶ *PANS*, *supra* note 10 at 647.

¹⁷ *Ibid.* at 651.

by the parties to the agreement.¹⁸ A “moderate” amount of market power (*i.e.*, the ability to behave relatively independently of the market), is required to trigger the potential application of section 45;¹⁹ in the absence of that level of market power, it can be presumed that section 45 does not apply.²⁰ In assessing market power, “market share alone is not determinative”; numerous other factors are also relevant, such as market concentration, the number of competitors, barriers to entry, geographical distribution of buyers and sellers, product differentiation, countervailing power, and cross-elasticity of demand.²¹

On the behavioural aspect of the “unduly” assessment, the Supreme Court of Canada stated in *PANS* that “[t]he object of the agreement is without doubt the most important behavioural element in the inquiry, but others may be relevant, such as the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry”.²² No particular combination of market power and behaviour is required but a “particularly injurious behaviour may trigger liability even if market power is not so considerable”.²³

With respect to the two *mens rea* or intent elements of the offence, the Supreme Court of Canada stated in *PANS* that “the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the terms of that agreement” and intended to carry it out.²⁴ This refers to a subjective intent, however, as provided for in section 45(2.2) of the Act, the Crown is not required to establish that the purpose or intention of the parties was necessarily to prevent or lessen competition unduly.

The *mens rea* requirement also has a second, objective element, namely that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into would be to prevent or lessen competition unduly.²⁵

¹⁸ *Ibid.* at 653.

¹⁹ *Ibid.* at 654.

²⁰ *Ibid.* at 653.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* at 655.

²³ *Ibid.* at 657.

²⁴ *Ibid.* at 659-60.

²⁵ *Ibid.* at 660.

It is noteworthy that the analysis of allegedly anticompetitive agreements under Canadian law differs from the approach under U.S. law. While U.S. law distinguishes between agreements that are “*per se*” illegal and those judged by a “rule of reason” standard, the Supreme Court of Canada has described the analysis under section 45 of the Act as entailing a “partial rule of reason” standard that lies somewhere on the continuum between the *per se* and rule of reason standards.²⁶ This means that no agreement will be automatically illegal under section 45. Illegality will depend on whether the requisite impact on competition is demonstrated. Conversely, in contrast to the full-scale rule of reason standard, Canadian courts will not consider possible mitigating factors, such as efficiency gains or other benefits of an agreement, once a determination has been made that the agreement has prevented or lessened, or is likely to prevent or lessen competition unduly.

It should be noted, that there is no statutory limitation on the ability of the Attorney General to charge the same entity with multiple counts and to seek multiple fines of up to \$10 million (Cdn.) per count, albeit for different offences under section 45.²⁷ In addition, unlike other jurisdictions such as the United States, there is no “statute of limitations” for indictable criminal offences. Therefore, while a corporation may escape prosecution in the U.S. because of the time that has passed since the conduct giving rise to the offence occurred, the same corporation could still face prosecution in Canada.

Part IV - Defences and Exemptions

The purpose of section 45 and the related provisions is to curb hard-core criminal activity. In that regard, Parliament has recognized the potential benefits of certain forms of cooperation between competitors and this is reflected in section 45(3) of the Act, which provides a defence for agreements that relate only to one or more of a list of matters which include:

²⁶ Ibid.

²⁷ Exposure to criminal prosecution is not the only concern for parties that are subject to prosecution under the Act’s criminal provisions. Private rights of civil action are also available under section 36 of the Act for damages incurred as a result of the violation of one of the Act’s criminal provisions. Recovery can be equal to the loss or damage that is proved to have been suffered, together with an additional amount for the costs of investigation and legal costs.

(i) the exchange of statistics or credit information; (ii) cooperation in research and development; (iii) the defining of terminology used in a trade, industry or profession; (iv) the defining of product standards; and (v) the adoption of measures to protect the environment. However, under section 45(4), these defences are lost where the agreement has lessened or is likely to lessen competition unduly in respect of prices, quantity or quality of production, markets, customers, channels of distribution or if the agreement is likely to restrict any person from entering into or expanding a business in a trade, industry or profession.

Part V - Bid-Rigging

Bid-rigging is considered to be among the “hard-core” activities that the Bureau remains intent on pursuing. Section 47(1) of the Act makes it a criminal offence for one or more persons to enter into an agreement to either (i) submit a bid in response to a call for bids or tenders that was arrived at by agreement, or (ii) agree to refrain from submitting a bid, where the agreement in question is not made known to the person calling for or requesting the bids at or before the time the bid is submitted. In other words, the coordinated action of bid-rigging is intended to frustrate the purpose of the bidding procedure, which is to determine the most competitive price for an article or service.

In contrast to the conspiracy provisions, bid-rigging is a *per se* offence. This means that the injury to competition is presumed and need not be proved. Therefore, unlike the conspiracy provision, there is no “undueness” element to bid-rigging. A party found guilty under the bid-rigging provision may be subject to a fine in the discretion of the court (in the case of a corporation) or imprisonment for a term not exceeding five years (in the case of an individual) or both.

Part VI - Investigations and Inquiries under the Competition Act

Where the Commissioner has reason to believe that a criminal offence under the Act has been or is about to be committed, he may commence a formal inquiry.²⁸ An inquiry must also be commenced when the Commissioner receives an application from six resident Canadians requesting

²⁸ Act, *supra* note 1, s. 10(1)(b).

him to do so.²⁹ Formal inquiries are conducted confidentially; however the Act permits parties, who suspect that they are the subject of an inquiry, to request confirmation of their suspicions and be informed of the progress of the inquiry.

In practice, the Commissioner will often conduct a lengthy preliminary investigation before proceeding to a formal inquiry. During this initial investigative stage, the Bureau is likely to receive information from parties seeking immunity as well as from complainants. The Bureau will also conduct field investigations, in which it uses information requests, meetings and telephone surveys to gather data from industry participants on issues such as market definition, barriers to entry and effective remaining competition.

Part VII - Compulsory Powers of the Bureau

Part VIII - Search and Seizure

Once a formal inquiry has been commenced, the Commissioner may resort to the Act's various compulsory investigative tools in order to gather information. For examples, the Act authorizes the Commissioner to apply to a judge *ex parte* for a warrant permitting officers of the Bureau to conduct searches premises and seize documents and computer records. In order to issue a warrant, a judge has to be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that one of the Act's provisions has been or is about to be breached and that there will be relevant evidence on the premises being searched.³⁰

A search warrant issued to the Bureau will be very specific. It should list the individuals who are permitted to conduct the search, the information that is being sought, and specific areas or items they are allowed to search. As with searches conducted in other criminal investigations, searches under the Act must conform to the requirements of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, meaning that they must be conducted in a reasonable manner.

Searches now routinely include the review of a company's computer files, as authorized by section 16 of the Act. Section 16 of the Act provides

²⁹ *Ibid.*, ss. 9, 10(1)(a). An application under section 9 can be made by any six persons resident in Canada who are not less than eighteen years of age and who are of the opinion that an offence has been or is about to be committed.

³⁰ *Ibid.*, s. 15.

that a Bureau officer, during a search, may use any computer system on the premises to search any data “contained in or available to the computer system”, and reproduce and seize any records of such data. Section 16 also provides that a company which is the subject of a search shall permit Bureau officials access to the company’s computer system.

Computer searches raise a host of issues for companies that find themselves subject to these procedures. For example, the seizure of file fragments, temporary files, or deleted files can make it very difficult to ascertain if privileged documents are being gathered improperly and may result in an inadvertent breach of solicitor/client or litigation privilege.

Another unresolved issue is the extent to which a warrant issued under the Act may authorize the Bureau to use a Canadian company’s computer system to access records located in the databases of foreign affiliates. This is a matter of considerable concern because of the increasing use by multinational corporations of computers to link their businesses in different jurisdictions.

Part IX - Section 11 Orders

The Commissioner may also obtain relevant information by applying *ex parte* to a judge for an order under section 11 of the Act requiring a person to: (i) attend for examination under oath or solemn affirmation; (ii) produce specified documents; and/or (iii) provide written responses to questions under oath or affirmation.

In order to obtain an order under section 11 of the Act, the Commissioner must satisfy a judge that an inquiry has been commenced and that the subject of the order is likely to have relevant information. In practice, this is usually done by way of an affidavit provided by an investigating officer.

No person is excused from complying with a section 11 order solely on the grounds that he or she may, in the process of complying, provide self-incriminatory evidence. However, section 11 does provide for a limited form of “use immunity” in that no oral testimony or written response given under oath or solemn affirmation can be used against the individual in any subsequent criminal proceeding.

The Bureau has significantly increased its use of section 11 orders in recent years, particularly when investigating civil reviewable practices under

the Act. However, we continue to see the Bureau employ its section 11 powers in connection with criminal inquiries as well, often in conjunction with the search and seizure power discussed below. This raises the question of whether the use of section 11 orders against a party who is being investigated for criminal conduct is appropriate given that the consequences of a criminal investigation can be far more serious than those of a civil investigation. Unlike a search warrant, where the onus is on the officers carrying out the search to uncover evidence of the offence, a section 11 order can require the person against whom the order is issued to uncover and disclose evidence of a possible offence. Failure to comply with the order is also an offence.

It has become the practice of the Commissioner when seeking a section 11 order or search warrant to also seek an order sealing the contents of the court file. This prevents not only third parties from obtaining the affidavit and any other supporting material filed in the *ex parte* proceedings, it also prevents the party against whom the order/warrant has been issued from obtaining these materials. While arguments can be made that the practice protects the confidentiality of the Commissioner's inquiry (for example, the supporting affidavit may disclose the names of confidential informants or other parties who are subject to the inquiry) it is not clear that this interest of confidentiality has been appropriately balanced against the recipient's right to determine whether there is a sound basis for the issuance of the order/warrant. The practice also makes it more difficult for a recipient to challenge the order/warrant on legitimate grounds. Further, while some crown attorneys, on a case by case basis, will voluntarily provide the recipient of an order/warrant with a redacted copy of the supporting affidavit, this practice is *ad hoc* in nature and does not fully address the issue.

Part X - Wiretaps

Amendments to the Act which came into effect in the late 1990s gave the Commissioner the power to utilize judicially authorized wiretaps in respect of certain serious criminal offences, including conspiracies to fix prices, allocate markets and engage in bid-rigging.³¹

³¹ Criminal Code, *supra* note 6, ss. 183, 184, 186. See also Competition Bureau, Industry Canada, *Interception of Private Communications and the Act (1999)* [hereinafter *Interception*].

In order to obtain a wiretap, the Commissioner must submit a sworn affidavit in accordance with the requirements of section 185(1) of the Criminal Code. The affidavit must set out certain information, including: the facts relied on to justify the belief that the authorization should be given, together with particulars of the offence; the type of private communication proposed to be intercepted; particulars with respect to the individuals whose communications will be intercepted; and how and where the officers propose to accomplish the interception. The judge must be satisfied that granting the authorization is in the best interests of the administration of justice, that other investigative procedures have been tried and failed and that the matter is of such urgency that it would be impractical for the officers to carry out the investigation without the assistance of the wiretap. In most instances, the person who was the subject of the wiretap must be notified within 90 days of the authorization; however, there are provisions which may extend this notice period up to a maximum of three years.³²

It is important to note that the above procedure relates to wiretaps without consent. The Bureau may also receive authorization to use wiretaps where the party receiving the information consents to the recording.

Parties who are the recipient of a section 11 order or search warrant alleging conduct contrary to the conspiracy or bid-rigging provisions of the Act would be well advised to assume that their phone lines could also be tapped and govern themselves accordingly.

Part XI - Whistle-Blowing

The media coverage of Enron and Worldcom has brought whistle-blowing into the spotlight. Where criminal conduct is not otherwise visible, enforcement agencies rely heavily on confidential informants. In this regard, the Act was amended in the late 1990s to include specific provisions designed to protect “whistle blowers” who report wrongdoing within their organization to the Bureau.³³ These provisions provide assurances that the identity of the whistle blower will be kept confidential and establish criminal penalties for employers who attempt to take action against employees who have on reasonable grounds and in good faith reported possible illegal activity.

³² Interception, *ibid.* at 3.

³³ Act, *supra* note 1, s. 66.2(1).

Part XII - Obstruction

Section 64 of the Act also contains a general obstruction provision which makes it a criminal offence to impede or prevent or attempt to impede or prevent any inquiry or examination under the Act. A violation of section 64 is punishable on summary conviction or on indictment by a fine not exceeding \$5,000 (per count) or to imprisonment for a term not exceeding 2 years, or to both. In addition, the Act contains other provisions that make it an offence to fail to comply with a section 11 order or to destroy or alter any record required to be produced pursuant to a section 11 order. The *Criminal Code* also contains, in section 139(2), a general offence for obstructing justice. That offence is indictable and punishable by imprisonment by a term not exceeding 10 years. This provision has been held to apply to attempts by a person to obstruct a prosecution which he contemplates may take place, notwithstanding that no decision to prosecute has yet been made.

Although the provisions prohibiting obstruction in Sections 64 and 65 of the Act have been in existence since at least 1986, there have been very few reported incidents of obstruction arising out of competition matters. In December 1999, the Bureau issued a news release indicating that it the Commissioner had resolved its inquiry into conduct alleged to be obstruction by a former employee of Mycom Canada Ltd. The obstruction inquiry arose when Mycom voluntarily submitted an allegedly incomplete and misleading return of information to the Bureau during a civil inquiry. However, in exchange for a letter of apology and Mycom's agreement to cooperate fully and have its employees undergo competition compliance education, the Commissioner agreed to resolve the matter through the Bureau's alternative case resolution program. In an unrelated matter that arose in 1996, an individual entered a guilty plea, was convicted and received a fine of \$500 in connection with an investigation into bid rigging by electrical contractors.

Despite this relatively modest record of obstruction proceedings, in recent years we have seen an increased incidence of the Competition Bureau alleging obstruction and/or threatening to bring obstruction charges in the context of its investigations (both with respect to alleged criminal offences and investigations of non-criminal reviewable matters). While such allegations have typically been abandoned when parties have entered into settlements, it is prudent to exercise caution with regard to matters such as document destruction or witness tampering.

Part XIII - The Competition Bureau's Immunity Program

The Bureau's success in obtaining convictions under section 45 of the Act in recent years is in large part due to the willingness of companies and individuals to voluntarily come forward and provide information with respect to violations. Much of this is due to the fact that the Bureau, like its counterparts in the U.S. and elsewhere, has instituted a process through which a company or individual wishing to come forward may negotiate for protection from prosecution, i.e., immunity. The Bureau's current approach to the immunity issue is described in an Information Bulletin that it released in September 2000 (the "Immunity Bulletin").³⁴ In response to frequently asked questions, the Bureau issued a follow-up bulletin in November 2001.³⁵

According to the Immunity Bulletin, anyone who believes they may be implicated in activity that might have violated the Act may request immunity. Requests for immunity will be subject to close scrutiny. All things being equal, the Commissioner will generally recommend to the Attorney General that immunity be granted where a party is the first to come forward with evidence of an offence of which the Bureau is unaware, or is the first to bring forward evidence of an offence of which the Bureau is aware but has not yet obtained sufficient proof to warrant a criminal referral.³⁶ However, being "first-in" in another jurisdiction will not be sufficient to permit a party to avail itself of Canada's Immunity Program unless the party is also the first to come forward in Canada as well.

There are specific requirements which a party seeking immunity must fulfill: the party must take effective steps to terminate its participation in the illegal activity;³⁷ the party must not have been the instigator or the leader of the illegal activity, nor the sole beneficiary of the activity in Canada;³⁸ the party must reveal any and all offences in which it may have

³⁴ Competition Bureau, Industry Canada, *Immunity Program under the Act* (2000). See also P.S. Crampton, *Canada's New Competition Law Immunity Policy – Warts and All*, American Bar Association Section of International Law and Practice, New York, Spring 2001.

³⁵ Competition Bureau, *Immunity Program under the Act – Frequently Asked Questions* (November 2001) ("FAQs").

³⁶ Immunity Bulletin, *supra* note 34, para. 13.

³⁷ *Ibid.*, para. 14.

³⁸ *Ibid.*, para. 15.

been involved and provide full, frank and truthful disclosure of all the evidence and information known or available to it or under its control;³⁹ the party must agree to provide timely, full and continuous cooperation to the authorities for the duration of the Bureau's investigation and any ensuing prosecutions (for corporate applicants, this means taking all lawful measures to promote the continuing cooperation of directors, officers and employees);⁴⁰ and the party may be expected to make restitution for the illegal activity.⁴¹ Failure to comply with any of these requirements may result in the Attorney General revoking immunity.

When a company qualifies for immunity, its present directors, officers and employees who admit their involvement in the illegal activity and who provide complete and timely cooperation will also qualify for the same recommendation for immunity. Past directors, officers and employees will be considered on a case by case basis.⁴²

Immunity requests are treated as highly confidential by the Bureau and the Attorney General. According to the Bureau's policy as stated in paragraphs 33 and 34 of the Immunity Bulletin, disclosure of the identity of a party requesting immunity or any information obtained from that party, regardless of whether immunity is granted or not, will be made under very limited circumstances. Paragraph 33 provides that the only exceptions to this policy are as follows:

§ where there has been public disclosure by the party;

§ when the party has agreed and when disclosure is for the purpose of the administration and enforcement of the Act;

§ when disclosure is required by law;

§ when disclosure is necessary to prevent the commission of a serious criminal offence.⁴³

³⁹ *Ibid.* While the obligation to disclose any and all offences appears quite broad, the FAQs make it clear that the obligation is only to disclose "all criminal anti-competitive behaviour contrary to the [Competition] Act relating to the product for which immunity is sought".

⁴⁰ *Ibid.*, para. 16.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, para. 19.

⁴³ *Ibid.*, para. 33.

The Bureau's policy on confidentiality under the Immunity Program appears to limit its ability to cooperate with foreign antitrust agencies by voluntarily sharing information received from an immunity applicant. Section 29 of the Act permits the Bureau to disclose information for the "purposes of the administration or enforcement of [the] Act". In contrast, under the Immunity Program, unless another exception applies, in addition to the requirement that the disclosure be for the "purpose of the administration and enforcement of the Act", the party seeking immunity must also agree to the disclosure before it can be made. However, it must be remembered that the Immunity Bulletin does not have the force of law and there may be circumstances where the Bureau decides to depart from its policy on confidentiality in an appropriate case. In addition, the exception "when required by law" would also appear to permit the Bureau to disclose information in response to a court order or formal proceedings under the Mutual Legal Assistance Treaty (see section (d) below).

Under paragraph 34 of the Immunity Bulletin, the Bureau states that it is its "policy with respect to private actions under section 36 of the Act to provide confidential documents and evidence only in response to a court order. In connection with information obtained under the Immunity Program, the Bureau will take all reasonable steps to protect the information".⁴⁴ On its face, this appears to provide those who take advantage of the Bureau's Immunity Program with a higher degree of protection against civil plaintiffs than those who do not; however, the Bureau's policy does not preclude civil plaintiffs from seeking to discover the information from the defendant directly.

Part XIV - Territorial Jurisdiction of Section 45

Questions sometimes arise about the territorial jurisdiction of section 45. While section 46 of the Act was introduced to address foreign-directed conspiracies (see below), section 45 is not expressly restricted to conspiracies which are entered into within Canada. Indeed, in one case, two parties pleaded guilty to offences under section 45 where the facts alleged that the parties had entered into an agreement outside Canada, which threatened to lessen competition within Canada.⁴⁵

⁴⁴ *Ibid.*, para. 34.

⁴⁵ See Competition Bureau News Releases: "Fine Levied under the Act in Joint Canada-U.S. Investigation", July 12, 1994 and "Second Fine Levied under the Act in Joint

More recently, the territorial jurisdiction of section 45 was considered in a motion brought by the defendants of a class action commenced under section 36 of the Act.⁴⁶ Five foreign defendants challenged the Canadian class action on, among other things, jurisdictional grounds. The defendants brought a motion arguing that a conspiracy to fix prices is only an offence under section 45 when the agreement to do so was made in Canada and, as the agreements in question were not made in Canada, the Canadian Court had no jurisdiction. The Court held that the language of section 45 is not limited to conspiracies within Canada. A conspiracy that injures Canadians gives rise to liability in Canada even if the conspiracy to fix prices and allocate the market occurred abroad.

Part XV - Cooperation Among Antitrust Agencies

Enforcement of Canadian competition law took on an increasingly international dimension in the 1990's and over the past several years. One product of this new policy direction has been the growth of a close working relationship between Canadian and U.S. antitrust authorities and the development of co-operative agreements with other antitrust authorities..

Part XVI - U.S. Antitrust Authorities

Steps to enhance enforcement cooperation include the signing of the Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the Government of Canada and the Government of the United States of America (the "MLAT"), which came into force January 14, 1990.⁴⁷ The MLAT provides that either the Canadian or United States government can request certain assistance of the other party. This assistance can include executing searches and seizures, taking evidence, locating or identifying persons and serving documents. The MLAT also provides that such assistance is to be given even if the conduct under investigation in the requesting state does not

Canada-U.S. Investigation", August 4, 1994. Both Kanzaki Specialty Papers Inc. of Ware, Massachusetts and Mitsubishi Corporation of Tokyo, Japan pleaded guilty to conspiracy to lessen competition in the sale of thermal fax paper.

⁴⁶ VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd., [2002] O.J. No. 298.

⁴⁷ 1990 Can. T.S., No. 19.

constitute an offence in the other state.⁴⁸ Another action made to enhance enforcement cooperation was the August 3, 1995 signing of an agreement between Canada and the United States regarding the application of their competition and deceptive marketing practices laws.⁴⁹

The Competition Bureau and the U.S. DOJ have cooperated with each other on a number of occasions in the last several years in pursuing criminal matters, principally international cartels.⁵⁰ In November 2001, the Bureau hosted officials from 26 countries at a workshop dealing with international cartels.

Part XVII - Other Co-operative Arrangements

Canada has also entered into state to state co-operative agreements with the European Union and Mexico and inter-agency cooperative agreements with Chile, Australia and New Zealand. The Bureau describes these agreements as providing “a framework for notification, co-ordination and co-operation on enforcement activities, exchanges of information and avoidance of conflict.”⁵¹

Part XVIII - Extradition

Another step taken to improve enforcement cooperation between

⁴⁸ MLAT § II(3).

⁴⁹ Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, August 3, 1995.

⁵⁰ Examples include: (i) the 1994 thermal fax paper case, in which the U.S. DOJ and the Bureau conducted a series of joint criminal investigations, including exchanging information, sharing documents and jointly interviewing witnesses; (ii) the 1994 plastic dinnerware case, in which the U.S. charged a number of individuals following a U.S. investigation in which Canadian authorities, pursuant to a U.S. request for assistance, raided the Canadian offices of one of the firms involved; and (iii) the 1995 ductile pipe case, where Canadian and U.S. officials cooperated to secure the conviction of a Canadian firm for market allocation with a U.S. firm.

⁵¹ See the Competition Bureau’s News Release: “Competition Bureau Signs Cooperation Agreement with Chilean Competition Agency, December 17, 2001; see also: “Canada and Mexico Sign Cooperation agreement on Competition Law Enforcement, November 15, 2001.

Canada and the U.S. were certain amendments in 1991 to the Canada-United States Extradition Treaty. Under the extended provisions of this treaty, either country can request extradition of a person in the other country in respect of any offence, including an antitrust offence, that is punishable under the laws of both countries by a term exceeding one year.⁵²

Part XIX - Section 45 Reform

This past June, the Bureau launched a public consultation process which will, among other things, solicit opinions on proposed amendments to section 45 of the Act.⁵³ Those in favour of amending section 45, including the Bureau, are generally of the view that the current legislation is both over-inclusive because the prospect of criminal sanctions can unintentionally discourage business people from entering into arrangements that are procompetitive and under-inclusive because the complex market-effects test is difficult to apply in a criminal context, resulting in few convictions in contested conspiracy cases.⁵⁴ In support of this latter point, proponents point out that, since 1980, 29 of the Bureau's 32 successful conspiracy convictions were the result of guilty pleas while only three of the convictions followed contested proceedings. In addition, since 1980, there have been 20 contested conspiracy cases, 17 of which resulted in acquittals or discharges, and of these six were because of a failure to show agreement and 11 were for reasons related to undueness.⁵⁵ That said, there are others who take the position that

⁵² Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Dec. 3, 1971, Instruments of Ratification Exchanged March 22, 1976 (in force March 22, 1976), as amended by Protocol dated Jan. 11, 1988, art. 2, § 1 (in force November 26, 1991).

⁵³ See the Competition Bureau's News Release: "Consultations on Proposed Changes to the Competition Act", June 23, 2003. A copy of the proposed text of the new criminal provision is included at Appendix III, the proposed civil strategic alliances provision at Appendix IV and the proposed clearance certificate provisions at Appendix V. It should be noted that the consultation draft states that the proposed provisions do not necessarily represent the position of the Government of Canada.

⁵⁴ See Raymond Pierce, "Reform of Section 45 – The Bureau's Perspective", 2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, May 8-10, 2002 at page 1 [hereinafter "The Bureau's Perspective"].

⁵⁵ Harry Chandler and Robert Jackson, *Beyond Merriment and Diversion: The Treatment of Conspiracies Under Canada's Competition Act*, paper prepared for the Roundtable on Competition Act Amendments (June 16, 2000) (hereinafter "*Beyond Merriment*").

the Bureau's win/loss record in contested proceedings does not really shed much light on the under-inclusiveness issue.⁵⁶ For example:

- It is to be expected that the Bureau's record of success in contested cases will be low, because these cases by necessity involve situations that are "closest to the line", where the evidence will be ambiguous or difficult to obtain. Indeed, the track record of the U.S. Antitrust Division is similarly "mixed", notwithstanding the presence of a *per se* standard.⁵⁷
- More than one-third of the Bureau's losses were due to the Crown's inability to prove the existence of an "agreement", let alone that there was an undue lessening of competition in the relevant market.⁵⁸ Even under the current reform proposals, the Crown would still be required to prove the "agreement" element of the offence.
- When guilty pleas and other forms of resolution are included, the Bureau's overall success rate climbs to a more than respectable 60%. Moreover, it is clear from the data that so-called hard-core cartel activity is being caught in the prosecutorial net.

The last point is interesting as it would appear that complaints about the ineffectiveness of section 45 are belied by the Bureau's continued success in securing guilty pleas and significant fines, particularly with respect to

⁵⁶ Calvin S. Goldman, Mark Katz and David Fruitman, "The International Experience with Cartel Enforcement", *2001 Invitational Forum on Competition Law* (October 2001); Brian Facey and Dany Assaf, "Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada's Conspiracy Laws" (2001) *Canadian Competition Record* 61; Omar Wakil, "Canada's Cartel Laws: Set to Change?", *ABA International Antitrust Bulletin*, Vol. 5 Issue 1, Spring 2002; Lawson A.W. Hunter and Danielle K Royal, "Section 45 Amendments – A Cure Worse than the Disease?", *2002 Competition Law Invitational Forum* (May 8-10, 2002); Bruce M. Graham, "Reform of Section 45 Is Unnecessary", *2002 Competition Law Invitational Forum* (May 8-10, 2002).

⁵⁷ Stephen Labaton, "The World Gets Tough on Price Fixers", *New York Times* (June 3, 2001, Section 3, p.1), cited in Wakil, *supra*, note 56.

⁵⁸ Of the 17 acquittals or discharges since 1980, 6 were because of a failure to prove an agreement, while 11 were for reasons related to undue duress. See: Robert W. McCrone, "Reform of Section 45 of the Competition Act, A Bureau Review, *CBA 2002 Annual Fall Conference on Competition Law* (October 3-4, 2002). See also *Beyond Merriment*, *supra*, note 55.

international cartel activity.⁵⁹ Further, two commentators have pointed out: “If defendants thought they had a chance of acquittal, because of a weak law, one would not expect to see firms consistently entering guilty pleas.”⁶⁰ Thus, it is by no means clear that the Bureau’s record under section 45 is as woeful as some would contend it to be. Moreover, it is even less clear that the Bureau ought to have prevailed in those cases that it did lose or abandon, or that the Bureau’s lack of success has unleashed a wave of cartel - type behaviour in Canada.

Many in the business, legal, and academic communities also believe that there is at least a potential that the conspiracy provisions and the uncertainty brought by the term “unduly” are placing a “chill” on a variety of strategic alliances, ones that may be highly pro-competitive, and thus stymieing opportunities to lower costs, take advantage of the other’s specialized skills, expand into foreign markets, or fund expensive research and development efforts.⁶¹ While it may seem reasonable to infer that this “chill” exists, since the possibility of social stigma, imprisonment, and large fines that may occur with criminal prosecution may well act to effectively thwart beneficial agreements, the existence of this supposed “chill” is difficult to determine. However, even assuming that this “chill factor” does exist, it is unclear that it would be eliminated or even significantly reduced by the dual track reform proposed for section 45. Indeed, it is arguable that already existing, traditional measures – such as enforcement guidelines and advisory opinions – would be more effective in clarifying when an arrangement should be viewed as legitimate and pro-competitive rather than deserving of criminal sanction.

Still, others are of the view that amending section 45 in order to harmonize Canada’s conspiracy laws with those of our major trading partners will assist in promoting cooperation among enforcement agencies and bring greater uniformity in cartel enforcement. However, while increased harmonization may be a desirable objective it is questionable whether this goal requires that Canadian competition law be made uniform with that of other jurisdictions. Some commentators have suggested that the goal should be to ensure that respective legal structures and processes are compatible with

⁵⁹ As noted by McCrone, *supra*, note 58, the 32 convictions since 1980 have netted total fines of approximately \$158 million.

⁶⁰ Facey and Assaf, *supra*, note 56 at 3.

⁶¹ See K. von Finckenstein, “Section 45 at the Crossroads” (2001 Invitational Forum on Competition Law, 12 October 2001).

each other, rather than identical, and that mechanisms are in place to deal with potential divergences should they arise.⁶² Moreover, if the underlying objective of greater harmonization in cartel enforcement is to persuade more jurisdictions to take the cartel issue seriously then, in that respect, Canada is already there as it is generally recognized as one of the leaders in cartel enforcement. Finally, many of the proposed reforms may be at odds with developments in our key trading partners. Some commentators have pointed out that the U.S. has been steadily moving towards a greater “rule of reason” approach to horizontal agreements and away from a strict “*per se*” rule.⁶³ Similarly, the EU has announced plans to review its notification system, based on the conclusion that this system “does not serve to safeguard competition.”⁶⁴ It would be ironic if Canada were to change section 45 with a view to promoting harmonization, only to find that it is in fact moving Canadian law in the opposite direction from that of other key jurisdictions.

Part XX - Proposed Changes

It is the Bureau’s view that a “two-track approach” should be adopted in order “to draw a clearer line between egregious cartel behaviour, which would continue to be dealt with as a criminal offence, and other arrangements among competitors whose effects are better assessed under civil law”.⁶⁵ In other words, egregious, “hard-core” conspiracies would face a criminal process while other non-cartel horizontal agreements, such as strategic alliances and joint ventures, would be subject only to civil review. The Commissioner made the following statement in support of a two-track system:

In our view, the Act would be strengthened if you drew a clear line between egregious criminal behaviour, such as price-fixing, to which conspiracy provisions should apply, and behaviour that is really an

⁶² Goldman, *et al*, “The International Experience with Cartel Enforcement”, *supra*, note 56.

⁶³ See Graham, *supra*, note 56 in this regard.

⁶⁴ See “Commission proposes regulation that extensively amends system for implementing Articles 81 and 82 of the Treaty”, *EU News Release*, September 21, 2001. For example, one of the complaints with the block exemption process is that the regulations governing this process have limited the ability of companies to innovate by forcing them to fit all of their contracts within the parameters of these regulations.

⁶⁵ “The Bureau’s Perspective”, *supra* note 54.

arrangement among competitors to compete more effectively, and which, if it has any anticompetitive aspects, would be assessed under civil law rather than criminal law.⁶⁶

Part XXI - Criminal Track

With regard to the criminal track, in order to provide a greater degree of certainty and predictability, it has been suggested that conviction should not depend on a court's assessment of complex economic factors, which a criminal court is generally not well-suited to judge.⁶⁷ As well, many commentators have suggested removing the word "unduly" and enumerating the categories of agreements or arrangements that constitute "hard-core" conduct into areas such as price-fixing, markets and customer allocation, output restriction and boycotts.⁶⁸

However, it is generally recognized that some exceptions are required, as a *per se* criminal offence without exceptions would likely cast far too wide a net. According to a Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology, exceptions should include situations where an enumerated agreement is part of a broader arrangement that is likely to "generate efficiencies or foster innovation"; and where the "restraint is reasonably necessary to achieve the efficiencies or cultivate innovation" generated by the arrangement.⁶⁹

The Bureau believes that restricting section 45 to hard-core cartel behaviour has the following benefits: it provides clarity for the business community about the types of conduct that are prohibited, eliminates from consideration many potentially beneficial strategic alliances which might

⁶⁶ Canada, *Interim Report on the Competition Act* (Ottawa: Standing Committee on Industry, 2000) (Chair: S. Whelan).

⁶⁷ See generally Canada, *A Plan to Modernize Canada's Competition Regime* (Ottawa: Standing Committee on Industry, Science and Technology, 2002).

⁶⁸ See e.g. Bill C-472, An Act to Amend the Act (conspiracy agreements and right to make private applications), the Competition Tribunal Act (costs and summary disposition) and the Criminal Code as a consequence, 2d. Sess., 36th Parl., 1999-2000 (1st reading 6 April 2000).

⁶⁹ Y. Bériault, "Proposed Amendments to Section 45 of the *Act*" (2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, 8-10 May 2002) (Toronto: Atlas Information, 2002) at 23-24.

otherwise be “chilled” by the uncertainty created by the word “unduly” and lowers the cost of enforcement against cartels and increases deterrence.⁷⁰

Part XXII - Civil Track

With regard to the civil track, several commentators promote a “substantially lessens competition” test, which is the same test that currently applies to mergers under section 92 of the Act and would help to synchronize the treatment of mergers and strategic alliances. Under this test, the burden of proof would be a civil standard, as opposed to the criminal standard that section 45 currently requires.

Some commentators favour the consideration of efficiencies as a defence or as a factor to be considered in assessing the overall competitive effect of an agreement or arrangement.⁷¹ However, some economists would avoid efficiency and instead replace it with productivity-based economics. Regardless of the means used to assess the overall competitive effect of an agreement or arrangement, as mentioned previously, most commentators agree that this analysis is best taken out of the hands of criminal courts.⁷²

Finally, the Bureau supports a pre-clearance process that would deal with benign or pro-competitive agreements, which would be similar to the one in place for mergers, except that it would be voluntary. Under this type of system, the Commissioner of Competition would be authorized to issue a clearance certificate if he or she is satisfied that the agreement, as proposed and implemented, does not substantially lessen competition or pose a threat under section 45 or the proposed civil track. This would compel otherwise covert agreements to be made transparent to both the Bureau, as well as the public in general,⁷³ as well as possibly provide a degree of criminal and civil protection to the parties involved.

⁷⁰ “The Bureau’s Perspective”, *supra* note 54 at 1.

⁷¹ See, e.g. T. Kennish, “Redesigning Section 45: A New Civil Law Treatment” (2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, 8-10 May 2002) (Toronto: Atlas Information, 2002) at 8-9.

⁷² See generally *supra* note 67.

⁷³ M.J. Trebilcock and P. Warner, “Fixing Price Fixing Laws” (Spring 1996) Can. Comp. Rec. 48.

Part XXIII - Other Considerations in Cartel Enforcement

Part XXIV - Document Creation and Retention Policies

Canadian competition counsel routinely advise clients to exercise caution in the creation of documents and records, especially electronic documents such as e-mail. This is in part due to the fact that the Act contains provisions that allow the court to infer the existence of a conspiracy from circumstantial evidence⁷⁴ and allow for the introduction of documents in the possession of a company as prima facie proof of their contents.⁷⁵ In addition, the need to take care in document creation is further underscored by the fact that Canada, unlike other jurisdictions such as the U.S., has no statute of limitations on when a prosecution can be brought under the Act's conspiracy provisions.

Moreover, it is risky for individuals and corporations to simply adopt a practice of routinely destroying documents. Such a practice may, in certain circumstances, constitute obstruction. It may also be contrary to other laws, including the recently enacted U.S. Sarbanes-Oxley Act⁷⁶ (the "Sarbanes Act"). The Sarbanes Act, creates new criminal penalties for unlawful document destruction and has implication for antitrust matters in the U.S. and Canada. For example, documents created by a Canadian company involved in an alleged conspiracy that also raise issues under U.S. federal antitrust laws may fall within the scope of the Sarbanes Act. Of particular note is a new offence which, on its face, prohibits the knowing alteration or destruction of a record or document with "the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States... or in relation to or contemplation of any such matter or case..." The offence is punishable by a fine and /or a maximum of 20 years imprisonment.

Part XXV - Private Actions

Section 36 of the Act contains a limited private right of action in respect of criminal matters. Under this section, a person may bring an action

⁷⁴ *Supra* note 1, s.45(2.1).

⁷⁵ *Ibid.*, s.69(2).

⁷⁶ Sarbanes-Oxley Act of 2002.

for damages and costs if the person has suffered loss or damage as a result of either: (i) conduct contrary to the criminal provisions of the Act or (ii) the failure of a person to comply with an order of the Competition Tribunal or another court under the Act. The constitutionality of this provision was challenged and upheld by the Supreme Court of Canada in 1989.⁷⁷ In order to succeed at trial, the plaintiff must show proof of actual loss or damage or proof of the offence or failure to comply with the order.

Where a party has been convicted of a criminal offence, such as conspiracy, section 36(2) of the Act provides that the record of proceedings in any court in which the defendant was previously convicted of an offence or for failure to comply with an order is, in the absence of any contrary evidence, proof that the person engaged in conduct contrary to the Act or failed to comply with the order. As well, evidence given in the criminal proceedings as to the effect of the defendant's conduct is evidence in the civil proceedings.

Under section 36(4) of the Act, there is a two-year limitation period to commence an action. This period begins to run from a day on which the conduct was engaged in, or the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later. In the case of failure to comply with a Tribunal order, the time begins from a day on which the order of the Tribunal or court was contravened, or the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later. There have been no cases that have interpreted the scope of this provision.

A plaintiff can sue in a court of competent jurisdiction, which includes the Federal Court and provincial and territorial courts with jurisdiction over civil actions, in order to recover the actual amount of damage incurred and a further amount of not more than the full costs of undertaking the legal action, which can include the costs of investigating the matter. This second category, although not much of an inducement as compared to US litigants who can receive treble damages, can provide an incentive to bringing a civil action. As well, section 36 appears to be restricted to compensation for provable damage and does not appear to include punitive or general damages.⁷⁸ This is one area where common law conspiracy claims, which can seek punitive damages, are usefully combined with section 36 claims.

⁷⁷ *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

⁷⁸ *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1987), 44 D.L.R. (4th) 145 (Man. Q.B.), aff'd (1989), 30 C.P.R. (3d) 209 (Man. C.A.); leave to appeal to the S.C.C. denied (1990), 30 C.P.R. (3d) 209.

A claim under section 36 is often combined with a claim in tort; in particular, the common law torts of civil conspiracy or unlawful interference with economic or contractual interests or relations.⁷⁹ This is done for several reasons, including: (i) if the two-year limitation period under section 36(4) has expired, an action based on a tort is subject to a longer limitation period, which is generally six years under provincial limitations statutes; (ii) the required elements under a claim for civil conspiracy may be easier;⁸⁰ and (iii) in a claim in tort, a plaintiff may claim general damages as well as special damages but in an action under section 36, damages are to be limited to special damages.⁸¹

While class actions are a relatively recent phenomenon in Canada, class action proceedings that follow prosecutions under the Act's conspiracy provisions are growing rapidly. Several high profile class action cases have been commenced with respect to conduct contrary to the Act, such as the international bulk vitamins cartel situation that has generated multiple class action proceedings in Ontario, British Columbia and Quebec.⁸² In addition to the unresolved issue of indirect purchasers, the courts will have to address the issue of national class.⁸³

Part XXVI - The Impact of Class Action Proceeding on the Immunity Program and Guilty Pleas

Notwithstanding that it is the Bureau's policy, with respect to private actions, to provide confidential documents and evidence only in response to

⁷⁹ See e.g. *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452 [hereinafter *Cement LaFarge*]; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 61 Man. R. (2d) 282 (C.A.); *Direct Lumber Co. v. Western Plywood Co.*, [1962] 2 S.C.R. 646; *Valley Salvage Ltd. v. Molson Brewery B.C. Ltd.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 734 (B.C.S.C.); and *Philco Products Ltd. v. Thermionics Ltd.*, [1940] S.C.R. 501.

⁸⁰ *Cement LaFarge*, *ibid.*

⁸¹ See generally S. Wong, "Class Actions and Private Actions under the *Competition Act* (Canada)" online: Davis & Company

<[http://www.davis.ca/publications/2001-](http://www.davis.ca/publications/2001-11_class_and_private_actions_under_competition_act.pdf)

[11_class_and_private_actions_under_competition_act.pdf](http://www.davis.ca/publications/2001-11_class_and_private_actions_under_competition_act.pdf)> (date accessed: June 27, 2003) [hereinafter "Class Actions"].

⁸² See *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-Laroche Ltd.*, [2001] O.J. No. 753 (Ont. Sup. Ct. of Justice).

⁸³ "Class Actions," *supra* at note 81.

a court order, the increase in private actions in general, and class actions in particular, may seriously undermine the effectiveness of the Immunity Program and the ability to negotiate guilty pleas. The prospective consequences of escalating settlements and the cost of defending civil claims could be that fewer parties will seek immunity, since bringing the conspiracy to light will increase the chance that the party will later be sued even if it is granted immunity from prosecution.

Moreover, companies that entered guilty pleas over the past few years have learned that the perceived advantages of lower fines and reduced defence costs pale when compared to the costs of defending and in some cases settling civil actions, particularly if plaintiffs will be able to forum shop in order to obtain the most favorable jurisdiction in which to bring their action.⁸⁴ It rarely seems beneficial to plead guilty with the result that the government may soon be put to the test of proving its case in contested proceedings.

⁸⁴ A recent U.S. court decision has brought this issue to the attention of many international competition players. In *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir., 2003), two out of the three judges in the DC Circuit Court of Appeals ruled that foreign companies could bring triple damage action claims against members of a vitamins cartel in U.S. courts, even though they bought the vitamins abroad. This would allow treble damages to be recovered by claimants even when the transactions from which the loss resulted took place outside of the U.S., in spite of the fact that the purchaser and seller had no connection with the U.S., provided that the underlying illegal conduct had an effect on U.S. commerce and injured at least one U.S.-based claimant. However, competition lawyers have called on the European Commission to challenge this decision, which they assert will undermine Europe's leniency/immunity programme for informants. The potential threat is that exposure to claims in the U.S. could deter whistle-blowers from coming forward in other jurisdictions including Canada. See E. Barraclough, "Lawyers call for EU action over creep of US antitrust laws"; *Competition Week Newsletter* (1 June 2003).

APPENDIX I

Conspiracy Penalties : 1993-2003

Year Convicted	Name of Company/ Individual	Product/ Industry	Section	Guilty Plea?	Fines – Corporate/ Individual	Fine as % of Company's Relevant Volume of Commerce in Canada
1993	Chemagro Limited	Biological Insecticides	s. 45	Yes	\$750,000	18%
1993	Chemagro Limited	Chemical Insecticides	s. 46	Yes	\$1.25 million	10%
1993	Sumitomo Canada Limited	Chemical Insecticide	s. 46	Yes	\$1.25 million	10%
1994	Kanzaki Specialty Papers Inc.	Fax Paper	s. 45	Yes	\$950,000	30%
1994	Mitsubishi Corporation /Mitsubishi Canada	Fax Paper	s. 45 and s. 46 ⁸⁵	Yes	Total fine \$950,000	Approximately 30%
1995	Quebec Pharmacists	Prescription Drugs and Dispensing Fees	s. 45	Yes	\$2,000,000	20%
1995	Canada Pipe Company Ltd.	Ductile Iron Pipe	s. 45	Yes	\$2.5 million	Approximately 30%
1996	New Oji Paper Company Ltd. (Japan)	Fax Paper	s. 45	Yes	\$600,000	No Canadian commerce
1996	Gestion des Rebuts DMP Inc.	Waste Disposal	s. 45	Yes	\$1.95 million	Approximately 40%
1996	Ciment St-Laurent Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,883,334	Not available
1996	Lafarge Canada Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,883,334	Not available
1996	Ciment Québec Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,733,333	Not available
1996	Béton Orléans Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$300,000	Not available
1996	Mitsubishi Paper Mills	Thermal Fax Paper	s. 45 ⁸⁶	Yes	Total fine \$850,000	No Canadian commerce
1997	Pierre Paré ⁸⁷	Waste Disposal	s. 45	Yes	\$550,000 ⁸⁸	Not applicable

⁸⁵ Also fined under s. 61 of the *Competition Act*.

⁸⁶ Also fined under s. 61 of the *Competition Act*.

⁸⁷ Former senior official with Gestion des Rebuts DMP Inc.

⁸⁸ Plus 100 hours of community service.

1997	Serge Brière ⁸⁹	Waste Disposal	s. 45	Yes	12 months imprisonment ⁹⁰	Not applicable
1997	Robert Caron ⁹¹	Waste Disposal	s. 45	Yes	12 months imprisonment ⁹²	Not applicable
1998	Archer Daniels Midland (ADM)	Lysine	s. 45	Yes	\$14 million	29%
1998	Archer Daniels Midland (ADM)	Citric Acid	s. 45	Yes	\$2 million	Approximately 12%
1998	Ajinomoto Co. Inc.	Lysine	s. 45	Yes	\$3.5 million	23%
1998	Sewon America Inc.	Lysine	s. 45	Yes	\$70,000	Approximately 5%
1998	Kyowa Hakko Kogyo Company, Ltd.	Lysine	s. 45	N/A	Prohibition Order	Prohibition Order
1998	Jungbunzler International AG	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$100,000	12.5%
1998	Jungbunzler International AG	Citric Acid	s. 45	Yes	\$1.9 million	19%
1998	Haarmann & Reimer Corporation	Citric Acid	s. 45	Yes	\$4.7 million	19%
1999	Fujisawa Pharmaceutical Co., Ltd.	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$360,000	20%
1999	Roquette Frères	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$700,000	28%
1999	Akzo Nobel Chemicals B.V. and Glucon B.V.	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$700,000	28%
1999	UCAR Inc. (Canada)	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$11 million ⁹³	Approximately 6%
1999	F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$48 million	12.5%

⁸⁹ Former senior official with Gestion des Rebut DMP Inc.

⁹⁰ To be served in the community.

⁹¹ Former senior official with Gestion des Rebut DMP Inc.

⁹² To be served in the community.

⁹³ Also made restitution to customers in the amount of \$19 million.

1999	F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	Citric Acid	s. 45	Yes	\$2.9 million	26%
1999	Dr. Roland Brönnimann ⁹⁴	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$250,000	Not applicable
1999	Andreas Hauri ⁹⁵	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$175,000	Not applicable
1999	Andreas Hauri	Citric Acid	s. 45	Yes	\$75,000	Not applicable
1999	BASF Aktiengesellschaft	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$18 million	12.5%
1999	BASF Aktiengesellschaft	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$1 million	No Canadian commerce
1999	Rhône-Poulenc S.A.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$14 million	12.5%
1999	Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$2.5 million	20%
1999	Eisai Co. Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$2 million	20%
1999	Chinook Group Limited	Choline Chloride	s.45	Yes	\$2.25 million	5%
1999	Russell Cosburn ⁹⁶	Choline Chloride	s. 45	Yes	Nine months imprisonment ⁹⁷ and 50 hours community service	Not applicable
1999	Roussel Canada Inc.	Bulk Vitamins	s. 46	Yes	\$370,000	20%
1999	Eastman Chemical Company	Sorbates	s. 45	Yes	\$780,000	20%
1999	Hoechst AG	Sorbates	s. 45	Yes	\$2.5 million	20%
2000	Takeda Chemical Industries, Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$5.2 million	Approximately 16%
2000	Merck KgaA	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$1 million	23%

⁹⁴ Former executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

⁹⁵ Former executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

⁹⁶ Former executive of Chinook Group Limited.

⁹⁷ Former director of Organic Chemicals and Daicel Chemical Industries, Ltd.

2000	SGL Carbon Aktiengesellschaft	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$12.5 million	Approximately 7%
2000	Daicel Chemical Industries, Ltd.	Sorbates	s. 45	Yes	\$2.46 million	30%
2000	Takayasu Miyasaka ⁹⁸	Sorbates	s. 45	Yes	\$250,000	Not applicable
2001	Tokai Carbon Co., Ltd.	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$250,000	No Canadian commerce
2001	Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.	Sorbates	s. 45	Yes	\$1.25 million	Approximately 16%
2001	Yoshiyuki Ebara ⁹⁹	Sorbates	s. 45	Yes	\$150,000	Not applicable
2001	Pfizer Inc.	Sodium Erythorbate	s. 45	Yes	\$1.5 million	20%
2001	Carbone of America Industries Corp.	Isostatic Graphite	s. 45	Yes	\$300,000	Approximately 18%
2002	DeGussa-Huls AG	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$2.5 million	Approximately 28%
2002	Lonza AG	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$1.1 million	12.5%
2002	Reilly Inc	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$35,000	20%
2002	Nepera Inc.	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$240,000	24%
2002	Dr. Kuno Sommer ¹⁰⁰	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$150,000	Not applicable
2002	Nippon Gohsei	Sorbates	s. 45	Yes	\$100,000	Approximately 40%
2003	Rhone-Poulenc Biochimie S.A. (sub of Aventis S.A.)	Methylglucamine	s. 45	Yes	\$500,000	Not available
2003	Akzo Nobel Chemicals BV	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$1 million	No Canadian commerce
2003	Bioproducts Incorporated	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$600,000	Not available

⁹⁸ To be served in the community.

⁹⁹ Former senior executive of Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.

¹⁰⁰ Former senior executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

2003	Akzo Nobel Chemicals BV	Monochloro acetic Acid and Monochloro acetate	s. 45	Yes	\$1.9 million	45%
2003	Arteva Specialties S.a.r.l., c.o.b. KoSa	Polyester Staple Fibre	s. 45	Yes	\$1.5 million	12.5%
2003	Robert P. Krass ¹⁰¹	Graphite Electrodes	s. 45	Yes	\$70,000	Not applicable

¹⁰¹ Former head of UCAR International Inc.

APPENDIX II

Criminal Conspiracy Provision

45. (1) 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.

Idem

(2) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

Evidence of conspiracy

(2.1) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of a conspiracy, combination, agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties thereto, but, for greater certainty, the conspiracy, combination, agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

Proof of intent

(2.2) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

Defence

(3) Subject to subsection (4), in a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to one or more of the following:

- (a) the exchange of statistics;
- (b) the defining of product standards;
- (c) the exchange of credit information;
- (d) the definition of terminology used in a trade, industry or profession;
- (e) cooperation in research and development;
- (f) the restriction of advertising or promotion, other than a discriminatory restriction directed against a member of the mass media;
- (g) the sizes or shapes of the containers in which an article is packaged;
- (h) the adoption of the metric system of weights and measures; or
- (i) measures to protect the environment.

Exception

(4) Subsection (3) does not apply if the conspiracy, combination, agreement or arrangement has lessened or is likely to lessen competition unduly in respect of one of the following:

- (a) prices,

- (b) quantity or quality of production,
- (c) markets or customers, or
- (d) channels or methods of distribution,

or if the conspiracy, combination, agreement or arrangement has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding a business in a trade, industry or profession.

Defence

(5) Subject to subsection (6), in a prosecution under subsection (1) the court shall not convict the accused if the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to the export of products from Canada.

Exception

(6) Subsection (5) does not apply if the conspiracy, combination, agreement or arrangement

(a) has resulted in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;

(b) has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or

(c) has prevented or lessened or is likely to prevent or lessen competition unduly in the supply of services facilitating the export of products from Canada.

(d) [Repealed, R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 30]

Defences

(7) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

(a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or

(b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

Exception

(7.1) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement between federal financial institutions that is described in subsection 49(1).

Exception

(8) Subsection (1) does not apply in respect of a conspiracy, combination, agreement or arrangement that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate.

[R.S., 1985, c. C-34, s. 45; R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 30; 1991, c. 45, s. 547, c. 46, s. 590, c. 47, s. 714.]

Where application made under section 79 or 92

45.1 No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person against whom an order is sought under section 79 or 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in proceedings under that subsection.

[R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 31.]

APPENDIX III
Proposed Criminal Conspiracy Provision

45.(1) Every person who agrees or arranges with one or more persons, where those persons compete or could reasonably be expected to compete with each other, for the purpose of or where the agreement or arrangement has or is likely to have the effect of,

(a) fixing, establishing, controlling or maintaining the price at which those persons supply or offer to supply a product,

(b) allocating customers or markets or portions of markets for the supply of a product, or

(c) preventing, eliminating, limiting or lessening the production or supply of a product

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine in the discretion of the court or to both.

Evidence of conspiracy

(2) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of an agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties thereto, but, for greater certainty, the agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

Proof of intent

(3) In establishing that an agreement or arrangement is for a purpose described in any of paragraphs (1)(a) to (c), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did agree or arrange as described in that paragraph or subsection, but it is not necessary to prove that the parties intended that the agreement or arrangement have an effect referred to in any of paragraphs (1)(a) to (c).

Proof of intent

(4) In establishing that an agreement or arrangement has or is likely to have an effect described in any of paragraphs (1)(a) to (c), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did agree or arrange as described in that paragraph, and that the parties knew or ought reasonably to have known that the agreement or arrangement would likely have that effect.

Defence

(5) In a prosecution under subsection (1), where the accused establishes, on a balance of probabilities, that

(a) the agreement or arrangement is ancillary to a principal agreement,

(b) the agreement or arrangement is necessary for implementing the principal agreement, and

(c) less restrictive alternatives to the agreement or arrangement are not available for implementing the principal agreement,

the court shall not convict the accused unless the court finds that the principal agreement, when considered without the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced, is for a purpose, has an effect or is likely to have an effect referred to in any of paragraphs (1)(a) to (c).

Definition of “principal agreement”

(6) For greater certainty, in this section, “principal agreement” means

(a) an agreement or arrangement that includes the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced; or

(b) an agreement or arrangement that is separate from, but between the same persons as, the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced.

Defence

(7) Subject to subsection (8), in a prosecution under subsection (1) the court shall not convict the accused if the agreement or arrangement relates only to the export of products from Canada.

Exception

(8) Subsection (7) does not apply if the agreement or arrangement

(a) results in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;

(b) restricts or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or

(c) prevents or lessens or is likely to prevent or lessen competition substantially in the supply of services facilitating the export of products from Canada.

Defences

(9) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

(a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or

(b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

Non-application

(10) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement

(a) between federal financial institutions that is described in subsection 49(1); or

(b) that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate.

Where application made under section 79, 79.11 or 92

45.1 No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person against whom an order is sought under section 79, 79.11 or 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in proceedings under that subsection.

Exception for block exemptions

45.2(1) Subsection 45(1) does not apply in respect of an agreement or arrangement that is within a class of agreements or arrangements exempted from the application of subsection 45(1) by an order made under subsection (2).

Order in council

(2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister and the Minister of Justice, made on the advice of the Commissioner, exempt any class of agreements or arrangements from the application of subsection 45(1).

APPENDIX IV
Proposed Civil Strategic Alliances Provisions

79.11.(1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that an agreement or arrangement between two or more persons prevents or lessens or is likely to prevent or lessen competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of the parties to the agreement or arrangement from doing anything or continuing to do anything under the agreement or arrangement.

Evidence

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that an agreement or arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market solely on the basis of evidence of concentration or market share.

Factors to be considered regarding prevention or lessening of competition

(3) In determining, for the purpose of this section, whether or not an agreement or arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, the Tribunal may have regard to the following factors:

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the agreement or arrangement;

(b) whether the business, or a part of the business, of a party to the agreement or arrangement has failed or is likely to fail;

(c) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the agreement or arrangement are or are likely to be available;

(d) any barriers to entry into a market, including:

(i) tariff and non-tariff barriers to international trade,

(ii) interprovincial barriers to trade, and

(iii) regulatory control over entry, and any effect of the agreement or arrangement on such barriers;

(e) the extent to which effective competition remains or would remain in a market that is or would be affected by the agreement or arrangement;

(f) any likelihood that the agreement or arrangement will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;

(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market;

(h) whether the agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will provide benefits to consumers, including competitive prices or product choices, and that would not likely be attained in the absence of the agreement or arrangement; and

(i) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the agreement or arrangement.

Non-application

(4) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement:

(a) between federal financial institutions that is described in subsection 49(1);

(b) that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate; or

(c) in respect of which notice must be given under Part IX.

Where proceedings commenced under section 45, 79 or 92

(5) No application may be made under this section against a person:

(a) against whom proceedings have been commenced under section 45, or

(b) against whom an order is sought under section 79 or 92, on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in the proceedings under section 45, 79 or 92, as the case may be.

Additional or alternative order

79.12.(1) Where, on an application under subsection 79.11(1), the Tribunal finds that grounds exist for making an order under section 79.11 but that an order under that section is not likely to restore competition in the market, the Tribunal may, in addition to or instead of making an order under that section, make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the agreement or arrangement in that market.

Limitation

(2) In making an order under subsection (1), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

APPENDIX V
Proposed Clearance Certificate Provisions

Certificate in relation to section 45

124.3.(1) Where, on the application of a party to an agreement or arrangement or proposed agreement or arrangement, the Commissioner determines not to refer the matter to the Attorney General of Canada for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against section 45, the Commissioner may issue a certificate to that effect.

Certificate in relation to civil strategic alliance

(2) Where, on the application of a party to an agreement or arrangement or proposed agreement or arrangement, the Commissioner is satisfied that sufficient grounds do not or would not exist to apply to the Tribunal under section 79.11, the Commissioner may issue a certificate to that effect.

Duty of Commissioner

(3) The Commissioner shall consider any application for a certificate under this section as expeditiously as possible.

Validity of certificate

(4) A certificate issued under subsection (1) or (2) is valid only on the basis of the same or substantially the same facts as the facts on the basis of which the certificate was issued.

Regulations

(5) The Governor in Council may make regulations respecting the procedure to be followed in respect of an application made under subsection (1) or (2), including the information to be contained in the application.

Dr. Tito Andrade

Depois desta palestra muito interessante do John sobre alguns novos aspectos da legislação de cartel canadense eu vou passar a palavra para o Dr. Alan Ryan. O Alan é sócio do Escritório *Freshfield Brookhouse and Theringroup*. Ele começou a carreira dele em Londres em 1990 e se mudou depois para Bruxelas em 1999. Desde 2002, ele atua em Washington na área de direito da concorrência da União Européia e do Reino Unido, tendo trabalhado em diversos casos importantes: o cartel de vitaminas, a fusão de *Ihannewel* e diversas alianças internacionais no setor de aviação. O Alan estudou na Universidade de Cambridge e em Michigan.

Essa ponte aérea que fazemos para Brasília ele faz de Washington para Bruxelas então ele deve ter muitas milhas. Alan, por favor.

(004)

Dr. Alan Ryan

What I'd like to talk to you today about is the new English criminal cartel offense. This came into force in June of this year. It is totally new. Previously in the U.K., cartels fell under the civil law only – either the U.K. domestic civil law or the E.U. civil law. In both cases the maximum penalty was simply a fine of up to 10% of turnover. That was felt not to deter cartels sufficiently and the government felt that only the threat of jail ... which in England is not a very pleasant experience at all... There have been a number of ministers who ended up in jail – they didn't like it. So, they felt that the threat of jail would deter cartel behaviour much more significantly.

The new example has a much more wide interest than just in the U.K. and it is being studied widely, particularly in Europe because it is one of the most recent attempts to toughen up competition laws.

The English domestic civil cartel provisions date from only 1998. So we are already introducing a criminal provision within four years of that. The offense itself is quite interesting and I put it up there. It is section 188 of the Enterprise Act, and that says that, first of all, it took an individual, note: an individual. It does not apply to companies, only the individuals who actually effectively create the cartel are guilty of an offense if they dishonestly... And you wonder, wait a minute, dishonestly what?

Could you please explain what an honest price fixer is? Well, believe it or not, there is such a thing and it is not just the mad professor. You need to dishonestly agree with one or more other persons to make arrangements of the following type, and they are specified. So it is a very narrowly tailored offense. It is not anything that restricts competition. It is arrangements of the following type: fix prices, limit or prevent supply, limit or prevent production, divide markets, allocate customers and rig bids. Only those.

If you can find, and I'm not sure I can at the moment, find something else that would restrict competition, that doesn't fall within that list, then even if you dishonestly enter into that agreement, you cannot be guilty of offense.

Interestingly, the offense will also occur whether the arrangement is implemented or not. Basically the attempt to create is already an offense. One very significant limitation is in section 189. The offense only applies to horizontal arrangements. So, it is felt to be much, much more deleterious to the economy and, therefore, vertical agreements, which restrict competition, even if dishonest, cannot land you in jail.

The one difference to the fact that an attempt can lead to an offense, is that if the agreement is made outside the U.K., so that if now, here, today, in Campos, we agreed to fix prices in the U.K., and it was never implemented, that would not be an offense, because it is only an offense, if made outside the U.K., if the agreement is actually implemented in the U.K.

Now, the interesting question that everybody makes is: What is dishonesty? Is it more than just a mad professor? And I will explain what the bus is doing there in a second.

There is a well established test for dishonesty in English case law and it comes from this case, *Gosh*. And it is an objective plus a subjective. You need to meet both. And the objective is: was what was done dishonest according to the standards of reasonable people? The reason the bus is there, is because it used to be, in English case law, people used to talk about the test for reasonableness, what was the man on the Clapton Omnibus thinking, that is, the man on the top floor of the bus thinking. This was felt in the older days to represent a reasonable cross-section of, you know, good society. Since then, and for those of you who know London's Clapton, depending on your political point of view, it has either become very trendy or it's become very seedy. And for those of you who follow the scandals of the English famous

people, like Prince Charles and people like that, well, about five years ago there was a case involving a Minister and a Rastafarian. They met on Clapton Common. So, I'll leave the rest to your imagination. But since then, people have not really been focusing too much on the test of the man on the top of the Clapton omnibus, thankfully. There have been much more objective tests of reasonable people. What was done had to be dishonest according to the standards of reasonable people. And there was the subject matter, did the defendant realize that this was the view of reasonable people? And that's where the scope to get out of the offense – to prove that you were not dishonest really comes in. Because, remember this is a criminal offense and a criminal standard of proof applies. You have to prove beyond a reasonable doubt, whether both elements of the test were met. You have to prove beyond reasonable doubt that the defendant actually realized that what he was doing was dishonest according to the standards of reasonable people. It has not been tested yet in the context of price fixing. The law came into force in June of this year. We shall see. One would hope that most people who are prosecuted for price fixing and who did price fix, will also be found to be dishonest, but it remains to be seen.

The penalties? Five years in jail plus an unlimited fine, and that is quite significant. The really interesting point here is how this relates to the civil case as well, because section 188 applies only to individuals. The companies that they work for will actually infringe a completely different statute. Either Chapter 1 of the Competition Act of 1998, which is a U.K. domestic law, or Article 81 of the E.C. Treaty, which is a well known E.U. provision. Which means that basically Section 188 and Chapter 1 will apply in parallel. The same facts will devise the proceeding against the individual under Section 188 and against the company under Chapter 1 or Article 81.

And that will be very interesting because the procedures are obviously very different. Section 188 means a criminal prosecution in the crown court, according to criminal standards of proof and criminal standards of evidence gathering. While Chapter 1, Article 81, enforced by the Office of Fair Trading, which is in the case of the European Commission, follows whichever decision the decision makers decide. It may follow the administrative proceeding. The standard of proof is very different, the proceeding is very different. It is very interesting how the two are going to be reconciled. The Office of Fair Trading is saying, what it proposes is that where the case can be brought under both Section 188 against the individual and Chapter 1, so where the OFT is enforcing

it under the domestic law, both cases will be investigated to criminal standards of evidence gathering. That obviously makes sense because if the investigated company is against the civil standards only, you are under the risk of not having sufficient quality evidence then to use against the individuals. Interestingly enough, of course, you have the protection against prejudice in criminal trials. Which means that a civil case can be investigated up to the point where it continues to remain confidential. But once the civil case reaches a stage where it becomes public, it has to be stayed. Because once it becomes public, the company is being investigated for breach of Chapter 1 and there are steps in the procedure which are open for everyone to see.

There is a risk that that may prejudice the criminal case and that the individual's defense lawyer may be able to have the case thrown out for mistrial. And therefore, what is likely to happen, is that the civil case will be stayed at that point pending the criminal trial in the Old Bailey most likely. And once that, then the civil case will be reactivated. That could be true if the OFT is involved in both cases.

Where the cartel is a bigger cartel and is EU-wide, it is likely to be investigated by the European Commission under Article 81 instead of the OFT. The OFT has discussed it with the European Commission, how they are going to manage the two proceedings, and all they say is that it will be discussed on a case-by-case basis on that. It remains to be seen if the European Union procedure for the civil is similar to the U.K. one, where the initial investigation, the evidence gathering is done confidentially. Once the go down, you will have the opportunity for hearing and all that stuff. If the hearing before the European Commission were to take place before the criminal trial, I think there would be a lower risk that that would prejudice the criminal trial and give the individual a mistrial. The procedure for a companies. The SFO, on the other hand, is there to prosecute individuals in white-collar crimes. It's got the experience to do it. The investigation is criminal investigation is that the OFT can bring the prosecution and so can the Serious Fraud Office. The Serious Fraud Office is a branch of the English government, which, so far, has investigated white-collar crime. All the stock market investigations have been done by the SFO, generally in cases being prosecuted by the SFO and not by the OFT, the SFO has the experience. Remember, the OFT, being a competition body, has no experience of prosecuting individuals. Its only experience is the one in civil cases against

started by the OFT and once the actual evidence is gathered, they will then inform the SFO as soon as the case appears likely to lead to criminal prosecution and at which point the case will be more or less handed over to the SFO to prepare the case for trial. The investigation can be started if there is no reasonable doubt. That means that it is very straightforward and includes statements by employees, confessions by cartel members. Probably most likely information received in numerous applications. They can all be reasonable doubts. It doesn't take much to get investigation started. That is OFT's opportunity to really move into the real world. The OFT under the Enterprise Act, the criminal offenses, now has much more importance to get power to gather investigations. It needs them because it has to prepare the case for the criminal standards of proof beyond a reasonable doubt. And that is a very high standard. That's the same standard that was used in the courts in California, whereby O.J.Simpson was found not guilty. So you can get my idea of what a high threshold that is. More than that I won't comment on that case. It has very standard powers that came from the civil cases, to send notes to individuals, etc. But it also has the power to enter premises under search warrants. And it also has the power to use covert surveillance, which is basically listening to telephone, records, e-mail records, and shadowing people as well. That is where James Bond clearly comes in, because the OFT doesn't have experience of shadowing people. We haven't been trained yet with dark glasses. They have decided that they are going to subcontract the covert surveillance from the National Criminal Intelligence Service, which is a kind of umbrella body that helps to coordinate actual intelligent services. Not MI5 people like that, but people who investigate money laundering and things like that. They are obviously properly trained to use covert surveillance. There are a number of constitutional protections in there because of the power that is given to the government to use in looking at telephone records, etc. You have to get something from the Office of Surveillance Commissioner and that Office has to approve any request to use covert surveillance. It is not automatic that once you are investigating an individual for a cartel offense, it is not automatic to stake out his house, follow him up, things like that. You have standard protections against legal privileges to protect against incrimination. But the real change in this is actually allowing the James Bond style, you know, following of people, things like that. That stuff is much more serious for protecting cartels.

Needless to say, and they are hoping, that most of the information will actually come from leniency. There is a provision already in the Act for leniency

application. If you have the threat of jail, you are far more likely to make an application for leniency than if it is simply a question of the company being fined, and the worst that could happen to you as an individual would be that you would be fired. Now that you face jail, these people are strongly expecting a much greater application for leniency. There are OFT guidelines on what you need to do to get leniency. Basically, you have to bare all, you have to admit, you have to provide the OFT with information, you have to maintain continuous cooperation. Anybody who coerced another company to take part in a cartel is not eligible for leniency. But interestingly the OFT guidance says that typically you should refrain from further participation in cartels. That goes without saying, except as directed by the OFT. So that they can actually require you to continue participating in the cartel, with James Bond men following you to gather all the information. So you can actually be required to be used as a mole in the cartel, which undoubtedly is not very pleasant.

Individuals can apply for leniency themselves but any corporate application for corporate leniency under the cartel will also grant leniency to the individuals named in the company's request. Interestingly, you can make an application on a no-names basis. There is no restriction in there saying that you have to be the first one in or anything like that. That might apply in practice conceivably, but in theory usually you don't have to be the first one in. The fact that you can make the application on a no-name basis gives people much more comfort in actually going in.

Given the peculiar circumstances in Europe of having the national authorities cooperate with the E.C. in any particular cartel, it can be reviewed either by one or the other, and in some cases, both. If you are making an application for corporate leniency to the E.C. under the European Commission's program, you should also make one for the individuals to the OFT. If the cartel went wider than Europe, you should also make the application for leniency to all the other authorities involved as well.

Then finally, extradition. Because it is a criminal offense, it can be made specifically extraditable. There was recently a case involving two auction houses in the U.S., Christie's and Sotheby's, and the chairman of, I think it was Sotheby's, Alfred Talban, was sentenced to a year and a day in jail in the U.S.A., plus a 20 million dollar fine, plus he had to pay the cost of his own incarceration as well. Probably it didn't cost much less than his own apartment, but anyway. His counterpart, the chairman of Christie's, Sir Anthony Tenent, he was British, because this was before the Enterprise Act came into force, he can't be extradited because it is not an offense in England.

But he can't really enjoy his retirement in England, while his counterpart is in jail in the U.S.A. That doesn't mean that the government has decided that it doesn't want it to happen, so it has specifically made it extraditable.

There hasn't been a case of extradition yet because the law is so new. Extradition is not automatic. Under general criminal law provisions in England, the facts have to describe an offense in both jurisdictions, the requesting jurisdiction and the offending jurisdiction.. So that means that if any non-U.K. authority is requesting extradition from the U.K., it needs to show that what the individual did was also an offense in the U.K. and that must mean that the individual was dishonest as well. Hopefully, it should be easy to do and it is something that's there, and it means that extradition will not be automatic.

And then finally, needless to say, cooperation with overseas public authorities. This is a completely new section of the Enterprise Act, which introduces a new system of sharing information with overseas public authorities across the border in competition and basically allows information sharing to take place, subject to the usual safeguards, confidentiality, etc. Information sharing does not require a mutual assistance treaty. It does not require a cooperation agreement between the U.K. and the country requesting information. This is one that can be refused, but it is not determinative. if you don't have it in the U.K., it can still be worthwhile requesting it.

That's it. Thank you very much indeed.

Dr. Tito Andrade

Obrigado Alan.

SLIDE 1

The UK Enterprise Act 2002 Criminalisation of Cartels

Alan Ryan
IBRAC – November 2003

SLIDE 2

Introduction

- The new offence
- Penalties
- Relationship with civil cases: chapter 1/Art 81EC
- Procedure/Information gathering
- Leniency
- Extradition
- Cooperation with overseas competition authorities

SLIDE 3

The new offence

- S.188 Enterprise Act 2002
- (1) “An *INDIVIDUAL* is guilty of an offence if he *DISHONESTLY* agrees with one or more other persons to make or implement...arrangements *OF THE FOLLOWING KIND* relating to at least two undertakings (A and B)”
- (2) To: - fix prices
 - limit or prevent supply
 - limit or prevent production
 - divide markets
 - allocate customers
 - rig bids

SLIDE 4

The new offence (cont'd)

- The offence occurs whether or not the arrangement is actually implemented
- S. 189: The offence applies only to horizontal arrangements
- S. 190 (3): An agreement made outside the UK will lead to an offence only if actually implemented in the UK

SLIDE 5

Dishonesty

- “Honest price fixing” is not an offence!
- “Dishonesty”: well-established test for dishonesty
- *R v Ghosh*: Objective PLUS subjective elements:
 - (1) was what was done dishonest according to the standards of reasonable people?
 - (2) Did the defendant realise that this was the view of reasonable people?

SLIDE 6

Penalties

- 5 years jail; plus
- A fine (no maximum)

SLIDE 7

Relationship with civil cases

- S. 188 applies only to individuals
- Companies infringe either Chapter 1 of the Competition Act 1998 (UK domestic law) or Article 81 EC Treaty
- S. 188 and Chap 1/Art 81 apply in parallel: same facts can give rise to parallel proceedings
- Note that procedure under S.188 is very different from Chap 1/Art 81: S. 188 leads to a criminal prosecution in the crown court whereas under chap 1/Art 81 OFT/European Commission are decision makers following administrative procedures

SLIDE 8

Relationship with civil cases (cont'd)

- Burden of proof is very different: criminal “beyond reasonable doubt” standard applies to S.188
- OFT says that where a case can be brought under both S. 188 (vs. individual) and Chap 1 (vs. company), *both* cases will be investigated to criminal standard of evidence gathering
- Civil Chap 1 case can probably be pursued to stages which remain confidential (rule 14 notice) but thereafter will need to wait for criminal case to be judged to avoid risk of prejudicing the criminal trial
- S. 188 and Art 81 cases will be discussed on a case by case basis between the OFT and the European Commission

SLIDE 9

Procedure

- Prosecution brought by OFT or Serious Fraud Office (generally case will be prosecuted by SFO but often in conjunction with OFT)
- Investigation will be initiated by OFT who will inform SFO as soon as case appears likely to lead to criminal prosecution at which point SFO (maybe with OFT) will prepare case for trial
- OFT can commence investigation “if there are reasonable grounds for suspecting that an offence under section 188 has been committed”
- OFT’s guidance says employee statements, as well as from ex-employees and cartel members and information received in leniency applications can give it reasonable grounds for suspecting

SLIDE 10

Procedure (cont’d)

- OFT has power to
 - Send written notices to individual to answer questions or provide information or documents
 - Enter premises under warrant
 - Use “covert surveillance” (subject to approval of Office of Surveillance Commissioner)
- Protection
 - For legal privilege
 - Against self-incrimination

SLIDE 11

Leniency

- S. 190(4) provides for “no action letters”
- OFT guidance requires individual to
 - Admit
 - Provide OFT with all information and evidence available
 - Maintain continuous and complete cooperation with OFT
 - Not have co-erced another undertaking to take part in the cartel
 - Refrain from further participation in the cartel (*except as directed by OFT/SFO*)

SLIDE 12

Leniency (cont'd)

- Individuals can apply for leniency or companies can and all individuals named in the company’s request will get no action letters if appropriate
- Initial approach can be made on a no names basis
- There is no guarantee of a no action letter
- If a corporate leniency application is being made to the European Commission, application should also be made to the OFT
- In practice, leniency application should also be made to other appropriate authorities at the same time

SLIDE 13

Extradition

- Offence is extraditable
- But extradition is not automatic
- Facts alleged must disclose an offence in both jurisdictions
- i.e. in extraditing from the UK, the requesting jurisdiction will need to plead that the individual was dishonest

SLIDE 14

Cooperation with “Overseas Public Authorities”

- The Enterprise Act 2002 introduces a new system of information sharing with “Overseas Public Authorities”
- The OFT can share information with OPAs subject to safeguarding confidentiality and provided sharing the information will assist the OPA in its functions
- The country of the OPA must have protection against self-incrimination and data protection laws before any information can be sent
- If there is no mutual assistance programme between the UK and the relevant country, disclosure can be refused (though this is not determinative)

Vou chamar agora o Dr. Mauro Grinberg que em seu foro de atuação dispensa maiores informações. O Dr. Mauro é ex-Conselheiro do CADE, Procurador aposentado da Fazenda Nacional, fundador e membro da Diretoria do IBRAC, relator do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do CESA (Centro de Estudos das Sociedades de Advogados) e sócio do Escritório Araújo e Policastro Advogados.

(006)

Dr. Mauro Grinberg

Nós não combinamos o jogo no meio do caminho.

Membros da mesa, autoridades, Senhoras e Senhores. Eu prometi ao Tito que seria breve e pretendo cumprir a promessa porque geralmente eu as cumpro. Não confirmem isso com minha mulher, por favor. Também, porque o Tito, o Renato, eu e mais alguém aqui ouvimos no Continente Africano, quando lá estivemos, um conselho. Como eu sei que tem o intervalo do café logo depois, nós ouvimos dizer que não é muito conveniente ficar entre a “manada de rinocerontes e a água”. Então, eu serei breve para abrir espaço para o intervalo do café.

A idéia de falar sobre este assunto veio de uma visita que eu recebi, há pouco tempo atrás, de um possível cliente que me perguntava o que deveria fazer para não incorrer nessas investigações que a Secretaria e o Departamento faziam. Então, eu dei todas as explicações possíveis para ele, dentro do curto espaço de tempo, sobre o que ele não podia fazer. Depois da minha longa explicação- eu já estava muito contente com ela- ele me pergunta: “Dr., eu entendi o que o senhor falou. Mas agora me explica uma coisa: como é que a gente faz para combinar?”. Eu me senti absolutamente infeliz naquele momento porque eu achei que tinha explicado que não era para combinar. Entretanto a cultura dele era exatamente outra, quer dizer, ele tinha outra visão e vinha de uma cultura de fixação de preços.

Então, vou passar imediatamente a explicar. Primeiro, quero dizer que foi feito uma pesquisa de jurisprudência dos julgamentos do CADE com base nas informações disponíveis entre 1999 e 2002. E quero agradecer ao Rafael Habler que me ajudou e que foi o responsável pela pesquisa. Deste modo, os defeitos vocês atribuam a mim e as qualidades atribuam a ele.

O que nós vemos nesses quatro anos é que houve muito mais punições de serviços do que de indústria e comércio. Atribuímos isso à estrutura deficiente: falta gente, equipamento, investimento, enfim, nisto acho que todos nós estamos de acordo. Obviamente não é culpa das autoridades, nem atuais nem anteriores, mas a estrutura é deficiente. É uma questão cultural. O exemplo que dei a vocês há uns minutos atrás é real, ou seja, ainda existe no Brasil uma cultura de cooperação que favorece os cartéis.

Existem, claramente, vários casos sob análise judicial. Daqueles que nós vamos ver, um total de dezessete casos julgados são casos julgados e condenados que selecionei. Desses dezessete casos talvez todos estejam sob apreciação judicial, e nós sabemos que existem várias investigações em vários graus de andamento mas que ainda não chegaram ao CADE e não foram decididos por ele. Desses casos, dezesseis são de fixação de preços e um caso é de fraude em licitação. Ou seja, não existiram julgamentos de casos de divisão de mercado ou de limitação de produção.

Houve um caso de fraude em licitação em que o mercado é de construção de plataformas de exploração de petróleo. Em matéria de fixação de preços temos no setor industrial um caso (o aço), no setor comercial dois casos (postos de gasolina), sendo que em 2003 já houve mais julgamentos de postos de gasolina. Esta estatística em algum momento posterior será atualizada. Associações profissionais e setores de saúde responderam por onze casos. Os setores de contabilidade e de armazenagem frigorífica responderam por caso cada um.

Ora, um diretor de multinacional ou de uma empresa nacional grande olhando esse quadro, dirá: “ora, se eu não faço parte de uma associação profissional que tem tabelas de preços, se eu não sou dono de posto de gasolina, qual é o receio que eu tenho?”. Olhando esse quadro existem várias investigações em curso que, nós sabemos, não chegaram a ser julgadas ainda pelo CADE.

Um dos temas importantes hoje é o acordo de leniência. Eu vou passar por ele muito rapidamente porque não é o objetivo nosso aqui. O que tem impactado o acordo de leniência no Brasil, além do ainda pequeno receio de punição, é a questão penal. O Secretário de Direito Econômico, quando assina um acordo de leniência, suspende o prazo prescricional e ao final do acordo, quando ele é cumprido, extingue a punibilidade. Isso pela lei. Todavia, nós sabemos que provavelmente o Ministério Público, através de vários de seus membros, não concordará com a extinção da ação penal pelo Secretário da SDE já que o Ministério Público é o autor da ação penal.

Provavelmente, em algum momento, a jurisprudência esclarecerá esse assunto. Mas dificilmente os advogados tenderão a expor seus clientes a essa dúvida.

Mais ainda, nós sabemos que no caso que já foi assinado no Rio Grande do Sul, participaram os dois Ministérios Públicos, o federal e o estadual. Todavia, caso se trate de um acordo de âmbito nacional, nós teremos dúvidas sobre qual Ministério Público assinará ou poderá assinar esse acordo. Se for federal, em que estado? Se há cartéis em que o efeito ocorre em vários estados, qual será o MP competente? A rigor o Procurador, em cada um deles, poderá participar. Se estadual, em que cidade? Ou seja, são dúvidas que nós temos dificuldade de responder neste momento. Possivelmente haverá um juízo e uma promotoria naturais, mas são dificuldades que só a jurisprudência poderá esclarecer.

Assim, o receio que nós temos é que alguém que assine um acordo de leniência esteja no pior dos mundos. Esse é o receio dos advogados, porque confessou, terá dificuldades de se defender e não terá os benefícios do acordo. Essa obviamente é uma visão puramente pragmática.

Algumas ações nós vemos como impossíveis neste cenário. Todas elas, menos uma, são ações sem alteração legislativa. Primeira: orçamento. Não vou me estender muito nisto porque é unânime a opinião de todos de que é preciso mais investimento, mais gente, mais material, mais estudo, mais pesquisa, enfim, tudo se precisa mais. Logo, não vamos nos estender nesse assunto.

A segunda ação diz respeito à troca de informações. Nós vimos aqui, quando nosso colega do Canadá fez sua exposição, que ele mencionou que a maioria dos casos em que houve condenação no Canadá são de cartéis internacionais, não puramente canadenses. Ora, ele não disse e nem está escrito, mas isso sugere que houve aproveitamento de informações e talvez até de provas. Isso será uma ação eficiente no combate aos cartéis.

A terceira ação diz respeito à cultura. A cultura é algo absolutamente necessário e eu reconheço que a Secretaria e o Departamento têm feito seu trabalho. O IBRAC, por meio de eventos como este e outros, também têm feito sua parte. Mas reconhecemos que é preciso mudar a cultura não só na sociedade mas também dentro do próprio governo. Nós sentimos isso através de informações contraditórias que nos vêm do próprio governo ao tentar combater os cartéis em vários setores. O mais evidente deles é o de abastecimento de combustível, fixações de preços, estabelecimentos de preços e de tetos de preços, etc. Tudo isso vai contra a cultura da concorrência. Nós reconhecemos que as autoridades hoje têm tentado fazer sua parte, mas elas devem fazê-lo também dentro do governo.

Foco. É preciso que o foco seja direcionado à situações em que haja mais probabilidade de atividade cartelizadora: tipo produto homogêneo, participação de associações profissionais, alto grau de concentração e existência de indivíduos dominantes são algumas das características. Obviamente, a existência delas certamente não implica em existência de cartel, mas indica uma probabilidade maior.

A única sugestão que depende alteração de lei entre as que eu coloquei aqui, por um pouco de teimosia pessoal, é a idéia do compromisso de cessação porque quando se criou o acordo de leniência, na mesma lei proibiu-se o compromisso de cessação em matéria de cartel. Sempre me pareceu que o compromisso de cessação era uma excelente arma educativa que tinha uma excelente função educativa junto ao mercado. Além do mais, era, deveria ser ou é – quando não se trata de cartel – uma excelente maneira de pôr o mercado novamente nos trilhos. Pareceu-me, e isso não vai a detrimento das autoridades atuais, que houve uma tentativa de indução a um acordo de leniência. Quer dizer, a mesma lei que criou o acordo de leniência proibiu o compromisso de cessação em matéria de cartel.

Mas eu coloco esse tema, ainda em pauta, até por uma questão saudosista já que participei do primeiro acordo de leniência que se fez no Brasil. Foi no famoso caso “das laranjas” e acho que o mercado voltou, naquele momento, ao trilho concorrencial- se é que alguma vez havia saído.

Muito obrigado.

SLIDE 1

**O Combate aos Cartéis no Brasil
IX Seminário de Direito da
Concorrência - IBRAC**

Mauro Grinberg

Campos do Jordão, 28 e 29 de Novembro de 2003

SLIDE 2

Jurisprudência: 1999 a 2002

Prioridade: Serviços em detrimento de indústria e comércio

Problemas:

- estrutura
- cultura

SLIDE 3**Total: 17 casos**

- Fixação de preços: 16 casos
- Fraude em Licitação: 1 caso

Inexistência de casos:

- divisão de mercado
- limitação de produção

Fraude em licitação: 1 caso (construção de plataformas)

SLIDE 4**Fixação de Preços:**

Setor industrial: 1 caso (aço)
Setor comercial: 2 casos (postos de gasolina)

Associações Profissionais: casos

- setor de saúde: 11 casos
- setor de contabilidade: 1 caso
- setor de armazenagem frigorífica: 1 caso

SLIDE 5

Acordo de Leniência Questão Penal

Assinatura pelo Secretário da SDE:

- **suspensão da prescrição**
- **extinção da punibilidade**

SLIDE 6

Acordo de Leniência Participação do Ministério Público

Dúvida: qual Ministério Público

- **se Federal, de que Estado?**
- **se Estadual, de que cidade?**

SLIDE 7

Acordo de Leniência Participação do Ministério Público

Possibilidades: pior dos mundos

- confissão e dificuldade de defesa
- ausência dos benefícios do acordo

SLIDE 8

Ações:

- **orçamento**
- **troca de informações**
- **cultura**
- **foco**
- **compromisso de cessação**

(007)

Dr. Tito Andrade

Vamos recomeçar a segunda parte do painel. Depois de concentrado a visão dos advogados brasileiros e estrangeiros, nós vamos ter um espaço para as autoridades colocarem e, de alguma maneira, manifestarem o que vem sendo feito nesses últimos dois anos, pelo menos, tanto no CADE quanto na SDE e na Procuradoria.

Nós vamos começar com a Dr^a Maria Paula Dallari Bucci, que é Procuradora-Geral do CADE, Doutora pela USP e professora do Mestrado da Universidade católica de Santos. Dr^a Maria Paula, por favor.

(008)

Dra. Maria Paula Dallari Bucci

Bom dia a todos.

Em primeiro lugar, eu queria agradecer o convite do IBRAC e saudar todos os presentes. Acho eu que sou recém-chegada ao sistema já que estou há no CADE há menos de um ano. Creio que esta é uma grande iniciativa, uma grande oportunidade de trocas de experiência e de informações.

Sr^o Presidente, quanto tempo eu tenho? No limite, 20 minutos. Mas sem gastar o limite todo de tempo, vou passar direto ao tema da exposição.

Estava combinado com o Presidente da mesa que eu faria uma reflexão sobre a experiência judicial do CADE nos casos de cartel. Quer dizer, na divisão de trabalho da mesa, os casos de cartel na jurisprudência do judiciário. Esta foi a proposta inicial que orientou o início do meu trabalho. Mas, de imediato, eu percebi que o trabalho nessa linha é muito complicado e acho que há tantos problemas metodológicos que eu acabei descartando essa linha de trabalho. Isto pela seguinte razão: eu já disse em outra oportunidade e digo novamente e aí fica até uma resposta a um comentário que foi feito ontem a respeito das ações judiciais contra o CADE- que seriam muitas e que o CADE as perderia reiteradamente. Não é por uma razão corporativa que eu insisto em frisar este ponto. Eu acho que não há trabalho sistemático e dados disponíveis para sustentar uma conclusão nessa linha. Na verdade, há um amontoado.

Eu mesma na Promotoria venho tentando organizar dados de uma tal maneira que seja possível fazer um mapa identificando em que matérias o CADE ganha na Justiça e em que matérias o CADE perde, qual é o percentual de cada uma deles. Infelizmente, isso não está disponível. Nós vemos que a dificuldade de se trabalhar com dados concretos no CADE é geral. O Dr^o Mauro Grinberg foi trabalhar com alguns dados e também enfrentou dificuldades.

Eu vou apresentar um dado, um pouco na linha do trabalho Dr. John, tentando fazer um trabalho mais sistemático com a jurisprudência administrativa do CADE. Nós vemos que os dados não estão disponíveis, não têm tratamento adequado ou não há padronização. Então, são exercícios muito embrionários. Eu acho que, enquanto não tivermos condições de fazer isso mais sistematicamente e uma análise mais rigorosa, tudo que apontamos como tendências é algo bastante relativo.

Logo, essa foi a razão de eu ter descartado trabalhar com os casos judiciais porque, repito, mesmo em matéria de cartéis vocês verão que os casos administrativos são muito poucos e as ações judiciais numericamente não guardam qualquer tipo de relação. Podemos ter, em relação a um mesmo procedimento administrativo, várias ações judiciais e vários incidentes como agravos, despachos, etc. Este amontoado de números vai nos levar à conclusões equivocadas. Até mesmo na Revista do IBRAC- fui lê-la com avidez quando soube que a revista continha as decisões judiciais- vemos que não há tratamento sistemático. Como consequência, extrair daquele conjunto de decisões qualquer tendência é alguma coisa metodologicamente muito complicada. Essa foi a razão de eu ter deixado de lado esse trabalho. Na verdade, creio que ele será feito mais a frente, mesmo porque no Brasil, como todos nós sabemos, ação judicial leva muito tempo para correr.

Quando eu estiver trabalhando com a amostra jurisprudencial administrativa do CADE, vamos ver que os casos são recentes e que o debate judicial mal começou. Tal jurisprudência só vai estar disponível e vai ser relevante para algum tipo de comentário daqui a dez anos. Sinto muito mas não é por minha vontade; são as contingências. Antes disso, esses números não se prestam para suportar sequer tendências.

Então, o que eu me propus a fazer é um exercício de análise sistemática de uma amostra jurisprudencial que coletei. Quais foram os casos que eu selecionei? São os casos representativos das condenações do CADE

em matéria de cartéis. Dessa forma, como já foi dito por outros, vou citar os seguintes casos: cartel do aço, cartel do caso “Estaleiro da Ilha SA (EISA) e da “Marítima Petróleo e Engenharia” e os três casos de combustíveis já julgados pelo CADE (Florianópolis, Goiânia e Belo Horizonte). Do ponto de vista da metodologia há discussões e há quem entenda que os casos de tabela deveriam ser incluídos e não foram. Este é um mero exercício, que tem uma porção de falhas e que pode ser aperfeiçoado. Mas ele vale, acho eu, mais pela proposta de trabalho do que pelos resultados em si.

Vejam nesta amostra jurisprudencial como são recentes os casos. O cartel do aço é de 1999, o caso EISA e o Estaleiro são de 2001, os casos dos combustíveis são de 2002 e o último, de Belo Horizonte, é recentíssimo, de setembro (2003)- o acórdão nem sequer está publicado.

Vou ser rápida para, mais por uma questão sistemática, apontar cada um destes casos.

O cartel do aço contra a CSN (Companhia Siderúrgica Nacional), a COSIPA (Companhia Siderúrgica Paulistas) e a Usiminas, com iniciativa da COSIPA foi julgado em outubro de 1999 por unanimidade e a condenação tem base no art. 21, I, da Lei 8.884.

Posteriormente vou colocar comparativamente os dados lado a lado.

O caso EISA tem como relator Conselheiro Thompson Andrade, que está aqui presente, e foi julgado em 2001 por maioria. A condenação tem base no art. 21, VIII e esse é um caso de licitação.

O cartel de Florianópolis contra o Sindicato teve como representante o Ministério Público de Santa Catarina e a condenação teve base no art. 21, I, II e XXIV, da Lei nº 8.884.

No de Goiânia, que é relativamente parecido, a condenação tem base no art. 21, II, da Lei.

Vamos ver que, como era de se esperar, há similitudes entre os três casos de cartel de combustível. Eu acho que não interessa nos determos nesses casos mais por uma questão de organização.

No caso do cartel de Belo Horizonte, a representante é a SDE, *ex officio*. Ele foi julgado em 2003 e a condenação foi baseada no art. 21, II, da Lei.

Definida essa amostra jurisprudencial, começamos a fazer um exercício comparativo desses julgados para ver se é possível extrair alguma conclusão relevante disso.

Um primeiro exercício que eu me propus a fazer é verificar quem teve a iniciativa desses processos todos. Aqui, a coluna do representante indica quem consta oficialmente como tendo iniciado o processo e chama a atenção à quantidade de processos que teve início pelo próprio Poder Público, pela própria SDE. Poder-se-ia dizer que isso é de se esperar porque, afinal, é a peça do sistema que está encarregada justamente de fazer as investigações. Parece-me que é uma das conclusões que eu quero desenvolver.

Notem que o caso de Florianópolis teve início com o Ministério Público da Santa Catarina e me parece que essa é uma possibilidade que o sistema tem que explorar e que pode elevar exponencialmente o seu poder de ação pelo Brasil à fora nos mais diversos casos de cartel.

Vejam que na coluna da direita e nos casos do cartel de Goiânia e de Belo Horizonte constam a participação de quem trouxe para a SDE os fatos. No caso de Goiânia havia uma averiguação preliminar na própria SDE, mas houve uma notícia dos fatos trazida pelo PROCON e pelo Ministério Público de Goiás. A mesma configuração aparece no caso de Belo Horizonte: a participação significativa do Ministério Público e do PROCON de Minas Gerais.

A tipificação nos casos de aço e do EISA são os art. 20, I, e art. 21, inciso I, no primeiro caso, e no segundo caso, inciso VIII, da Lei 8.884. Vamos ver que não são numericamente expressivas as condenações com base no inciso I. O art. 20, I, só para relembrar, diz “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”. O art. 21, incisos I, II e VIII que são os que estão em questão naquelas cinco situações que vocês têm.

Uma coisa importante, e a minha pesquisa foi limitada até porque não houve tempo para isso, para pesquisarmos pode acenar outras formas de trabalho do CADE é qual o tipo de prova produzida. No caso do cartel do aço, a prova mais importante é a indiciária. Também o paralelismo de condutas observado é muito importante para a análise econômica de preços de 1996 a 1997.

Então, há experiências de trabalho no CADE com análise econômica ou com coleta de dados econômicos. Ainda incipiente, isso aparece no segundo caso, em que a prova mais importante é uma prova documental. Ainda assim, houve algum nível de consideração da racionalidade econômica, que é uma das tendências, acho eu, que o sistema deve perseguir. Isso já está indicado. Eu acho até que a minha grande observação em relação a isso é que, do ponto de vista da atuação propriamente

jurisprudencial do CADE, eu não acho que há grandes reparos porque as tendências são corretas. Na amostra ainda há poucos casos e eu acho que essa tendência deve ser reproduzida, devendo vir a ser confirmada no futuro.

As penas aplicadas no caso do aço- que é o caso de maior impacto- foram as multas para as três empresas que, totalizadas, chegam a dezessete milhões de dólares. Isto é uma coisa inusitada para qualquer parâmetro, mesmo da atuação judicial. No caso do EISA, curiosamente, a multa ficou para ser liquidada posteriormente porque no momento da condenação não se dispunha do faturamento. Então, são coisas ainda a serem alteradas numa jurisprudência futura.

Acho importante destacar também a existência das penas acessórias. No caso do aço houve uma condenação por engano, que não é propriamente uma pena acessória. Na verdade, pode-se dizer que foi quase um comportamento acessório e atípico. A pena acessória por definição é a da publicação. No caso do aço a pena foi mais rigorosa: uma publicação por dois dias em três semanas. E no caso do estaleiro houve apenas a determinação da publicação por uma única vez.

Entretanto, comparando com os cartéis dos combustíveis nós vamos ver que há, não por acaso, um certo padrão nas três decisões embora na de Florianópolis a tipificação seja mais ampla e no de Goiânia e no de Belo Horizonte, art. 21, II, da Lei.

Quanto às multas, podemos também observar que elas guardam uma certa relação. Alguns de vocês poderão dizer “isto é o que era de se esperar”; é óbvio que haja uma compatibilidade, uma regularidade nesse tipo de condenação. Mas acho que, ainda assim, deve-se destacar mais uma vez que a ação jurisprudencial do Conselho nessa matéria é uma atuação consistente, sólida e razoável. Então, nos três casos há uma multa que é proporcional às multas para os sindicatos e, aqui, a crítica que se faz é ao fato dessas decisões não terem alcançado os agentes econômicos propriamente.

Embora saibamos que há uma discussão sobre a influência econômica do sindicato, o fato é que só no caso de Florianópolis houve condenação ao postos de combustível num importe de 10% de seu faturamento e condenação às pessoas físicas. Isso tanto aos presidentes dos sindicatos, que é o caso da multa que está indicada em Goiânia e em Belo Horizonte a condenação aos donos de postos de combustível.

No caso dos cartéis de combustíveis há uma gama interessante, acho eu, das penas acessórias. As de Florianópolis e Goiânia estão praticamente no mesmo rol que envolve inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor: a proibição de contratar com o Poder Público e a proibição do parcelamento de tributos. Estas são proibições de receber financiamentos, há todo um cerceamento de benefícios do Poder Público e, finalmente, a publicação em diversas vezes. Creio eu que é uma publicação bastante gravosa para a empresa porque todos nós sabemos o quanto ela impacta sobre a imagem da empresa e o quanto vale a imagem da empresa hoje.

No caso de Belo Horizonte houve um uso muito mais restrito das penas acessórias; basicamente é só publicação. A cessação da prática, que não é propriamente uma pena acessória, é na verdade quase que a pena principal. Entretanto, ela consta de todas as decisões como não poderia deixar de ser.

Aí a pergunta: houve decisão judicial? Essa matéria está sendo discutida judicialmente? Propositalmente eu foco isso e vamos ver que, em todos os casos exceto em Belo Horizonte, não há discussão judicial da matéria.

Por que não há discussão judicial da matéria no caso de Belo Horizonte? Pelo simples fato de que o acórdão não foi publicado. Tão logo ele seja publicado não tenho nenhuma dúvida de que surgirá um processo judicial. Então, não vejo esse dado como um indicativo de defeito ou problema no sistema. Ele é indicativo, na verdade, de que nós temos o recurso ao Poder Judiciário, que é algo inerente à democracia e que funciona nessa matéria.

Então, há algumas conclusões possíveis. A primeiro, óbvia, é a reduzida expressão numérica dos processos de cartel condenados pelo CADE nesses quase dez anos em que ele tem esta configuração autárquica. Mesmo que considerássemos os processos de tabela, por uma questão de metodologia, e incluíssemos alguns outros casos perceberíamos que eles não chegarão a uma dezena. Quer dizer, em dez anos de atuação ainda é muito pouco e isso tem um efeito, evidentemente, no sentido de orientar.

Se nós estamos pensando nas decisões do CADE como sinalização para o mercado ou como balizas que informam qual é o desenho do mercado e quais são as condições da dinâmica do mercado, elas ainda são incipientes, mas com uma perspectiva de grande crescimento. A Dr. Bárbara vai falar sobre isso. Acho que toda perspectiva é positiva e, mais importante notar, é que ela vai se assentar sobre os caminhos jurisprudenciais que já estão bastante definidos.

Nesse sentido, frisamos muito os defeitos e as limitações do sistema e nos esquecemos de frisar que isso não é pouco coisa. O sistema, em dez anos, tem estabelecido os parâmetros da decisão administrativa de forma bastante sólida. Eles são princípios que não envergonham ninguém do ponto de vista do processo administrativo e da qualidade da decisão em vista da complexidade daquilo que vem sendo discutido. Especificamente em relação aos combustíveis, a notícia é que há pelo menos uns trinta processos ainda em fase de apuração.

Enfim, já se constitui um método de apuração. Dessa forma, espera-se que tanto na fase investigatória quanto na fase decisória os processos cheguem a uma decisão bastante consistente do ponto de vista administrativo. A fase de execução é o grande problema, mas isto seria uma outra discussão.

A segunda conclusão é a da relativa endogenia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Trata-se daquilo que eu frisava quando dizia que ainda é muito pequeno o uso destas parcerias. Eu acho que a tendência do sistema para o futuro, especialmente do CADE, é que ele tem que se enxergar mais como um órgão de referência em matéria de concorrência do que propriamente como um órgão que esgota todo potencial de punição e de repressão. Essas atuações repressiva e punitiva podem ser compartilhadas com outros órgãos no que diz respeito à sua iniciativa. Por exemplo, no que diz respeito a trazer a notícia da ocorrência dos possíveis ilícitos. Dessa forma, a experiência dos PROCONs já é comprovada, testada e aprovada. Essa relação com o Ministério Público dos Estados também é uma relação que tem tudo para dar frutos muitos positivos. O Ministério Público é uma instituição que está em todas as cidades, então acho que há boas razões para que os órgãos do sistema pensem e estudem a elaboração e a celebração de parcerias institucionais tanto com os Ministérios Públicos estaduais quanto com os PROCONs e com outros órgãos públicos. Por que não pensar nos Tribunais de Contas dos estados e da União? O estudo ainda é muito incipiente mas os caminhos estão colocados. Trata-se de uma questão a se trabalhar muito na dimensão operacional.

A terceira e última conclusão é considerar que é boa a qualidade das decisões condenatórias administrativas. Entendo e repito que o questionamento judicial não trabalha com os problemas do CADE. Ao contrário, primeiro ele traduz o legítimo exercício de um direito e expressa que estamos vivendo um momento democrático. Para a felicidade de todos nós, está aí o art. 5º, XXXV da Constituição e quem não estiver satisfeito que vá ao Judiciário discutir e pleitear. Infelizmente, o Judiciário é moroso e todos nós sabemos que esta morosidade é muito favorável aos devedores e àqueles que estão sendo executados. Nesse sentido, espera-se muito tempo até que as decisões judiciais

todas sejam decididas e pacificadas. Todavia eu não vejo razão para se imaginar que essas decisões não venham a ser confirmadas pelo Judiciário. Desculpe-me, com todo respeito por aqueles que têm uma convicção no sentido oposto, mas não vejo elementos para se entender que as decisões administrativas do CADE não prevalecerão na esfera judicial.

Finalmente essa questão do questionamento judicial pode expressar um outro problema que, salvo engano, não foi pensado ainda em relação ao Brasil: é a carência de uma instância revisora das decisões do CADE. Nas apresentações anteriores, nós vimos que na Venezuela, no México e nos Estados Unidos existem um mecanismo para isso. No Brasil, acho que a idéia de termos uma instância superior ou o próprio Judiciário, por exemplo, atuando como instância revisora das decisões administrativas já foi pensada. Eventualmente, poderíamos pensar em uma segunda instância administrativa das decisões do CADE. Ou ainda, como no caso da França, no contencioso administrativo que tem uma instância de revisão. Poderia-se ter a comunicação entre a instância administrativa e a judiciária.

Este fato explica um pouco o recurso ao Judiciário. O Judiciário atua em uma confusão de papéis porque deixa de ser acionado como um controlador de legalidade que, na minha opinião, é o papel que se espera da revisão judicial. O escopo dele é a legalidade: ele passa a acolher pleitos que são pleitos de revisão de mérito o que, no limite, é algo indesejável para o funcionamento adequado do sistema.

Se imaginarmos a complexidade técnica das decisões que estão em discussão, como é que isso será feito no Judiciário? É por recurso à perícia? Nós todos sabemos das limitações das perícias e eu acho que será uma perda da qualidade decisória realmente indesejável e não vantajosa.

Então para finalizar, vejo que nessas três conclusões há alguns caminhos para serem percorridos e que podem levar tanto a uma ampliação muito significativa do escopo da atuação dos órgãos da concorrência, quanto podem levar a uma confirmação das suas decisões. Nesse sentido a efetividade do sistema, no fundo, é aquilo que todos nós perseguimos.

Com isso agradeço a atenção dos senhores e fico a disposição para quaisquer perguntas e comentários.

Obrigada.

SLIDE 1

**Cartéis na jurisprudência
do CADE**

Um exercício de análise sistemática

SLIDE 2

**IX Seminário do IBRAC
Campos do Jordão
29.11.2003**

SLIDE 3

Amostra jurisprudencial

SLIDE 4

Amostra jurisprudencial

- Cartel do aço
- Estaleiro Ilha (Eisa)
- Cartel dos combustíveis de Florianópolis
- Cartel dos combustíveis de Goiânia
- Cartel dos combustíveis de Belo Horizonte

SLIDE 5

Amostra jurisprudencial

- Cartel do aço (1999)
- Estaleiro Ilha (Eisa) (2001)
- Cartel dos combustíveis de Florianópolis (março de 2002)
- Cartel dos combustíveis de Goiânia (julho de 2002)
- Cartel dos combustíveis de Belo Horizonte (setembro de 2003)

SLIDE 6

Cartel do aço

- Processo administrativo 08000.01537-97
- Representante: SDE *ex officio*
- Representadas: CSN, COSIPA e USIMINAS
- Relator: Ruy Santacruz

SLIDE 7**Cartel do aço**

- Julgado em 27.10.1999, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, I, da Lei 8884

SLIDE 8**Caso Eisa**

- Processo administrativo 08012.009118-98
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Estaleiro Ilha S.A e Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.
- Relator: Thompson Andrade

SLIDE 9

Caso Eisa

- Julgado em 27.06.2001, por maioria
- Art. 20, I, cc. art. 21, VIII, da Lei 8884

SLIDE 10

Cartel de Florianópolis

- Processo administrativo 08012.002299-2000
- Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis; diversos postos de gasolina e diversas pessoas físicas
- Relator: Afonso Arinos

SLIDE 11**Cartel de Florianópolis**

- Julgado em 27.03.2002 , por unanimidade e maioria
- Art. 20, I, cc. art. 21, I, II e XXIV da Lei 8884

SLIDE 12**Cartel de Goiânia**

- Processo administrativo 08012.004712-2000
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás (Sindiposto) e seu Pres. José Batista Neto
- Relator: Roberto Pfeiffer

SLIDE 13

Cartel de Goiânia

- Julgado em 03.07.2002, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, II, da Lei 8884

SLIDE 14

Cartel de Belo Horizonte

- Processo administrativo: 08012.007515-2000
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais (Minaspetro) e Paulo Miranda Soares
- Relator: Miguel Tebar

SLIDE 15

Cartel de Belo Horizonte

- Julgado em 15.09.2003, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, II, da Lei 8884

SLIDE 16

Exercício comparativo

SLIDE 17**Iniciativa**

	Representante	Partindo de
Aço	SDE	Reunião SDE
Eisa	SDE	
Florianópolis	MP Sta.Catarina	
Goiânia	SDE	AP SDE; Procon GO; MP Goiás
Belo Horizonte	SDE	MP Minas Gerais Procon MG

SLIDE 18**Tipificação**

Aço	Art. 20, I Art. 21, I
Eisa	Art. 20, I Art. 21, VIII

SLIDE 19**Lei 8884, art. 20, I**

- I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência

SLIDE 20**Lei 8884, art. 21, I, II e VIII**

- I- Fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II- Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- VIII- Combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

SLIDE 21**Prova**

Aço	Indícios (reunião; paralelismo de conduta) Análise econômica de preços em 1996 e 1997
Eisa	Documental (contrato) Consideração da racionalidade econômica

SLIDE 22**Multa**

Aço (1% do faturamento em 1996) (US\$ 17 milhões aprox.)	CSN- R\$ 22 milhões USIMINAS- R\$ 16 milhões COSIPA- R\$ 13 milhões
Eisa (1% do faturamento)	Liquidada posteriormente

SLIDE 23**Penas acessórias**

Aço	a) Enganosidade – USIMINAS e COSIPA R\$ 7 milhões; b) Publicação, 2 dias x 3 semanas
Eisa	Publicação

SLIDE 24**Tipificação**

Florianópolis	Art. 20, I Art. 21, I, II e XXIV
Goiânia	Art. 20, I Art. 21, II
Belo Horizonte	Art. 20, I Art. 21, II

SLIDE 25**Lei 8884, art. 21, II e XXIV**

- II- Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- XXIV- Impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

SLIDE 26**Multa**

	Pessoa jurídica	Pessoa física
Florianópolis	Sind. R\$400.000 Postos 10 % fat.	10% da multa da empresa;
Goiânia	Sind. 190.000	Pres. R\$19.000
Belo Horizonte	Sind. R\$243.000	Pres. R\$24.300

SLIDE 27**Penas acessórias**

Florianópolis	Inscrição no CDNC; proibição de contratar com Poder Público; proibição de parcelamento de tributos; publicação
Goiânia	Inscrição no CNDC; não parcelamento de tributos; cessação da prática; proibição de contratar com Poder Público; publicação
Belo Horizonte	Cessação da prática Publicação

SLIDE 28**Discussão judicial**

	Sim	Não
Aço	X	
Eisa	X	
Florianópolis	X	
Goiânia	X	
Belo Horizonte		

SLIDE 29

Algumas conclusões possíveis...

SLIDE 30

1) Reduzida expressão numérica dos processos de cartel condenados pelo CADE em 10 anos.

Embora a perspectiva seja de grande crescimento desse número no próximo período. (Há cerca de 30 processos de combustíveis em apuração na SDE)

SLIDE 31

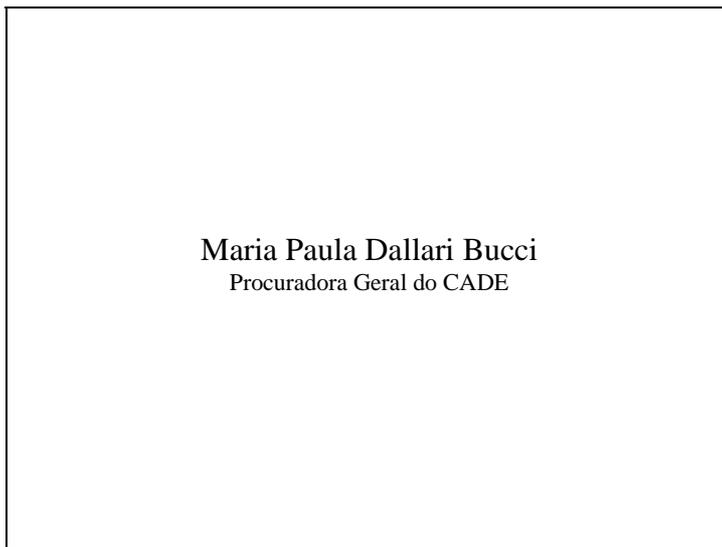
2) Relativa endogenia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Mas há possibilidade de ampliação significativa do seu alcance, com parcerias operacionais com Ministérios Públicos estaduais, Procons e outros órgãos públicos.

SLIDE 32

3) Boa qualidade das decisões condenatórias administrativas.

Questionamento judicial não traduz problemas do CADE, mas: i) o legítimo exercício de um direito (CF, art. 5, XXXV); ii) a carência de uma instância revisora das decisões do CADE.

SLIDE 33

(009)

Dr. Tito Andrade

Obrigado. O Dr. Mauro quer fazer um pequeno esclarecimento metodológico.

Dr. Mauro Grinberg

A Dr^a Maria Paula falou sobre cinco casos e eu falei sobre dezessete. Eu quero só explicar onde é que está essa diferença. Eu incluí, e estou vendo que fui mais benevolente com o CADE do que a própria Procuradora-Geral, todos aqueles casos de tabelas de preços porque as condenações são baseadas no inciso I do artigo 21 da Lei 8.884 (Lei de Concorrência). Um deles, por exemplo, relativo a uma Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará, fala em conduta comercial uniforme na prestação de serviços médicos e é um dos casos de tabelas de preços.

Então, se eu considerar as associações profissionais (treze casos) mais o aço (um), teremos quatorze casos; mais dois casos sobre postos de gasolina, que eu mencionei, teremos dezesseis; mais o caso da “Marítima”

termos os dezessete casos aos quais cheguei - só não incluí o caso do posto de Belo Horizonte porque está fora do meu período de apuração.

Era só um esclarecimento e não vai contra ao que ela falou, ao contrário, só confirma.

Obrigado.

(010)

Dr. Tito Andrade

Feitos os esclarecimentos, vamos passar para a Dra. Bárbara Rosenberg, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, bacharela e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade da Califórnia, em Berkeley, já tendo atuado como advogada tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.

(011)

Dra. Bárbara Rosenberg

Primeiro, evidentemente eu gostaria de agradecer ao IBRAC pela oportunidade de estar aqui.

Eu acho realmente que, para a Secretaria e o Departamento, é fundamental poder contar um pouco o trabalho que foi feito durante esse ano e que foi comentado em alguns momentos. Eu acho importante contar o que temos feito dentro da Secretaria. Nós valorizamos profundamente o trabalho que tem sido feito pelo IBRAC e inclusive escolhemos o IBRAC como o lugar de lançamento do Programa de *Compliance* que já foi anunciado pelo Secretário de Direito Econômico, Daniel Goldberg. Esperamos realmente para abrir à consulta pública após a realização deste Seminário do IBRAC.

Então, a minha apresentação vai ser um pouco na linha de contar o que fizemos este ano na Secretaria e concluir apresentando o que entendemos que seria um programa de *compliance*, qual seria a importância de haver um programa assim no Brasil. Pretendo expor com temos trabalhado no desenvolvimento e na investigação de cartéis bem como no combate às

condutas. O combate às condutas foi de fato uma prioridade na nossa Secretaria durante este ano. Isso foi anunciado desde o início do ano. Nesse contexto, acreditamos que, dentro dos métodos e técnicas de investigação que foram utilizadas junto com o acordo de leniência que foi firmado pela primeira vez este ano nos termos da lei- que existe desde 2000, o Programa de *Compliance* seria uma terceira perna deste trabalho. Acreditamos que a parceria com o IBRAC neste momento é fundamental.

Além de outros foros, estamos discutindo com o SESI e, evidentemente, a idéia é contar um pouco para a comunidade dos advogados o que entendemos ou qual é a importância desse Programa de *Compliance*. Isso justamente porque é um trabalho muito de advogado, no qual as autoridades têm muito pouco trabalho no dia a dia. Na verdade, é um trabalho que é feito primeiramente pelos advogados e que acreditamos ser fundamental no trabalho da advocacia da concorrência.

Achei até interessante a forma como foi colocado o painel, porque fiquei satisfeita de ouvir as apresentações anteriores, tanto pela experiência que foi colocada pelo Alan, quanto pelo John. Também um pouco dos problemas e das sugestões apontadas pela Maria Paula e pelo Mauro Grinberg, porque eu acredito que estejamos trabalhando na linha das sugestões que vêm sendo feitas., Também estamos trabalhando em termos de parcerias e dos tipos de provas que temos que colher. Então, por isso eu acho importante contar um pouco do trabalho que fizemos na Secretaria.

Assim como eu comentei desde o começo do ano, o foco dos trabalhos da Secretaria estaria realmente no combate às condutas, particularmente no combate a cartéis de fixação de preços, de visão de mercado, de redução de ofertas, de *being trading?!*, justamente em virtude dos efeitos perversos que os cartéis geram para a sociedade. Não preciso explicar para ninguém que está neste público os programas de transferência de excedentes de consumidores para as empresas e todos os danos gerados à economia pelos cartéis. No entanto, estamos num caminho crescente, estamos começando a engatinhar e sabemos que o que nós fizemos este ano foram os primeiros passos em termos de combate e punição. Em última instância, no momento em que vai a julgamento pelo CADE em termos de cartéis. Mas o fundamental é que se criem estímulos e que se comece a construir uma cultura da concorrência.

Achei muito interessante quando o John colocou que no Canadá, em 1985, ninguém acreditava quando eles vinham falar sobre cartéis. Ninguém queria escutar, ouvir as opiniões porque não era ainda um dado que era

realmente importante. Estamos, na verdade, conseguindo construir uma cultura de concorrência no Brasil e temos plena noção disso. Então, é um caminho tal qual a Maria Paula apontou: a jurisprudência com relação a essa matéria ainda vai ser construída. Sabemos que a importância de as empresas se prevenirem e a força que o sistema pode ter no combate às condutas concorrenciais são questões culturais que ainda têm um longo caminho para ser realizado.

Com relação à nossa Lei nº 8.884 nos artigos 20 e 21 e quanto à Lei nº 8.137, elas têm dispositivos que regulam a punição de cartéis no âmbito administrativo e no âmbito criminal. A Lei nº 8.666 também tem dispositivos com relação a *being trading*. Existe a Resolução do CADE que sinaliza quais seriam os critérios de análise ou quais deveriam ser os critérios de análise utilizados em caso de cartel. Eu acho até que vai um pouco ao encontro com o que foi comentado ontem de que é importante que a autoridade pública dê sinalização de como pretende analisar e de como pretende agir. A transparência é fundamental e, nesse sentido, a Resolução nº 20 do CADE é importante também porque dá uma sinalização de quais devem ser, em última análise, os critérios de análise e o tipo de prova que pode ser produzida dentro desse contexto.

A questão - há um dado que é bastante importante - é que na lei, não obstante as condutas fossem puníveis nos termos da Lei 8.884, não existiam até 2000 poderes efetivos para as autoridades combaterem cartéis. Acho eu que a coleta de provas de cartéis não é um fenômeno brasileiro. O problema de se conseguir provas efetivas de punição não se deve exclusivamente à falta de estrutura ou à carência dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil. De fato, isso é um problema fundamental que os órgãos precisam ser aparelhados, mas isso é um tema comentado e reiteradamente repetido na literatura: seja nos EUA, na União Européia, no Canadá e em outros países, coletar provas para a condenação de cartéis é difícil. Isso porque, normalmente, são altos executivos que estão envolvidos, eles sabem da conduta ilícita que estão concorrendo e, evidentemente, eles vão querer desaparecer com as provas. Quer dizer, isso não é nenhuma característica peculiar ao Brasil. Eu diria até que pelo fato de ainda estarmos começando a construir uma cultura de concorrência, os nossos empresários talvez sejam mais criativos que os deles e ainda deixem mais provas na mesa.

Então, é isto que precisamos mostrar: as condutas não devem ser feitas e estamos querendo atuar. Semana passada, tivemos uma *conference-call* interessante, temos tido um contato constante com DOJ (*Department of Justice – Antitrust Division*) e com o FTC (*Federal Trade Commission – Bureau of Competition*), nos termos do Acordo de Cooperação, e para aproveitar, realmente, a experiência. Sabemos que muita coisa já foi feita e temos que aproveitar a experiência do que eles tiveram na construção dessa cultura. A explicação que eles deram para a existência de Programa de *Compliance*, ou para como conseguir provas, foi a de que: “eles sabem que estamos lá fora, eles sabem que estamos perseguindo, eles têm medo e, portanto, eles estão se prevenindo” e “para que vocês consigam, efetivamente, criar esta cultura de concorrência o sistema tem que atuar”. Temos plena consciência disso, e o sistema “atuar” significa a SDE, a SEAE e o CADE, cada um dentro de suas atribuições e das suas competências, mas o trabalho tem que ser conjunto.

Nesse sentido, essa reforma que foi feita em 2000 da Lei aumentando os poderes de investigação em termos da realização de buscas-apreensões pela Secretaria, da realização de inspeções pela SEAE e pela SDE e a própria possibilidade de firmar acordos de leniência foi fundamental porque não adianta querer combater cartéis se não existem instrumentos efetivos com essa finalidade. Então, foi fundamental para coleta de provas.

Assim, só voltando para o que eu tinha dito no começo, em termos dos pilares em que atuamos este ano na Secretaria, de fato inovamos nos métodos de investigação de cartéis - foi firmado o primeiro acordo de leniência - e, agora, vamos querer falar um pouco do Programa de *Compliance*.

Passando rapidamente pelo trabalho que foi feito pela Secretaria durante este ano um dos pontos que foi indicado pela Maria Paula- eu acho que é importante trazermos isso para este foro- é que de fato nós incrementamos os convênios com os Ministérios Públicos Estaduais, fizemos visitas constantes, tivemos reuniões com os Ministérios Públicos Estaduais e com os Ministérios Públicos Federais. Houve um contato constante com os Procuradores-Gerais e com o Procurador-Geral inclusive. Um trabalho que foi feito pelo Secretário e pelo Departamento, mas realmente dando importância para essa parceria entre os diversos órgãos. Quer dizer, sabemos que até pela insuficiência de recursos – temos menos de trinta técnicos - na Secretaria não temos condições de estar fora investigando, pesquisando, colhendo provas, mas trabalhando em conjunto com os outros órgãos que também têm a mesma finalidade que a nossa, em última instância ainda que do ponto de vista criminal, a parceria com eles foi fundamental.

Essa parceria tem funcionado e, em seguida, quando eu for falar do acordo de leniência vou tocar até em um ponto importante que foi abordado pelo Dr. Mauro. Mas temos sim, uma preocupação de fazer um trabalho conjunto. Nesse sentido, este ano foram realizadas sete buscas-e-apreensões. Tivemos sucesso, eu diria, nas buscas-e-apreensões, independentemente das provas colhidas ou não. O fundamental - e aí não vou nem entrar porque são casos ainda em andamento na Secretaria – é que tivemos sucesso porque conseguimos fazer isso dentro de toda a legalidade, seguindo as medidas judiciais necessárias. Temos tranquilidade com relação ao cuidado que foi tomado de não expor as empresas a nenhuma situação indesejada ou indevida.

Inclusive, tivemos uma situação que foi interessante: recebemos uma denúncia numa segunda-feira à tarde de que, no dia seguinte, haveria uma reunião de empresários de um determinado setor numa cidade no interior do Rio de Janeiro. Naquele momento, resolvemos que era o caso sim de fazermos uma investigação, a qual ainda estava começando na Secretaria. Conseguimos deslocar dois técnicos para uma cidade no interior do Rio de Janeiro naquele mesmo dia, e no dia seguinte de manhã, numa reunião com a Polícia Federal, a AGU (Advocacia Geral da União) e o Ministério Público conseguimos uma busca-e-apreensão às dez horas da manhã e ficamos todos em campanha. Então, a idéia era estar meio “007” ali trabalhando; estamos tendo que aprender muito com a Polícia Federal nesse sentido. Eu vou contar um pouco mais sobre isso em seguida.

Mas de fato, no dia seguinte, estávamos lá de manhã, com a busca-e-apreensão na mão; não estávamos confortáveis com a situação. Acho que talvez, se aquela denúncia anônima de fato não fosse verdadeira poderia ter acontecido alguma coisa. Conseguimos confirmações depois, via telefone, que a reunião tinha sido transferida para uma outra cidade no Espírito Santo. Deslocamos os técnico para lá, também fizemos uma reunião com o Ministério Público e aí preferimos- porque não tínhamos mais provas- não fazer a busca-e-apreensão por uma questão de insegurança. Nós não queríamos nos expor a uma situação em que não tínhamos tanta certeza.

Vamos dizer que isto foi devido ao fato de que temos uma preocupação em garantir a imagem da Secretaria nas ações que estamos fazendo. Não é simplesmente fazer uma ação para dizer que fez; temos que conseguir dados efetivos. Mas o que percebemos foi que, do primeiro dia que entramos na Secretaria até julho, quando fizemos a primeira busca-e-apreensão, demoramos seis meses para entender como tinha que ser feito esse trabalho.

Agora, nós percebemos que está demorando. Em um dia se conseguiu trabalhar em conjunto com o Ministério Público, com a Polícia Federal e com a AGU, o que tem demonstrado que temos muito para aprender, mas que as coisas estão começando a caminhar. Até porque, como temos realmente uma limitação de recursos, temos que saber alocá-lo de forma adequada.

Nesse sentido, sobre a parceria que tivemos este ano com a Polícia Federal, o interessante é que houve realmente uma troca de treinamento e formou o que se tem chamado de um Centro de Inteligência de Investigação de Cartéis na Secretaria. Conosco estiveram alguns delegados da Polícia Federal, que ficaram trabalhando dentro da Secretaria e que tiveram acesso às ações, às formas de investigação e, em última instância, até se familiarizarem com o que é cartel porque são crimes bastante sofisticados, que não estão no dia-a-dia da prática desses delegados.

Da mesma forma, aprendemos a investigar cartéis. Num caso, numa das buscas-e-apreensões que fizemos, tentou-se antes até do contato com a Polícia Federal, conseguir informações mas não as conseguimos. Realmente gostaríamos de ter conseguido para ter segurança de fazer a busca-e-apreensão. Nesse contexto, marcamos uma reunião, fomos conversar com a Polícia Federal, falamos que estávamos preocupados com tal setor e que gostaríamos de ver se tinha alguma coisa ali. Contamos para eles qual era o foco da nossa atividade. Eles falaram “tudo bem”, que iam acompanhar tal setor e que conversariam dali a duas semanas. Voltamos a conversar e colocou-se que “disseram que haveria reuniões daqui a dois dias e tal”, marcou-se uma novereunião para dali a duas semanas e ele falou “ora, Dr^a, eu acho que vocês vão ter que ver preço, vão ter que pegar nota fiscal da empresa ou alguma outra coisa porque não descobrimos nada. Nós fomos lá”. Claro, eles têm os métodos muito melhores do que os nossos, mas eles foram lá como vendedores de seguro de saúde, falaram que precisariam ir num dia que tivesse bastante gente reunida e se falou “olha, sempre às vésperas de licitação fica cheio, então, vocês podem vir que vocês encontrarão bastante clientes”. Para o Delegado da Polícia Federal isso não quis dizer nada, e eu não o culpo por isso, porque ele poderia não entender qual era o objetivo de concorrência “se reunir às vésperas de licitação”. Claro que, para nós “acendeu uma luz”. Nos reunimos e de fato se fez.

Essa troca de informações é fundamental. Eu acho que esse exemplo que eu estou dando – real – é muito emblemático de como a cooperação é fundamental. Isso se deu em outros momentos. O Ministério Público,

claramente, tem mais familiaridade com o assunto. Em geral, são promotores especializados criminais que tratam do tema. E nesse sentido tem sido muito interessante. Até em termos de métodos de investigação de cartel, vamos ter um treinamento o ano que vem organizado pela UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) para os técnicos da Secretaria, no qual vão vir técnicos do DOJ, do FTC, do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) para trazer técnicas. Mais uma vez, temos exata noção de que se tem muita coisa a aprender. Ainda estamos começando a caminhar.

A cooperação com o Ministério Público é fundamental para o recebimento de denúncia e também para facilitar, muitas vezes, as medidas judiciais que temos tomado. Em alguns casos, tem-se trabalhado com a AGU. Ela funciona, basicamente, como o braço judicante da SDE já que não se tem capacidade postulatória - a própria AGU que propõe a ação judicial. Em outros casos, o Ministério Público entra com a medida e usamos aquilo como prova emprestada. Inclusive, há decisões jurisprudenciais do CADE de que provas emprestadas, usadas em processos criminais, podem ser usadas no âmbito administrativo. Nesse sentido, para algumas medidas, como interceptação telefônica, por exemplo, dependemos evidentemente do Ministério Público e/ou da AGU porque não se tem nem como fazer isso no âmbito civil.

Um outro dado interessante do trabalho conjunto tem sido a realização de oitivas. Mais uma vez o Ministério Público tem uma prática específica e já tem uma tradição na realização de oitivas que a Secretaria já tinha, mas que é uma clareza de comunhão de escopo. Temos recebido treinamento de promotores que têm vindo conversar conosco e isto tem sido uma troca constante já que na realidade são vasos comunicantes. Com a AGU acontece a mesma coisa- já contei um pouco da experiência que temos tido com eles.

Um outro ponto interessante tem sido uma parceria- até isso é um outro foco da Secretaria como um todo- com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) que é o outro departamento da Secretaria de Direito Econômico. Durante este ano, tivemos uma experiência excelente de trabalho com eles. Em todos seminários nacionais que são organizados pelo DPDC, sempre foram técnicos do DPDE para explicar para os PROCONS e demais órgãos de defesa do consumidor o que é concorrência e qual o foco. Acreditamos que, com isso, se consiga filtrar um pouco também os tipos de denúncias que se recebe para evitar que venha denúncia de venda-casada que, na realidade, seja a venda-casada no âmbito do consumidor ou esse tipo de coisa.

Nesse sentido, também foi muito importante, com relação às agências. O que houve foi um intercâmbio de experiência entre os órgãos. Fomos identificando os mecanismos mais ágeis e mais efetivos de conseguir as medidas que precisávamos, além de, como eu comentei, tivemos um zelo bastante grande. Quer dizer, temos feito um exame da probabilidade das informações e das denúncias e isto tem criado uma relação de confiança com o judiciário porque, como eu falei, quando realizamos essas ações encontramos documentos e elementos, o que é um dado importante. Não estamos entrando em empresas para simplesmente coletar documentos; não se quer atrapalhar a prática ou o funcionamento das empresas no seu dia a dia. Aliás, isso é uma outra coisa que também estamos aprendendo com as nossas experiências posteriores e temos conseguido rapidamente restituir os equipamentos, os materiais. Então, tem sido um trabalho bem interessante.

Dentro disso percebemos que, com base nas informações do Ministério Público e em dados do DPDC e das agências, começamos a receber denúncias. Isto foi até um dado interessante, pois acabamos contando com outro colaborador que é a própria sociedade civil. Na medida em que a sociedade civil percebe que a SDE está de fato tentando investigar essas condutas, eles começam a se sentir mais estimulados a encaminhar documentos, provas, a fazer denúncias anônimas. Isso tem sido um outro dado muito importante.

Agora nesse sentido, a assinatura do primeiro acordo de leniência também foi um fator fundamental. Inclusive em conversas com o DOJ, eles disseram que além de que lá é assinado cerca de um acordo por mês, tal acordo de leniência é o instrumento fundamental de investigação e de coleta de provas para eles. Nesse sentido, a importância do acordo de leniência é essencial porque alguém dentro do cartel sabe que a SDE está atuando, bem como as empresas ficarão receosas com a atuação das Secretarias pois o trabalho de investigação é feito também na SEAE. Recentemente, recebemos um estudo econômico com relação à investigação num setor específico de grande preocupação e, nesse sentido, não só as empresas vão saber que as autoridades estão atuando mas também alguém de dentro do próprio cartel pode o estar desestabilizando. Eles não sabem se aquela pessoa que está sentada à mesa com eles pode amanhã, por alguma razão, pensar que a empresa vai acabar ganhando se ela conseguir desestabilizar o cartel e ficar com aquele mercado para ela.

Assim, é fundamental em termos de desestabilização desses cartéis e para coleta de provas. Na nossa experiência de leniência, que foi firmada no Rio Grande do Sul, foi fundamental para a ação que fizemos contar com todas as informações que foram passadas pelo delator naquele caso. Existe uma questão, até cultural, de que o delator é visto como uma “figura” que faz aquilo que não é correto. Isso é uma questão de cultura que ainda vai ter que ser feita mas, em última instância, o delator pode se sentir estimulado a trazer os dados porque ele vai conseguir extinguir ou reduzir a pena e a punibilidade.

O Ministério Público foi fundamental nesta ação. Fizemos seis buscas-e-apreensões simultâneas em Porto Alegre há cerca de um mês. Foram doze técnicos da SDE, mas evidentemente não se faz nenhuma busca-e-apreensão só com doze técnicos. Os técnicos foram fundamentais para fazer a triagem e a análise dos documentos até pelo conhecimento da matéria. Evidentemente, para fazer uma ação com sessenta policiais mais os doze técnicos, foi muito importante termos as informações do delator sobre qual computador pegar, onde tinha um cofre, etc. Na realidade, as pessoas me ligavam e eu estava ao telefone e falava: “olha, você vai para sala tal, porque tem um cofre escondido ali; pega o computador de tal diretor comercial”, porque não vamos pegar cem computadores numa empresa; não teríamos nem como analisar.

No caso do sul, por exemplo, apreendemos 32 computadores, acabamos fazendo uma triagem e ficamos com 16. Aliás, no sul foi interessante porque conseguimos devolver em uma semana todos os computadores. Conseguimos fazer cópias de HDs e, nesse sentido, temos melhorado os métodos. Então, eu não vou entrar na análise, mas o que a lei prevê é a possibilidade de celebração do acordo quando a SDE ainda não tem elementos suficientes para a condenação ou quando a SDE desconheça o fato.

Em termos da relação com o Ministério Público, voltando ao ponto colocado pelo Dr. Mauro, trata-se de um tema recorrente mas bastante instável até mesmo para a assinatura desses acordos. Mas fizemos um trabalho muito grande em conjunto com os Ministérios Públicos e com os Procuradores-Gerais. O Secretário teve reuniões com o Fonteles, quer dizer, estamos confortáveis com os acordos de leniência. Isso porque fazendo o trabalho em parceria com os Ministérios Públicos, o acordo de leniência pode ser um instrumento fundamental para as autoridades e também para os Ministérios Públicos.

Dessa forma percebemos- e é um dado interessante que foi trazido pelo Dr. Mauro e pela Dr. Maria Paula- que as associações têm estado sempre envolvidas nas condenações feitas no CADE até hoje.

Evidentemente, as associações têm funções legítimas e fundamentais mas elas podem funcionar, por outro lado, como uma forma de esconder um pouco alguma prática anticoncorrencial. É muito mais simples você explicar porque empresas concorrentes se sentam na mesma mesa para discutir alguma coisa, mas a partir disso teremos que descobrir se o que eles estão discutindo é algo que é lícito ou não e em que medida eles podem estar trocando aquele tipo de informação. Isso porque é uma forma de facilitação da colusão entre eles ou pode ser um facilitador da colusão. Novamente, isso não é um fenômeno brasileiro porque isso acontece também em outras jurisdições. Percebemos que, das condenações que já foram comentadas, muitas envolviam ou a Associação Médica Brasileira ou, no caso dos postos de gasolina que foram condenados, todos eles tinham sindicatos envolvidos. Além disso, das investigações de condutas que estão em curso na SDE, temos cerca de 900 processos mas 30% desses envolvem associações ou sindicatos.

Bem, já vou terminando para entrar no Programa de *Compliance* e passar às características gerais sobre o que vai ter na Portaria que vai ser anunciada para audiência pública na segunda-feira. Nesse contexto, acreditando que de fato existe a possibilidade de estarmos atuando, acreditamos que é o momento de trazer o Programa de *Compliance* e começar a trabalhar nisso em parceria com vocês.

As conversas com o DOJ e com a autoridade de defesa da concorrência europeia foram que: “só faz sentido, as empresas só vão estar estimuladas a ter o Programa de *Compliance* na medida em que elas se sentirem, de fato, ameaçadas”. Os cartéis têm que ser investigados e têm que ser punidos. Deve ter uma atuação efetiva das autoridades. Daí, há alguns dados sobre o que aconteceu recentemente na União Europeia e nos EUA. A idéia de mostrar isso para vocês é a de que lá isso tem sido feito efetivamente. O curioso é que o DOJ comentou na semana passada que é raríssimo eles identificarem algum cartel em que a empresa não tenha algum tipo de programa de *compliance*. Muitas vezes ele não é efetivo, mas a idéia de ter um programa de *compliance* é um fenômeno totalmente comum e normal nessas jurisdições.

Só para entrar rapidamente no que pretendemos desse programa de *compliance*, nós já estávamos conversando antes da palestra com o Dr. Ubiratan, que faz sentido fazer uma mesa redonda específica sobre o tema, por meio do IBRAC, mas com as pessoas que tenham o interesse específico de discutir a Portaria que vai ser aberta para a consulta pública.

O que pretendemos- acho que era essa a mensagem mais importante a ser passada para vocês- é mudar um pouco essa lógica de que a conduta anticoncorrencial tem que ser computada e só então se verificar se vale à pena entrar ou não nessa conduta anticoncorrencial. No final das contas, justific-se porque ou a empresa não vai ser punida ou ela não corre o risco de ter multas altas. Isto é, a idéia de criar uma instabilidade e de começar a atuar efetivamente é justamente para que esse cômputo não faça mais sentido ou não possa ser feito. A Maria Paula comentou sobre multa no caso do aço que foi no total \$17 milhões de dólares. Na medida em que você perde a noção de quantificar a multa, ela deve ser para que não se justifique esse tipo de análise.

Nesse sentido, o objetivo de ter um Programa de *Compliance* é primeiramente a questão da prevenção das práticas anticoncorrenciais uma vez identificadas. Este seria o escopo principal: construir essa cultura de *compliance* dentro da empresa e garantir um comprometimento de todos. Daí, é importante analisar que para o Programa de *Compliance* não bastam palestras nas quais os advogados vão até as empresas e digam: “é muito importante! A SDE e a SEAE estão aí; o CADE vai começar a punir; vocês têm que ficar preocupados”. Trata-se de um treinamento. No exterior isso tem sido feito com muita freqüência. De fato, o Programa de *Compliance* tem que ser um programa efetivo e direcionado para as pessoas que estão diretamente envolvidas.

Então, temos que os objetivos de um diretor comercial são muito diferentes dos objetivos de um diretor de marketing. Verificamos, às vezes, que os próprios diretores de marketing criam idéias muito boas em termos de propaganda, mas que são uma infração evidente à lei antitruste. Nesse sentido, a pergunta que os advogados têm que se fazer quando desenham esse programa de antitruste é se essa conscientização de qual é o problema existe. De fato, também existem muitas situações nas quais as empresas sequer sabem que estão cometendo essas infrações, logo os advogados devem se perguntar: “todos os empregados sabem das obrigações em matéria antitruste?”

Nesse sentido, é fundamental ter um conteúdo de educação e ter um monitoramento constante.- este é o conteúdo desse programa de *compliance*. O que é curioso é que quando começamos a falar do programa de *compliance* todo mundo despertou: “puxa, será que faz sentido eu ter um programa de *compliance*? Que idéia é essa? Por que estamos usando uma experiência que tem fora?” Todavia, o que estamos fazendo é antitruste, é uma coisa que em outras áreas já é feita continuamente. Quer dizer,

nos setores ambiental, tributário e nas áreas regulatórias o programa de *compliance* é uma coisa perfeitamente difundida e muito comum. Nos EUA, o programa de *compliance* entra num âmbito maior nesses programas. Na realidade, quando se tem, por exemplo, mecanismos de identificação de infrações à ordem tributária e a empresa as identifica, optando por fazer uma denúncia espontânea para reduzir multa, o que estamos conversando aqui, em última instância, é um mecanismo de monitoramento. Se for possível, o ideal é que elas não aconteçam, mas quando a empresa cria mecanismos de *compliance* em termos de auditoria tributária ou ambiental, essa é a finalidade que ela quer atingir.

Uma vez identificado o problema, ela tem que ter mecanismos contínuos de verificação e de acompanhamento para a identificação imediata do problema. Então, para isso, é fundamental que haja trabalhos. Por exemplo, o acompanhamento dos advogados das atas de associação que são assinadas e existem. Mais uma vez, acreditamos que a orientação do advogado não é “não assinem atas” porque estamos de fato trabalhando junto com o Ministério Público, com a Polícia Federal, etc. Se a atuação for simplesmente: “por favor, nos mandem as atas das reuniões de associação” não nos utilizaríamos disso. Mas, quando temos a interceptação telefônica em curso, captação ambiental – já teve condenação no CADE por captação ambiental e, cada vez mais, estamos conseguindo fazer isso – estamos atuando sem as empresas estarem sabendo. A idéia é que não é suficiente só não assinar uma folha de papel ou não falar ao telefone com o concorrente pois as formas de atuação são as mais diversas.

Via acordo de leniência ou pelos outros métodos que temos usado, as empresas tem que começar a se preocupar com o cumprimento dessa lei. Eu acho que talvez daqui a quinze anos essa palestra possa parecer até menos ingênua, mas acho que ela o não é. Eu acho que estamos subindo o primeiro degrau de um caminho muito longo que deve ser percorrido. Nos EUA a lei antitruste tem cem anos e é esse o momento que estamos, especificamente, na lei brasileira.

O outro mecanismo é o da identificação de problemas e de respostas imediatas, como eu expliquei. Também há mecanismos de acompanhamento contínuos e um ponto que consta da Portaria é na hipótese de haver uma conduta anticoncorrencial e de ser identificada essa conduta, o que a empresa tem que fazer é de imediato levar essa informação para a autoridade. Isso com a finalidade de assinar um acordo de leniência ou de reduzir a pena.

Nesse sentido, o que vocês vão ver anunciado essa semana e que estamos trazendo aqui em primeira mão, é a idéia desse plano de incentivo à elaboração de programas de prevenção de infrações à ordem econômica. Isso tem por base estes quatro pontos que são a prevenção, a adoção de mecanismos de resposta para práticas identificadas, os mecanismos de exame periódicos (de efetividade do PPI) e também uma recomendação de pena.

Por fim, a idéia é que os programas sejam elaborados pelas próprias empresas com a ajuda de seus advogados. Evidentemente os programas são *customizados*, quer dizer, o programa que pode servir para uma empresa que é monopolista não é o mesmo programa que pode servir para um mercado em que haja poucas empresas ou um mercado, como o Dr. Mauro falou, carterizável (que tenha uma série de características que possam levar a formação de cartel). Isso é um foco de atuação dos advogados de modo que vocês vão ter que identificar, de fato, quais as características daquela empresa e de que forma tem que ser feito esse programa de *compliance*.

Há alguns requisitos que estão na Portaria mas isso vocês vão ter a oportunidade de ver quando a Portaria for tornada pública na terça-feira. Em última instância, o que vai ser feito é um protocolo de documentos junto à Secretaria com uma descrição do PPI, com a qualificação da empresa e com o histórico da empresa no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Vai haver, necessariamente, um funcionário que encarregado do acompanhamento desse programa de PPI. É importante verificar como vão ser feitos esses relatórios de auditorias internas, isto é, vão ser pedidas atas de reuniões e a descrição. Na realidade vai ser elaborado um parecer. Um requisito que estamos colocando na Portaria é que a empresa não tenha condenação nos dois anos anteriores, não tenha uma investigação em curso no sistema ou que não haja um TCC em curso (Termo de Controle de Cessação). Com base nesse relatório, o Secretário de Direito Econômico vai dar o certificado ou não.

Para concluir, um ponto diferente do nosso programa com relação ao que é feito na União Européia ou nos EUA é que temos idéia de que isto seja concedido. Também foi anunciado pelo Secretário que será concedido um certificado para a empresa “amiga da concorrência”, vamos dizer assim. A diferença disso em relação ao que é feito nos EUA é que lá eles já não precisam mais disso. Com a conversa que tivemos com o DOJ, eles entenderam a importância e a justificativa deste selo no Brasil.

Enfim, essa era a idéia do que queríamos passar para vocês. Mais uma vez, a Portaria vai ser tornada pública na terça-feira. Ela está indo para a publicação na segunda mas queríamos, em primeira mão, trazer isso para o IBRAC e poder contar com a colaboração de vocês também no trabalho desse material.

Muito obrigada.

SLIDE 1

IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA – IBRAC

Cartéis em um Contexto Global

Barbara Rosenberg
Diretora do DPDE/SDE/MJ

Campos do Jordão, 29 de novembro de 2003

1

SLIDE 2

Introdução

- **Panorama Geral:**
 - Cartéis na Legislação Brasileira
- **SDE em 2003: Foco no Combate a Cartéis**
 - Inovação nos Métodos de Investigação
 - Acordo de Leniência
 - Programas de *Compliance*

2

SLIDE 3

Cartéis na Legislação Brasileira

- Lei 8.884/94: arts. 20 e 21
- Lei 8.137/90: art. 4º, I(a) e inciso II
- Lei 8.666/93: art. 90
- Resolução CADE nº 20

3

SLIDE 4

Atuação da SDE em 2003

- Inovação nos Métodos para Investigação de Cartéis
- Acordos de Leniência
- Programas de *Compliance*

4

SLIDE 5

Métodos de Investigação de Cartéis

Métodos/instrumentos utilizados em 2003:

- Parcerias com Ministérios Públicos Estaduais e Federais, Polícia Federal e AGU
- Buscas e apreensões (art. 35-A, Lei 8.884/94)
- Inspeções (art. 26-A, Lei 8.884/94)
- Interceptações telefônicas
- Cooperação Internacional

5

SLIDE 6**Métodos de Investigação de Cartéis**

- **PARCERIA COM A POLÍCIA FEDERAL**
 - Buscas e Apreensões
 - Treinamento de Delegados: disciplina concorrência
 - Treinamento de Técnicos da SDE: noções de investigação

- **PARCERIA COM OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS**
 - Aproximação das gramáticas administrativa e criminal
 - Buscas e Apreensões
 - Interceptações telefônicas
 - Realização conjunta de oitivas
 - Treinamento de Técnicos da SDE: noções de investigação

6

SLIDE 7**Métodos de Investigação de Cartéis**

- **PARCERIA COM A AGU**
 - Buscas e Apreensões
 - Mandados de segurança
 - Palestras sobre concorrência

- **PARCERIA COM DPDC/PROCON/Agência Reguladora**
 - Palestras/Treinamentos
 - Elaboração de cartilhas de concorrência e consumidor
 - Coleta de dados pelos PROCONs e Agências
 - Otimização das denúncias apresentadas à SDE

7

SLIDE 8

Métodos de Investigação de Cartéis

- Intercâmbio: expertise antitruste x técnicas de investigação
- Mecanismos mais ágeis para obtenção de medidas judiciais: baixo nível de dificuldade
- Zelo das autoridades:
 - Triagem e exame de probabilidade das informações/denúncias
 - Relação de confiança com o Poder Judiciário
 - Evitar perda de provas

8

SLIDE 9

Acordos de Leniência

- **Importância**
 - Desestabilização de cartéis
 - Fundamental para investigação e coleta de provas
- **Fundamental nos EUA (1 por mês), UE, Canadá**
- **Art. 35-B da Lei nº 8.884/94**
 - Celebração com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração, desde que SDE desconheça o fato ou não disponha até então de provas suficientes para condenação
 - Necessidade de colaboração efetiva nas investigações, resultando na: **(a)** identificação dos demais co-autores; **(b)** obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
- **Participação do Ministério Público**

9

SLIDE 10

Programas de Compliance

Características comuns dos cartéis:

- Participação de altos executivos
- Consciência da prática infrativa
- Uso de associações de classe/sindicatos:
 - Facilitação de colusão entre concorrentes
 - Participação de associações/sindicatos: 30% dos casos sob investigação na SDE
 - Julgados do CADE envolvendo associações/sindicatos:
 - *Associação Médica Brasileira (AMB);*
 - *Sindicatos de postos de gasolina em Lages, Florianópolis, Belo Horizonte e Goiânia*

10

SLIDE 11

Programas de Compliance

- **EUA:**
 - 1997-2002: US\$ 2 bilhões em multas e 20 executivos presos
 - Programas de *Compliance*: divulgação pelas autoridades e previsão nos *Sentencing Guidelines* (Capítulo 8)
- **UE:**
 - 2001: 2 bilhões de Euro em multas
 - 2002: mais de 40 cartéis sob investigação (mais do que nos últimos 10 anos)

Programa de 'Compliance' faz sentido quando cartéis são investigados, identificados e efetivamente punidos

11

SLIDE 12

Programas de *Compliance*

- **Compliance e tomada de riscos**
 - ✓ Investigações e penalidades não devem ser apenas computadas como custo monetário no momento da realizar negócios
- **Objetivos:**
 - ✓ Prevenção
 - ✓ Identificação de problemas e respostas imediatas
 - ✓ Redução de Penas

12

SLIDE 13

Programas de *Compliance*

- **Prevenção:**
 - Cultura de *compliance* dentro da empresa
 - Comprometimento de todos, especialmente de altos executivos
 - “*Todos os empregados de sua empresa sabem de suas obrigações legais em matéria antitruste?*”
 - Identificação do público alvo e tratamento diferenciado para cada área
 - Conteúdo: educação e monitoramento constante
 - Não bastam manuais e palestras
 - Circulação de informações / mudança na comunicação interna

13

SLIDE 14**Programas de Compliance**

- **Identificação de problemas e respostas imediatas:**
 - Identificar a tempo de remediar. Se impossível, firmar acordo de leniência
 - Auditorias
 - Procedimentos de controle e acompanhamento
- **Redução de Penas:**
 - Art. 27 da Lei nº 8.884/94
 - Proposta de Portaria

14

SLIDE 15**Programas de Compliance**

Minuta de Portaria da SDE:

- Criação do Plano de Incentivo à Elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI):
 - Prevenção
 - Mecanismos de respostas para práticas identificadas
 - Mecanismos de exame da efetividade do PPI
 - Recomendação de redução de penas ao CADE

15

SLIDE 16

Programas de Compliance

Minuta de Portaria da SDE - Procedimento:

- ✓ Interessado elabora seu PPI (*customizado*)
- ✓ Protocola-se na SDE
- ✓ Em 30 dias DPDE dá parecer sobre presença dos requisitos mínimos:
 - ◆ Documentos previstos na Portaria
 - ◆ Não condenação nos 2 (dois) anos anteriores, inexistência de investigação em curso ou TCC vigente
- ✓ Decisão do Secretário: emissão ou não do certificado de depósito
- ✓ Validade: 1 ano, renovável por iguais períodos
- ✓ Hipóteses de revogação do certificado

16

SLIDE 17

Programas de Compliance

Minuta de Portaria - Documentos e informações:

- ✓ Descrição do PPI e do material de apoio
 - Treinamentos (vídeos, manuais, palestras, internet); relatórios de comissão de acompanhamento; ênfase nas consequências da violação; mecanismos de monitoramento; acompanhamento por advogados de e-mails, atas, contratos
- ✓ Qualificação da empresa e grupo econômico
- ✓ Histórico de atuação no SBDC
- ✓ Funcionário encarregado do PPI
- ✓ Relatórios de auditorias internas
- ✓ Declarações da Direção/Gerência/Equipes de Vendas
- ✓ Atas de reuniões de associações/sindicatos
- ✓ Descrição relação com concorrentes, clientes e fornecedores

17

SLIDE 18

Programas de Compliance

Minuta de Portaria - Recomendação de Redução de Penas:

- Mediante exame de efetividade. Critérios:
 - ✓ Clareza dos procedimentos
 - ✓ Indicação de alto executivo para coordenação
 - ✓ Grau de delegação e fiscalização dos poderes de negociação / prestação de contas dos funcionários que interagem com o mercado
 - ✓ Mecanismos de disciplina eficientes, respostas apropriadas em caso de infrações
- Impossibilidade de redução:
 - ✓ Anuência ou clara omissão de alto funcionário
 - ✓ Ausência de comunicação imediata à SDE

18

(012)

Dr. Tito Andrade

Obrigado.

Bárbara, dois comentários brevíssimos depois de sua auspiciosa fala. Primeiro, gostaria de agradecer o lançamento do Programa de *Compliance* aqui no IBRAC. Isto sem dúvida nenhuma sinaliza o prestígio do IBRAC, que vem fazendo um trabalho muito sério há mais de dez anos. Segundo, gostaria de parabenizá-la pelo esforço que vem sendo feito na SDE.

Saiba você que é absolutamente perceptível por todos operadores do Direito que a SDE tem mudado e tem feito um esforço muito grande principalmente no que se refere ao combate a cartéis e condutas.

Dra. Bárbara Rosenberg

O Secretário de Direito Econômico acabou de chegar, então, eventualmente ele pode se juntar a nós para discutirmos o programa também.

Dr. Tito Andrade

Bem dito. Sem maiores delongas. Por favor, Dr. Fernando Marques. Ele é advogado e economista, Conselheiro do CADE, professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Dr. Fernando De Oliveira Marques

Já é boa tarde. Senhor presidente da mesa, Tito Andrade, senhores diretores do IBRAC, Dr. Ubiratan Mattos, em nome de quem cumprimento toda a Diretoria e o corpo de membros do IBRAC aqui presentes, saúdo-os pelo evento. Agradeço o convite para participar deste painel sobre cartéis em contexto global.

Depois de tantas novidades trazidas pela ilustre Sr^a Diretora do DPDE sobre os avanços da SDE no programa e na tarefa de reprimir as infrações à ordem econômica, no que toca especificamente ao combate aos cartéis eu gostaria de trazer aos senhores algumas reflexões sobre a questão da apuração das condutas e a jurisdição brasileira quanto à questão do combate e da repressão às infrações à ordem econômica. Num momento em que a economia se globaliza, em que os agentes econômicos atuam de forma cada vez mais internacionalizada e também de um lado em que as características do Brasil e da cultura brasileira trazem aspectos que merecem reflexão no que toca as condutas específicas de infrações à ordem econômica.

O fenômeno da globalização, como temos entendido, representa claramente e decorre de um estreitamento dos espaços e de uma redução de tempos, sobretudo impactada pela utilização crescente do meio eletrônico de comunicação e de realização de serviços e de comércio em toda parte do mundo, onde os consumidores podem, a qualquer momento, a qualquer hora, em qualquer parte do mundo, exercer a sua opção de consumo e, mais do que isso, o seu produto ou o seu serviço chega à sua mão em que parte do mundo ele se encontrar. Agregado a isso, nós temos uma redução das barreiras de comércio internacional por alíquotas fortemente decrescentes de importação, o que aumenta o volume do comércio internacional.

Sobretudo no Brasil esse fenômeno se tornou especialmente acirrado a partir na década de 90, em que por ato absolutamente brasileiro as alíquotas

de importação foram drástica e velozmente reduzidas, aumentando-se exponencialmente a partir de meados da década 90 até hoje a concorrência no Brasil, quer entre os agentes que já estavam aqui instalados, quer com agentes que passaram a operar no Brasil. Isto agrava e, realmente, coloca em cena o problema da tutela da defesa da concorrência.

Nesse passo, também no que toca à globalização e na experiência como servidor público- tenho exercido a função de Conselheiro do CADE- tenho procurando refletir também a partir da experiência trazida dos estudos na área jurídica e econômica que tive oportunidade de fazer que, sobretudo em Congressos como este, em que participam ilustres representantes de outros países, existe uma propensão muito grande da ciência econômica e da ciência da administração, sobretudo privada, em utilizar conceitos internacionais, em adotar práticas uniformes internacionais. Ao passo que da área do Direito se verifica, muitas vezes, uma dispersão muito grande de sistemas jurídicos, de legislações, de constituições, a ponto tal que em julho do ano passado (2002) em uma Conferência em Coimbra, Portugal, o professor Canotilho- eminente professor de direito constitucional, muito caro aqui para os operadores do Direito no Brasil- chegou a considerar e a expressar um pensamento que também tenho e ele conseguiu verbalizar “o Direito, hoje em dia, também concorre; os sistemas jurídicos passam a concorrer para otimizar as estruturas econômicas nas diversas jurisdições e nos diversos blocos do mundo”. Eis que isso, para alguns, causa profunda perplexidade. Para mim, pessoa que gosta da concorrência, “senhores advogados, temos concorrência jurídica no mundo, também”.

No Brasil, entretanto, temos um marco constitucional importante que não pode, de modo algum, ser desprezível. Em que pesem os conceitos econômicos serem transnacionais, a administração e os agentes internacionais aplicarem conceitos e posturas mundo afora, no Brasil para o bem ou para o mal ainda vige uma Constituição Federal com marcos importantes que orientam a tutela do direito econômico. Tutela essa que sobretudo explicita inequivocamente a importância e a relevância de se cuidar do mercado que integra o patrimônio nacional, conforme expressão literal do art. 219 da nossa Constituição Federal. Além do que, a Constituição fortemente reprime o abuso do poder econômico e infraconstitucionalmente trata da matéria na Lei nº 8.884 de uma forma inovadora. Aos senhores estrangeiros que estão aqui, a partir de 1994 a lei brasileira cria uma inflexão muito grande na tutela desta matéria, que deixou de ser uma matéria de direito penal e passou a ser uma matéria, como tenho sustentado, de direito metaindividual, difuso.

Portanto, conseqüências imensas que advém dessa nova postura da legislação brasileira, conseqüências essas que como bem a Dr. Bárbara hoje explica um dos exemplos, vão se desbordar na qualidade da prova e do tipo de prova necessários suficiente para impor uma sanção de ordem concorrencial, isto é, a qualidade da prova e o tipo de prova necessários suficientes para impor uma sanção de âmbito criminal bem como para impor uma sanção de ordem civil, empresarial para reparar danos e, eventualmente, o tipo de prova e circunstancias necessárias para instaurar no Brasil, inclusive, uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional.

São vários níveis de responsabilidade que existem no Brasil e, portanto, níveis de provas e investigação existem também a serem tratados. As responsabilidades não se confundem: no CADE aplicamos a Lei nº 8.884. E, chamo a atenção dos senhores para o fato de que a Lei nº 8.884, no seu art. 20, trata da responsabilidade independente de culpa, o que é totalmente diferente do nível de responsabilidade que sustenta uma responsabilidade de âmbito criminal, que depende da culpa e, às vezes, até mesmo da conduta com dolo, ou seja, a conduta qualificada em termos de prova e de intenção.

Nessa medida, o Brasil vem se adaptando ao contexto globalizado da economia e necessita, portanto, também fortalecer as suas estruturas internas sobretudo no que toca à repressão à ordem econômica. Dados já conhecidos mostram os efeitos nefastos dessas condutas na economia brasileira, uma economia que precisa e que certamente conseguirá desenvolver-se e crescer num ambiente concorrencialmente forte e sustentado. Nisso também estamos cada vez mais nos aproximando dos demais países dada à internacionalização das condutas e dos agentes que infringem a ordem econômica. Com o Mercosul temos um acordo bilateral que este governo assinou com a Argentina.

No âmbito próprio do Mercosul, na última reunião ocorrida em Montevideu, concluímos um texto de um acordo quadrangular entre todos os países do Mercosul de cooperação e troca de informações na área de repressão às infrações à ordem econômica. Há avanços também em direção à ALCA e um acordo de troca de informações com a União Européia se desenvolvem e, certamente, trarão frutos num futuro muito próximo.

Mas as diferenças são importantes, e eu vou passar a falar delas rapidamente. Ao passo que a economia e a administração tendem a considerar o mundo como uma aldeia global uniforme, o mundo está longe de sê-la. Ele possui profundas diferenças e eu aqui tomo alguns dados como PIB e popu-

lação. Estas assimetrias repercutem sim na análise das informações e devem, necessariamente, exigir das autoridades brasileiras uma análise concreta da nossa realidade como veremos, inclusive, por uma decorrência impositiva da doutrina da concorrência que é assentada sobre o conceito de mercado relevante.

No que toca aos PIBs, há uma diferença gráfica entre os países.

Na questão da renda *per capita* também eu coloquei, sempre para orientar os senhores, os países da América do Sul (Brasil, Chile e Argentina) à direita para que se tenha uma referência imediata para a comparação.

Em termos de população, e este é um dado que eu gosto muito - população significa mercado consumidor, desde que tenha o mínimo de capacidade de renda para consumir- o Brasil é um dos países mais populosos. Daí porque o interesse *a priori* de investimentos no Brasil já que possui um significativo mercado potencialmente consumidor de bens e serviços.

Crescimento - esses são dados de 2002. Inflação - taxas de inflação de 2002.

No âmbito do Mercosul, fazendo análise agora em um quadro menor, os PIBs dos quatro países do Mercosul são diferentes e daí a dificuldade do encaminhamento do Mercosul. Mais de 70% das regras assinadas do Mercosul não estão em vigor – dados do Ministério de Relações Exteriores. Por que? Porque existe uma assimetria econômica e cultural muito grande entre os países do Mercosul. Essa assimetria precisa de um esforço muito grande de ser superada. O aprimoramento institucional e a troca de informações no combate às infrações à ordem econômica decorrem das diferentes culturas e, sobretudo, das estruturas econômicas dos países.

Em termos de PIB, fazendo uma comparação com o Estado e a cidade de São Paulo dentro dos demais países do Mercosul, a cidade de São Paulo tem o PIB maior que o do que o Paraguai. O Estado de São Paulo possui um PIB maior do que o da Argentina.

Em termos de população, a população do Estado de São Paulo é maior do que a população da Argentina; a população do município de São Paulo é maior do que a população do Paraguai e maior do que a do Uruguai.

Fica claro, a partir de um olhar econômico-estatístico, a dificuldade e a assimetria que existe no Mercosul.

Agora, olhando o Brasil.

Estou fazendo uma análise que vem do mundo: Mercosul *versus* Brasil. Dentro do Brasil, a diversidade brasileira não é desprezível, é imensa em termos de PIB.

Em termos de população, o Estado de São Paulo e os demais estados da federação brasileira. A extensão dos estados.

Portanto, aqui se desdobram os agentes econômicos internacionais.

Esse é um dado da análise de atos de concentração. Nós não temos ainda uma estatística, como bem a Dr^a Maria Paula procura levantar, da questão das condutas. Aqui mostra aos senhores os números de operações internacionais na área de fusões e aquisições que repercutem no Brasil. Os senhores notam, obviamente, um decréscimo desse número em decorrência da desaceleração da economia mundial, que também, obviamente, repercute no Brasil. Agora, é expressivo o número de repercussões de atos transfronteiras no Brasil. Isto também é um grande indicador de que, por conseguinte, deve ser igualmente expressivo o número de infrações à ordem econômica transfronteira que deve repercutir no Brasil, porque no Brasil existe um significativo e forte número de agentes internacionais atuando na economia sobretudo acrescido e aumentado no decorrer da década de 90.

Portanto, o que cabe fazer em termos de autoridade de concorrência além do que a SDE já tem feito? Algumas reflexões que trago aqui aos senhores. O Brasil precisa aprimorar os instrumentos de pesquisa de dados e análises do mercado relevante brasileiro. Existem inúmeras peculiaridades que o mercado brasileiro possui: diferenças culturais e econômicas estão aqui esboçadas em estatísticas. E as diferenças de mercado, de hábitos de consumidor impactam brutalmente a definição do mercado relevante.

As instituições de pesquisas brasileiras precisam crescentemente se aprimorar e tenho notado que nos processos que estão recentemente sob análise do CADE há um incremento muito grande das pesquisas e do debate técnico, econômico e econométrico em alguns processos. A meu juízo, esse número ainda é insuficiente; é preciso que os organismos brasileiros de pesquisa e que as partes aprofundem as discussões para que no CADE se possa fazer uma análise cada vez mais apurada e acertada do complexo e grande mercado brasileiro, que é diverso em riquezas e hábitos.

Certamente, no que toca ao tema do cartel, os hábitos de apuração e investigação de cartéis em países da Europa e nos Estados Unidos têm diferenças. Aqui no Brasil nós temos a praia, o futebol e a escola de samba

além das associações e dos luxuosos hotéis. Tudo isso deve ser analisado e ponderado, para que a efetividade da repressão possa ser maximizada. Além do que as pesquisas e o mercados devem ser muito bem detalhados para que se possa, de um lado, efetivamente dar condição de qualidade às decisões que tomamos dentro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Isso decorre de um dado claro da doutrina antitruste - o mercado relevante. A definição de mercado relevante, leva e deve levar em conta as especificidades dos hábitos dos consumidores e da cultura. Como vimos pelas estatísticas, pela diversidade de população e de cultura o Brasil é um país singular e riquíssimo para que todos os estudos e as interpretações possam ser esclarecidos no âmbito do processo administrativo que apura as infrações à ordem econômica.

Disso decorre uma outra conclusão. As decisões tomadas em países estrangeiros sobre atos de concentração e condutas devem ser consideradas? A princípio, digo claro que sim, mas devem ser aprofundadas diante dos efeitos e da realidade do mercado e da sociedade brasileira. Daí porque é imprescindível indagar as repercussões quer no âmbito das condutas, quer no âmbito das concentrações daquele ato que estaria apresentado em eventuais outras jurisdições. Como Conselheiro-relator, eu sempre procuro fazer isso.

No âmbito do Mercosul, quando tomada uma decisão, demos procurar oficiar as autoridades do Mercosul para que tenham conhecimento do quanto em Brasília se decidiu para quem, querendo, tome as providências cabíveis nas suas respectivas jurisdições nacionais que integram o Mercosul. Essa prática certamente, para além da assinatura de documentos formais, dará uma dinâmica nova ao combate das infrações e na análise dos efeitos dos atos de concentrações no Mercosul. Eventualmente também em união com a União Européia, os Estados Unidos e com outras economias, em que os efeitos possam ser sentidos em caráter bilateral ou multilateral no que toca ao tema da concorrência.

Concluindo, temos que no Brasil há uma grande caminhada e uma grande escada a ser subida. Aprimorar a legislação nacional, hoje temos um exemplo claro do esforço que as autoridades têm feito neste sentido, através de portarias, de jurisprudência, de alteração no marco normativo nacionais. Ainda, estabelecer com frequência acordos bilaterais. Com os Estados Unidos e com a Argentina já temos. Devemos firmar acordos com quantos outros países precisarmos dialogar para que as provas possam ser intercambiadas de alguma forma utilizadas entre as autoridades nacionais de concorrência.

Portanto um desenvolvimento simétrico e harmônico de legislações nacionais com as quais se possam caminhar para acordos multilaterais e, eventualmente, num futuro próximo – já pela minha experiência e pela minha avaliação não tão perto- criar autoridades regionais no combate às infrações à ordem econômica.

Essa escada não se sobe aos pulos, e a prova disso é a alta inaplicabilidade dos acordos no âmbito do Mercosul. Ou seja, é preciso desenvolver a cultura, a prática, o diálogo, a convivência e a superação de assimetrias teóricas e conceituais. Fala-se em responsabilidade *per se*, fala-se – e aqui ênfase - em responsabilidade objetiva no Brasil. Quais são as diferenças? Quais são as semelhanças?

Com isso, senhores, mais do que querer trazer algumas informações eu trouxe um convite à reflexão sobre o desenvolvimento atual e futuro do tema da defesa da concorrência no Brasil. Matéria a qual o IBRAC certamente é um grande promotor. É também um grande anfitrião nesse seminário bem como em tantos outros que realizou e que realizará aqui no Brasil.

Muito obrigado.

SLIDE 1

Globalização e Jurisdição Nacional

Defesa da Concorrência

Conselheiro Fernando de Oliveira
Marques

Novembro de 2003

SLIDE 2**Globalização:**

- Estreitamento dos espaços;
- Redução do tempo;
- Aproximação de mercados e agentes econômicos;
- Elevação da oferta de bens e serviços;
- Elevação do consumo;
- Quebra de fronteiras comerciais;
- Transnacionalização das empresas.

SLIDE 3**Brasil:**

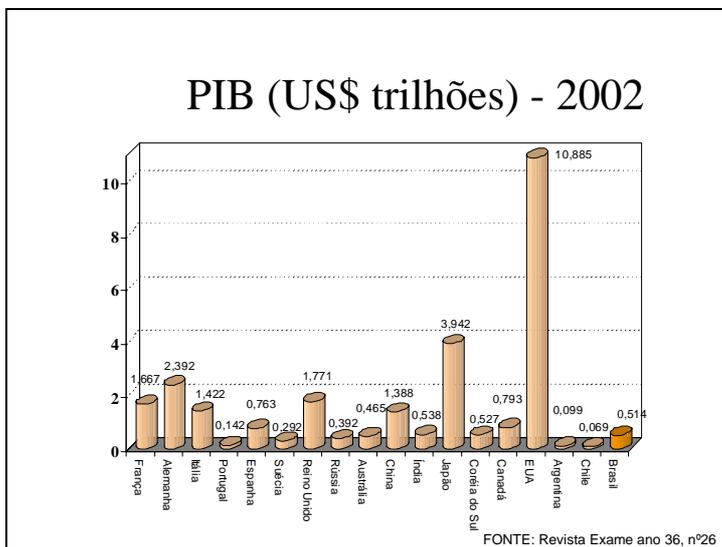
- Constituição Federal de 1988, artigos 1º, 3º, 4º, 170, 173 e 219: independência e soberania nacional, aprimoramento do mercado interno e da livre concorrência, integração regional com os demais países latino americanos;
- Adaptar-se ao contexto globalizado da economia, e fortalecer estrutura interna;
- Fortalecer instituições para se desenvolver em conjunto com os demais países do MERCOSUL / ALCA / União Européia.

SLIDE 4

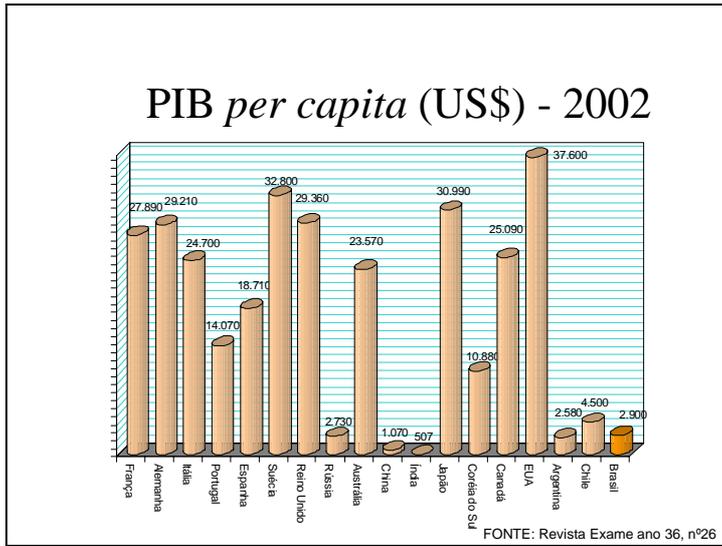
Acentuadas Diferenças de Contexto

Brasil X Outros Países

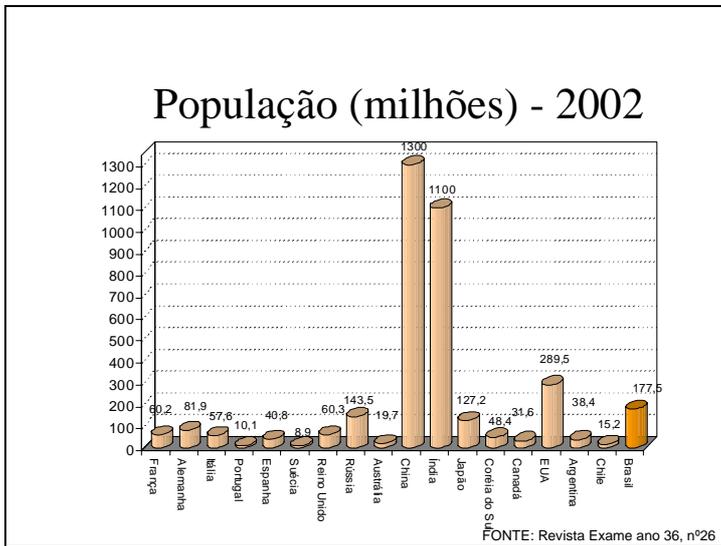
SLIDE 5



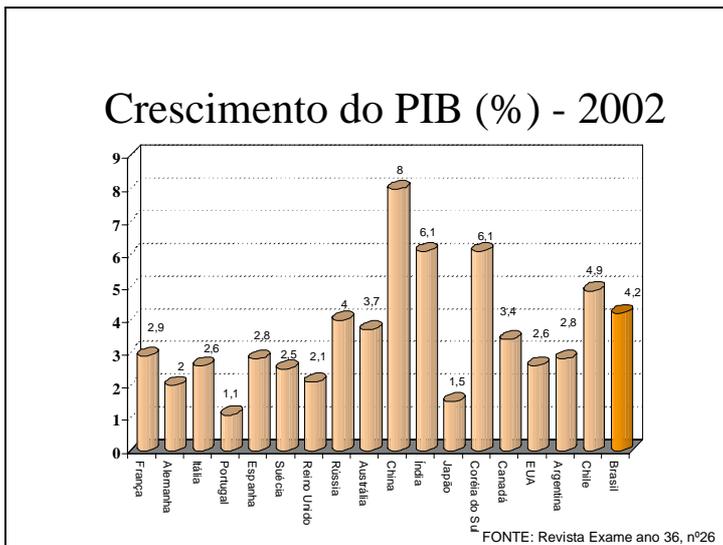
SLIDE 6



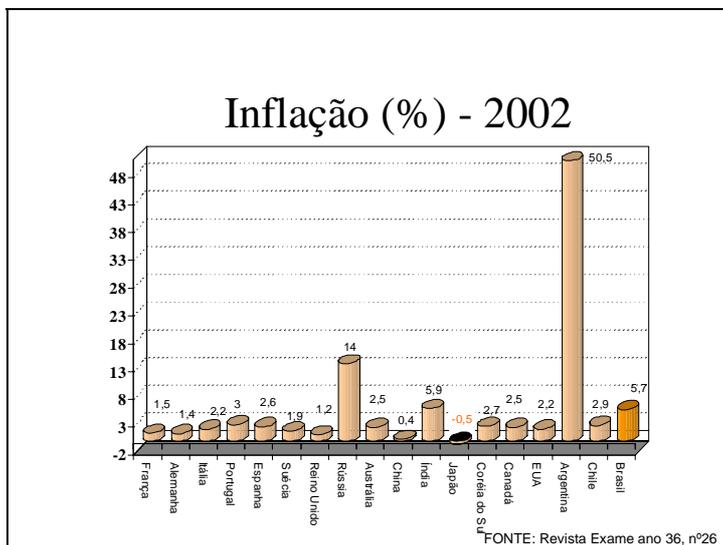
SLIDE 7



SLIDE 8



SLIDE 9



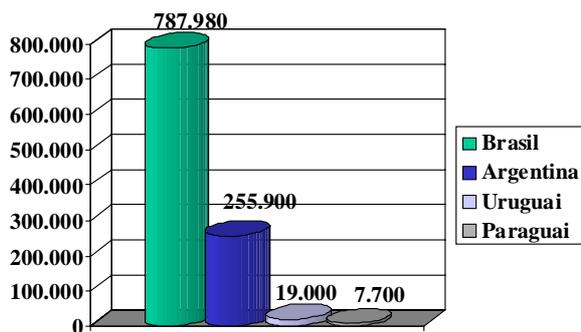
SLIDE 10

Acentuadas Diferenças de Contexto

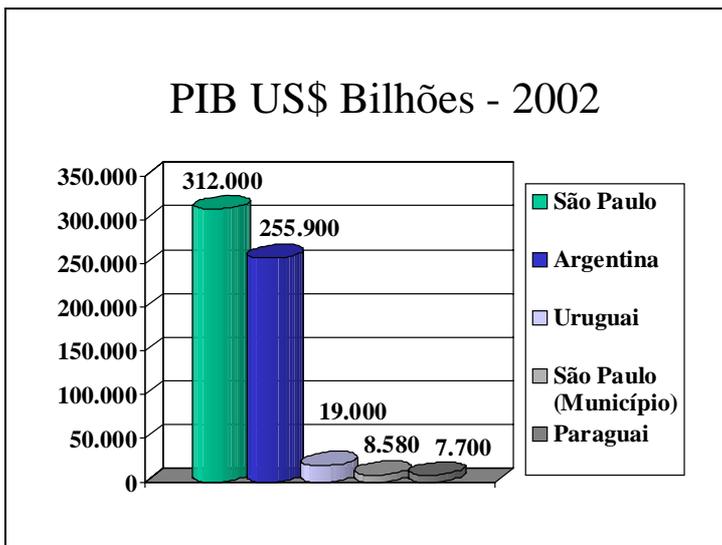
Países do MERCOSUL

SLIDE 11

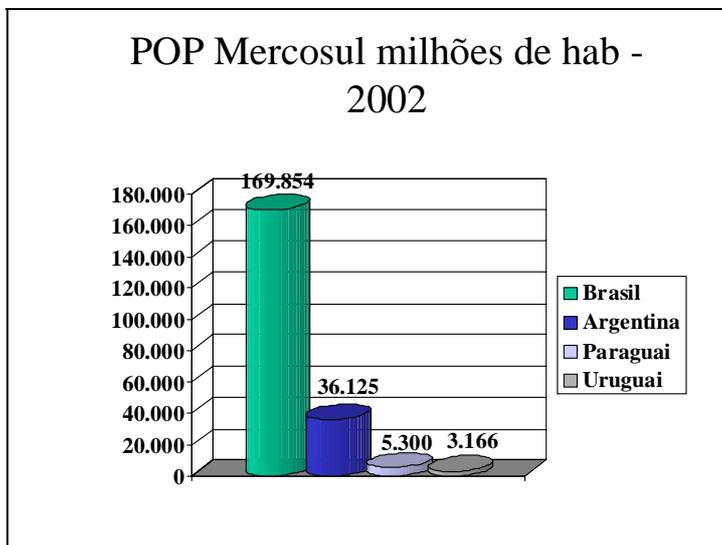
PIB US\$ Bilhões - 2002



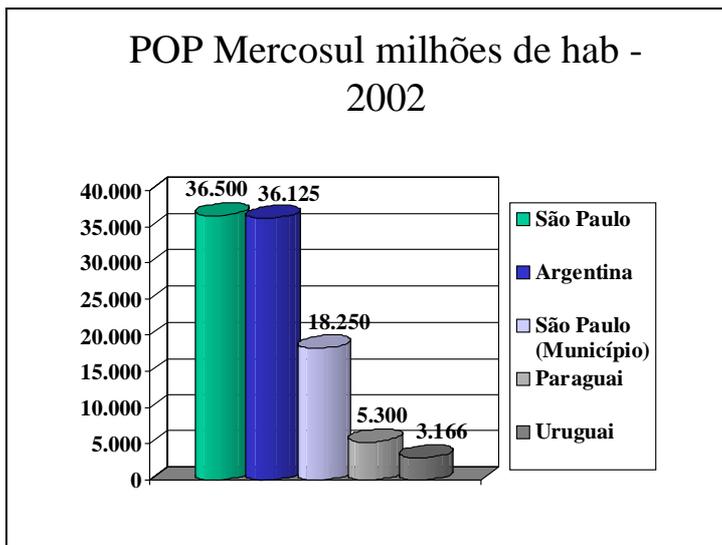
SLIDE 12



SLIDE 13



SLIDE 14

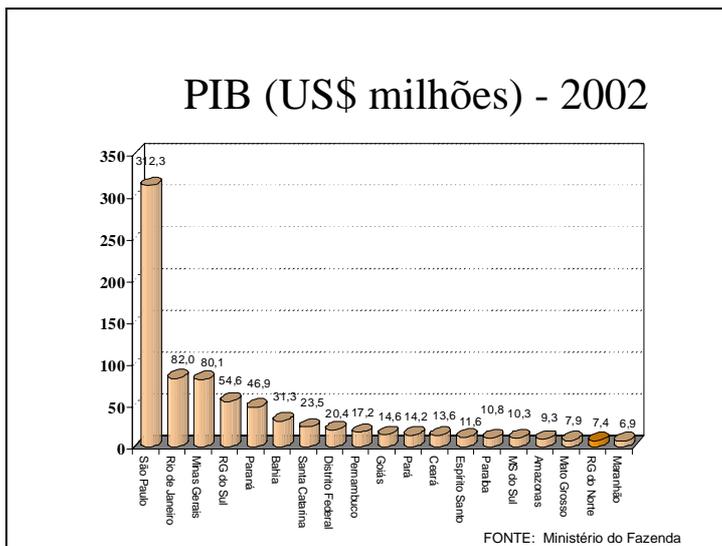


SLIDE 15

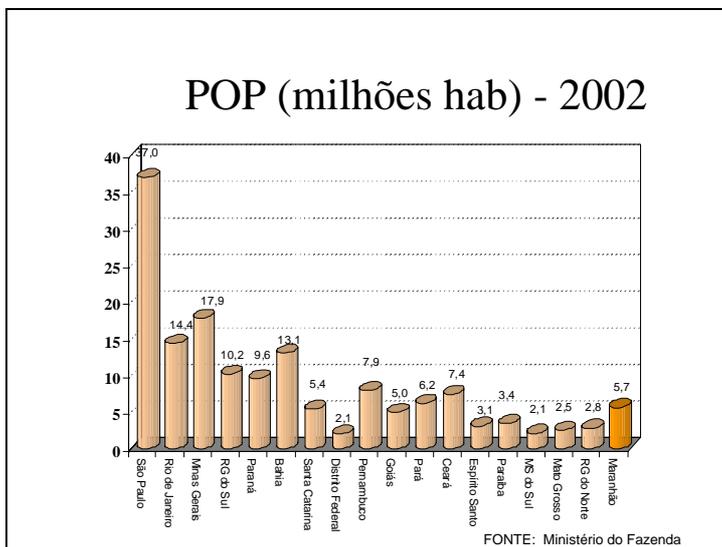
Acentuadas Diferenças de
Contexto

Estados brasileiros

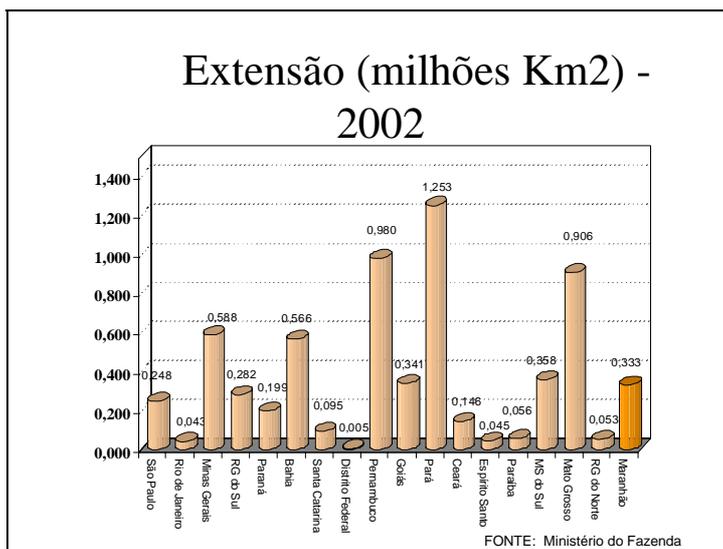
SLIDE 16



SLIDE 17



SLIDE 18

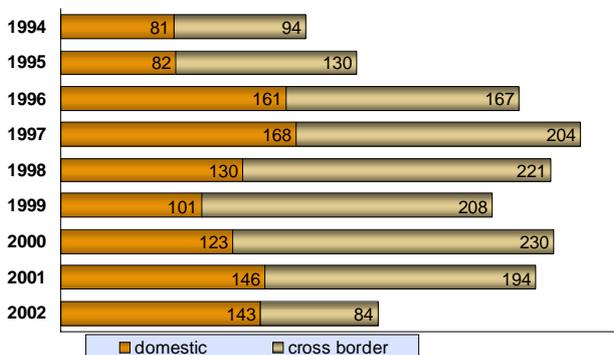


SLIDE 19

Negócios Transnacionais

Breve avaliação

SLIDE 20

Evolução do número de transações
no Brasil

fonte: Fusões e Aquisições – KPMG, abril/2003

SLIDE 21

Perspectivas e Objetivos:

- O Brasil deve fortalecer e aprimorar seus instrumentos de pesquisa de dados e análise de mercado (no CADE, hoje, há significativa sofisticação de pesquisas econômicas, porém, o volume ainda é pequeno);
- A integração no MERCOSUL deve progredir rumo ao aprimoramento das relações entre os Estados-Parte signatários do acordo;
- Em defesa da concorrência: tem sido realizado trabalho nesse sentido pelo CT5, grupo de trabalho dedicado à exploração das normas e ao aprimoramento de práticas tendentes a prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica no âmbito do MERCOSUL.

SLIDE 22**Síntese das Razões:**

- De um lado: dentre outros aspectos já levantados, a definição de mercado relevante (marco inicial da análise em defesa da concorrência), por exemplo, é função da análise da demanda, da oferta, da concorrência e sobretudo dos hábitos dos consumidores;
- Ora, isso é algo que tem que ser feito a partir da realidade que varia de país para país e num mesmo país, como o Brasil, contemplando as eventuais diversidades regionais e culturais.

SLIDE 23**Síntese das Razões:**

- Por outro lado: o mercado, cada vez mais se internacionaliza resultando crescente agregação de países em blocos econômicos, reduções de alíquotas de importação (no Brasil, notadamente, a partir da década de 1990), crescente internacionalização dos agentes econômicos e dos hábitos de consumo, através, *v.g.*, da utilização da internet, o que, portanto denota que os países precisam acelerar os processos de integração da cultura da concorrência;

SLIDE 24

Conclusão de “*lege ferenda*”:

- Criar e promover: (a) autoridades e legislação nacionais; (b) acordos bilaterais; (c) desenvolvimento simétrico / harmonização de legislações nacionais; (d) acordos multilaterais; (e) autoridades regionais de defesa da concorrência.
- Porém: “essa escada/evolução não se sobe aos pulos”.
- Não se pode transpor etapas nos processo de aprimoramento do tema da concorrência, pois o principal é que os Estados caminhem em níveis equivalentes de desenvolvimento da oferta da concorrência.

DEBATES

Tito Andrade

Em função do avanço da hora e da necessidade do Conselheiro Fernando Marques e do Dr. Alan Ryan terem que se retirar um pouco mais cedo, vou pedir que as perguntas sejam dirigidas ao dois em primeiro lugar.

Guilherme Ribas, SDE:

Eu gostaria de aproveitar a presença do Dr. Alan e dirigir minha pergunta a ele.

Eu gostaria de saber, com mais detalhes, quais são as maiores medidas de investigação em sua jurisdição. Também gostaria de saber sobre a efetividade dessas medidas e os termos de coleta e juntada de evidências de colisão. Eu gostaria de saber ainda como vocês, advogados, reagem em certas situações. Por exemplo, o que você faz quando o *dawn raid* acontece em sua jurisdição?

Alan Ryan

Obrigado. O único fato mais importante é as aplicações de leniência porque ela pode ser combinada com a ameaça de uma enorme multa. Se o nível da multa for baixo ninguém vai, na verdade, se aborrecer com a leniência, mas quanto maior for a multa, maior é a probabilidade das pessoas terem leniência. Essa é a melhor evidência que se pode obter porque é basicamente a confissão. Se não temos isso, torna-se um tanto difícil, mais especificamente para corrente civil da Comissão Européia.

A evidência de um *dawn raid* é útil e algumas vezes até bom. Às vezes você encontra aquela “goma de mascar para fumantes”, algumas vezes não. Contudo, sem a evidência de leniência tenta-se unir um caso e se olharmos o que acontece, escutaremos sobre um número de casos que a Comissão desiste por falta de evidências ou coisas do gênero. Na verdade, se deve pensar em dar enfoque a uma enorme multa a fim de encorajar a efetividade no programa de leniência.

O que fazemos em um *dawn raid*? Isso depende de qual país se está. Se for um *dawn raid* da Comissão da União Européia, deve-se usar o conjunto com a autoridade local nacional. Mas se está sob a lei da União Européia, sua lei e seus procedimentos governamentais a Comissão Especial espera até cerca de uma hora para advogados de outras empresas chegarem; às vezes eles não virão mas se espera mesmo assim.

O que nós fazemos como advogados? Claramente, existe um estandarte limite para o advogado, uma série de limitações no que podemos fazer. Nós podemos verificar o que a Comissão da União Européia possui, suas autoridades especializadas ou qualquer outra coisa. Em dez entre dez casos, a única coisa que nós realmente podemos fazer é manter o foco no propósito pois a razão pela qual eles avaliam tem que ser discutida na decisão.

Por exemplo, no caso da “Vitamina A” nós procuramos por evidências. Se eles estiverem observando os estudos não relatados como aconteceu neste caso, nós tentamos mantê-los longe disto, mas isso é muito limitado.

Quando eles pedem mais explicações sobre o assunto e solicitam respostas escritas, nós podemos dar-lhes algum tipo de resposta oficial da empresa. Francamente, a razão mais importante de ter um advogado é manter um registro de todas as informações que a Comissão lhe permite manter, porque a Comissão, quando vai até a empresa, usa a copiadora da própria

empresa para copiar tudo. Ela não leva embora todas as informações. Nós podemos fazer cópias extras e ter acesso ao que a Comissão tem. Presumindo que nós não tenhamos idéia de que existem preocupações a respeito deste assunto específico nós podemos pesquisar as evidências. A Comissão tem que tentar aconselhar a companhia sobre o que é provável de ser encontrado e o que não é e quais são as medidas devem ser tomadas, somente para cooperar. Mesmo se for tarde demais para leniência eles devem somente cooperar, mas claramente nós não esperamos para impedir a própria investigação.

Tenho certeza que não há ninguém neste seminário que conduza um negócio que estraçalha documentos - é um vestígio muito óbvio. Finalmente, eu gostaria de advertir todos os empresários para não conversarem com as pessoas que estiverem conduzindo a busca. Aqueles que são muito bons nisso podem conversar bastante e podem envolver os empresários em longas discussões, principalmente quando os empresários se sentirem ultrajados porque estão sendo investigados. Se realmente quiserem se explicar e explicar as condições do mercado tudo bem, mas não conversem muito porque este é um assunto muito prático.

Tito Andrade

Dra. Elizabeth

Elizabeth Farina

A pergunta é para o Dr. Alan. Você mencionou que quando houve a criminalização dos cartéis no Reino Unido a razão principal era que se queria controlar as práticas. Eu lhe perguntaria: os EUA têm criminalização e mesmo assim eles têm muitos cartéis; você acha que é realmente necessário? E nós sabemos que a criminalização insinua regras muito novas para provas e se tem muitos custos envolvidos, logo minha pergunta é: isso é suficiente? Qual é o próximo passo?

Alan Ryan

Obrigado. Eu acho que seja necessário porque trata-se de uma questão de cultura: a cultura da conformidade. Ainda hoje na Europa temos esta cultura que é fria quanto ao envolvimento em cartéis. É um tipo de um modismo ruim! Seria como uma multa por alta velocidade: enquanto estou recebendo uma multa por alta velocidade, um motorista alemão respeita os limites de velocidade dirigindo a menos de 80 km/h! Somente a partir 1999 é que as multas começaram a ser importadas. Mesmo com isso, do lado civil, isso não é o que os impede. A cultura ainda está lá!

Há um caso que talvez mostre que a cultura não mudará com a criminalização. Em 1998, a Companhia Aérea Escandinava SAS & Mask dividiu alguns setores entres si. Isto foi descoberto e eles foram multados. Houve um grande protesto na imprensa sueca a respeito de como o consumidor padrão tem sido fraudado. Então, a SAS tentou parecer certinha em tudo mas todas as coisas já estavam feitas, por isso não mostrou nada de errado a respeito disto.

Até hoje, há clientes que não entendem. Eles dizem: meu preço é este e preciso proteger meu mercado. O que está errado com isto? Eu preciso fazer isto para proteger meu mercado. Acho que penalidade é uma coisa necessária a ser feita. Mas imaginem a experiência dos Estados Unidos: acho que os EUA, até recentemente, não tinham feito isto por causa da pechincha livre, da imunidade e tudo mais. Não há muitas pessoas que vão para a prisão, mas no interior esta é uma atitude agressiva contra os cartéis. Mais pessoas têm ido para a prisão e mais pessoas têm discutido este assunto

Tito Andrade

Marcelo, acho que vai ser a última pergunta para o Conselheiro e para o Alan, depois vamos abrir para todos.

Marcelo Calliari, advogado de Tozzini, Freire e Silva Advogados e ex-conselheiro do CADE:

A pergunta é tanto para o Dr. Ryan quanto para o Conselheiro Fernando Marques. Depois eu queria ouvir a Procuradora também. A questão é sobre o padrão de prova.

Foi mencionado por ambos e pela Procuradora também sobre a diferenciação do padrão de prova num caso criminal e num caso administrativo ou civil. Eu queria ouvir um pouco mais sobre qual é essa diferenciação, quão menos rigorosa deve ser a prova num caso, por exemplo, a ser julgado pelo CADE ou num caso a ser decidido no âmbito administrativo na Inglaterra do que o que se exige no caso penal.

Eu vou usar um exemplo da experiência do CADE. Talvez estes casos mais recentes de sindicatos de postos de gasolina não levantem tanto esta questão porque a prova, provavelmente, satisfaria qualquer tipo de exigência. Mas o caso do cartel do aço, por exemplo, chegou a ser discutido no CADE. Qual seria o tipo de padrão necessário em termos de evidência econômica? Acabou não sendo necessária a conclusão dessa discussão porque se atingiu um padrão de prova, nesse caso específico, que satisfaria também a exigência criminal nos Estados Unidos, por exemplo. Isto é o paralelismo de preços, um comportamento de preços não justificável por qualquer outro argumento racional-econômico mas que era uma reunião entre as partes em que se determinou que houve uma discussão sobre preços. Essa foi a posição do CADE.

Então, não chegou a ser necessária uma decisão do CADE com relação a isso. Bastaria apenas a evidência econômica? Um comportamento de preços, não explicável de outra maneira racional que não por um cartel, seria suficiente para uma condenação na esfera administrativa? Agora na medida em que há essa aproximação com a esfera penal no Brasil também, houver um caso paralelo correndo no criminal poderemos ter uma condenação na esfera administrativa e a prova não ser suficiente no caso penal.

Eu queria ouvir um pouco mais sobre essa discussão, especialmente na Inglaterra, sobre a possibilidade dos dois processos paralelos e se houve alguma discussão com relação à distinção do padrão de prova.

Fernando De Oliveira Marques

O Dr. Calliari toca exatamente na questão, questão esta que, por exercício da função, eu não poderia antecipar em pleno mas que posso fazer uma reflexão sobre alguns pontos que me parecem muito relevantes, sobretudo neste momento em que o sistema passa a enfrentar com maior intensidade e frequência o combate às infrações, especialmente o cartel.

Primeiro, tenho que é absolutamente clara a possibilidade de haver uma absolvição ou uma insuficiência de provas para sustentar uma responsabilidade criminal no Brasil. Também acho que é possível uma circunstância em que as provas sejam suficientes para impor uma responsabilidade no âmbito do CADE.

O art. 20 trata de uma responsabilidade independentemente de culpa. Por outro lado, sobre a questão do *plus* nós não temos como fazer comparações entre legislações internacionais porque istio é muito difícil.

Sobre a questão da responsabilidade *per se*, nós não a temos. Mas temos a objetiva no *caput* do art.20 que tem seus quatro incisos, ou seja, precisa estar demonstrada de alguma forma uma daquelas quatro finalidades vetores que sustentam a possibilidade da conduta vir a ser caracterizada como uma infração concorrencial nos termos da Lei nº 8.884. Além daquele elenco de incisos do art. 21, dentre eles o famoso inciso V que é quase que um inciso de conduta geral, é possível que isso seja cotejado no processo.

Que tipo de evidência vai ser trazida aos autos para caracterizar uma infração ou um ato concorrencial ? Isto vai se dar nos julgamentos, mas eu não tenho dúvida que é diferente da responsabilidade penal, esta sim baseada no princípio da culpa e eventualmente do dolo. Ela permanece na Lei nº 8.137 aqui no Brasil.

Isso tudo vai ser matéria dos próximos trabalhos, debates e teses. Quem sabe o próximo prêmio do IBRAC aprofunde esse tema. Certamente, estará sendo vazado em alguns votos que estarão sendo desenvolvidos num futuro próximo.

Alan Ryan

Eu acho que é certamente comum no sistema inglês com a nova lei criminal. Isto se tornou mais fácil e eu acho que teria no Brasil o crime *per*

se, porque uma vez que os preços foram fixados, em um contexto horizontal *per se* não é preciso ir e mostrar que era um fato verdadeiro de restrição de da concorrência. Então, eu acho que a única coisa que se precisa provar é que ele, na verdade, concordou com outra pessoa. Isto era muito mais fácil, porém era desonesto. A desonestidade poder-se-ia dizer que pode ser tecnicamente interpretada.

Não é preciso demonstrar que havia uma restrição de concorrência ou mesmo todas as possibilidades deles não serem porque talvez o acordo nunca seja implementado, por exemplo. A lei é mais acessível no sistema inglês.

Quanto à questão de como se casa dois defeitos de provas é, na verdade, algo que ocorre bastante comumente. Pode-se ter uma acusação criminal e se pode ter também uma ação civil por danos exatamente no mesmo processo. Eu lhe dou dois exemplos sobre como isso funciona: um nos EUA e um no Reino Unido, ambos exatamente no mesmo padrão. Por que não vemos aquele exemplo que falamos mais cedo? O.J Simpson.

O.J Simpson foi considerado inocente. Não foi provado nada além de uma razoável dúvida ao menos no pensamento do júri deste caso. Vocês devem ter visto que ele matou sua esposa. Por outro lado, no tribunal civil ele foi considerado responsável por infringir o direito civil de sua esposa, assim ele teve que pagar \$20 milhões de dólares. Novamente porque a essência da prova era muito ruim.

O outro caso é sobre Bill Clinton. É a respeito de todas as alegações de Paula Jones. Eles estavam ameaçando processá-lo por infringir os direitos civis, mas não havia ninguém que conseguisse uma lei que pudesse responsabilizá-lo por qualquer coisa. Mais uma vez porque a essência da prova seria muito mais alta.

Isto é algo bastante confortável. A dificuldade, na verdade, é a linha do procedimento. Assim, se você não tem nenhuma revelação pública no caso civil talvez você possa prejudicar um julgamento justo num caso criminal. O que significa, basicamente, que a ação criminal tem que seguir primeiro. Para ser honesto com vocês, desde toda intenção atrás dos cartéis na prisão, é provavelmente o detentor mais efetivo. Colocar a ação criminal em primeiro lugar é a coisa mais apropriada a fazer.

O Estado vai ter menos receita, mas porque as multas virão mais tarde. Em termos de deter os danos sociais causados por cartéis, ter condenações criminais é, provavelmente, muito mais sensato. Isto é assim pelo menos no contexto doméstico do Reino Unido, exceto o caso criminal.

A outra coisa que eu diria é que todos os países têm tradições legais, particularmente em casos criminais; cada país tem suas tradições e procedimentos muito históricos sobre o que se faz. Por exemplo, no caso inglês, se tinha o sistema de colocar em liberdade sob fiança, com o antigo advogado defendendo você. Por exemplo, nos EUA você tem outras tradições e no Brasil você tem outras. É muito importante se ajustar à sua cultura legal. Ninguém deve se sentir constrangido a respeito disto. O que pode fazer a detecção de cartéis mais difícil.

Nessa parte, há algo na União Européia que não é mais como antes porque os padrões impõem multas civis entre os países. Na maioria dos países, a administração pode impor multas com base nos relativos e baixos padrões de prova da lei civil. Eles não são, por outro lado, o que a Constituição diz “apenas o Tribunal pode impor multas”. Assim, se as autoridades de concorrência iranianas investigam eventos civis, eles têm que ir ao Tribunal e provar o dano criminal até mesmo para impor uma multa civil. Isso porque na sua tradição legal é assim que a Constituição diz que deve ser. Todos dizem que a sua própria Constituição vem primeiro. E você precisa fazer algo que se ajustará em sua própria Constituição. Não há um lado global para o crime e certamente também não há o lado criminal do cartel.

Maria Paula Dallari Bucci

Para completar o que já foi dito- e eu concordo com as duas respostas inteiramente- queria lembrar que qualquer análise, seja no âmbito administrativo seja no âmbito judicial, é feita a partir do chamado conjunto probatório. Então, evidentemente, não há uma medida objetiva e satisfatória a partir da qual se possa dizer que foi preenchido ou não o parâmetro de prova.

O conjunto probatório diz respeito não só ao conjunto de evidências e aos elementos, mas àquilo que se quer provar. Então, fixar *a priori* um padrão seria omitir que existe uma série de conceitos jurídicos indeterminados para serem preenchidos no caso concreto. Daí chegamos na diferença até de escopo no tratamento da prova na esfera administrativa e na esfera penal.

Na esfera administrativa, acho eu, que há muito mais espaço para a análise econômica da prova, mas isto dificilmente será feito. Nós não temos nenhuma tradição nisso. E o mais esperado é que a coisa progrida por meio da interconexão de esferas. Então o trabalho, que é profundo e extenso na esfera administrativa em relação a determinar os tais de conceitos

indeterminados – mercado relevante – consiste em aferir se naquele mercado definido aquela conduta limita a concorrência ou incide em uma daquelas hipóteses do art. 20. Dessa forma, todo esse trabalho e essa profundidade da análise econômica é muito mais própria da esfera administrativa.

Eu acho que até podemos falar quase em vocação de provas ou em provas que têm maior vocação de aproveitamento num sentido ou em outro. E só para completar, assim como existe de um lado um conjunto probatório - e isso faz todo sentido quando o John faz referência à tradição, à fixação dos padrões e à jurisprudência - de outro sabemos que esses padrões variam não só no espaço, de país a país, mas variam no tempo. Podemos ter períodos de jurisprudência mais branda e períodos de jurisprudência mais rígida porque isso existe em todas as matérias. E no CADE pode acontecer, quer dizer, certos padrões probatórios que não eram aceitos. Eles podem começar a ser tolerados exatamente para induzir maior rigor na punição das condutas e assim por diante.

Mas se temos de um lado um conjunto probatório- e acho que na minha exposição passei um pouco por isso- temos por outro lado um conjunto punitivo, por exemplo, voltando à questão da publicação e o problema das multas. A imposição de uma multa alta no Brasil pode ser tão mais inusitada, dramática e onerosa do que a publicação. Enfim, há uma variedade de sanções que compõem com o conjunto probatório um conjunto punitivo que realmente tem que ser fixado na medida da sucessão dos casos para compor uma determinada tradição.

Tito Andrade

Bom, as perguntas podem ser dirigidas aos demais expositores. O Dr. Pedro tinha sido o primeiro a se manifestar. Não sei quanto tempo vamos ter e quantas perguntas vão ser possíveis...

Pedro Dutra

A pergunta é dirigida à Dra. Bárbara.

Dra. Bárbara, quantos processos de investigação de cartel a atual direção da SDE encontrou? E quantos já foram possíveis de remeter ao CADE?

Bárbara Rosenberg

Infelizmente, não tenho o número preciso para passar para o senhor, mas evidentemente ele pode ser passado posteriormente.

Em termos de grandeza de processos administrativos e averiguações preliminares em curso na Secretaria, eu diria que tinha cerca de mil que estavam em curso e hoje ainda existem 900. Na verdade, isso foi um trabalho sério, uma correição informal que fizemos de identificação, arquivamento ou envio. Tem até um detalhe importante: este ano foi enviada muita coisa para o CADE que identificamos como não constituindo de fato uma infração. O que tentamos fazer foi uma filtragem e eu diria que, em termos de grandeza, temos 10% a menos de estoque. E eu diria também que não seriam os casos de condenação.

Este ano foram enviados para o CADE, salvo engano, cinco processos com pedido de condenação de cartel - cinco processos foram concluídos mas eles já estavam em curso na SDE. Eu não saberia dizer exatamente quantos processos de cartel há: são mil processos de condutas em geral e, desse universo, talvez 30 ou 35% sejam de cartéis, incluindo procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos. Não é tudo o que está em curso na Secretaria que vai efetivamente se tornar processo administrativo. Muitos processos foram encaminhados para o CADE até mesmo com pedido de arquivamento por insuficiência de provas, ou seja, foi feita a instrução.

Tito Andrade

Vou juntar três perguntas para finalizar. O Dr. Gesner tinha uma pergunta, o Dr. Pedro e o Dr. Aurélio também. Quatro perguntas contando com a da Dr^a. Yolanda.

Gesner Oliveira

Eu queria fazer uma pergunta com relação ao problema que foi levantado na exposição do Dr. Mauro e também da Dra. Bárbara em relação ao foco. Certamente, é um ponto muito importante e é uma contribuição da análise econômica que sugere algumas características estruturais que tornam mais provável a prática de cartéis.

A minha preocupação, olhando para outras jurisdições, é que essas características são tão amplas que elas exigem muito cuidado na aplicação e sobretudo na escolha dos setores. Se houver um critério unidimensional, evidentemente isso pode levar à distorções muito sérias. A própria Dra. Bárbara assinalou esse fato. Mas recorrentemente, em outras jurisdições, encontra-se esse tipo de problema. Seria útil pensar em outros critérios de escolha.

Algumas características estruturais inclusive sugerem probabilidades de melhores denúncias em alguns setores do que outros; há uma economia política que às vezes distorce a qualidade da denúncia. Então, acho que esse seria um ponto que mereceria reflexão.

Nós discutimos, e foi mencionada nas exposições, a importância das parcerias. Uma parceria talvez já tenha sido pensada mas que é muito natural seria o IBGE. Na contribuição, o banco de dados do IBGE é riquíssimo e a minha colega Denise chamava a atenção inclusive para o banco de preços, que é extremamente vasto e que poderia ser utilizado.

Uma última observação: em relação ao compromisso de cessação, que é um instrumento extremamente importante, eu acho que mereceria uma reflexão a respeito de qual seria o impacto sobre a rentabilidade esperada do ilícito; talvez tivesse um impacto ruim. Eu acho que não dá para dar resposta em relação a isso, mas este aspecto merece uma reflexão.

Tito Andrade

Dr. Pedro, que sejam as perguntas mais breves possíveis.

Pedro

Queria perguntar à Dra. Bárbara, aproveitando o gancho da exposição do Dr. Mauro, quando se referiu à dúvida com relação à competência do Ministério Público federal e estadual nos casos de leniência. Eu estenderia a competência a qualquer outro tipo de caso envolvendo investigação de conduta.

Com relação a essa competência do Ministério Público federal ou estadual, a Secretaria tem uma posição para a investigação da parte criminal?

Yolanda Amaral de Cerqueira Leite

A minha pergunta é para a Dra. Maria Paula, que fez uma análise dos casos de cartéis. Nesse conjunto de casos, indicou-se as penalidades pecuniárias e penas acessórias. O que eu gostaria de saber é o seguinte: como todos esses casos foram praticamente parar no judiciário e o que aconteceu com essas penas?

AURÉLIO

A minha pergunta também é para a Dra. Bárbara e diz respeito à sistemática desse programa de incentivos a *compliance* antitruste. Talvez eu esteja precipitando um pouco o debate que se dará certamente a partir de segunda-feira quando for divulgado o texto, mas queria entender por que a sistemática de certificação *a priori* foi escolhida em detrimento de outras que talvez representassem menor desestímulo à adoção desse tipo de programa. Porque na sistemática, pelo que eu entendo, as empresas ficam obrigadas a periodicamente renovar todo o conjunto de informações relevantes para que a Secretaria tenha condições de apreciar e, então, se manifestar sobre o programa que porventura elas entendam adequado adotar.

Tito Andrade

Vamos começar as perguntas. Primeiro a do Dr. Gesner.

Bárbara Rosenberg

Acho que tem um ponto que não tive tempo de abordar e uns outros que eu queria abordar agora na resposta.

O primeiro ponto levantado pelo Dr. Gesner é fundamental. Voltando um pouco à pergunta do Dr. Pedro sobre a escassez de recursos, principalmente humanos, eu diria até que ela é sabida de todos e que estamos tentando trabalhar e verificar em que medida isso pode ser suprido. Eu tenho que reconhecer que o trabalho que foi feito esse ano pelos técnicos na Secretaria foi fundamental para esse incentivo. Ninguém reclamou de horário, de viagens, etc. Quer dizer, isso foi realmente um trabalho muito importante e sabemos que para poder ter efetividade temos que, de fato, eleger bem

esses setores e trabalhar nesse sentido. Na verdade, trabalhar em setores que tenham as características de um setor no qual pode acontecer um cartel: tenham uma tecnologia amadora, homogeneidade de produto, graus de concentração, barreiras na entrada.

Um outro ponto que está sendo considerado também é o impacto disso para a sociedade. Isso deve ser uma espécie de filtragem, quer dizer, além daqueles 900 processos que temos na Secretaria, temos escolhido os setores. Claro que por um lado a questão da probabilidade de êxito é fundamental em termos até litúrgicos, de criação de imagem de que o sistema está atuando. Mas, de fato, é fundamental que os setores escolhidos tenham um impacto final para a sociedade.

No Brasil há uma questão que não é explorada e que foi tocada por alguns dos palestrantes internacionais: é a possibilidade de ressarcimento de danos pelas próprias pessoas envolvidas. Isso é um outro fator que também vai ser importante para estimular ou para prevenir que as empresas incidam em atividades anticoncorrenciais. Mas sem dúvida a delimitação e a utilização de critérios econômicos para a escolha dos setores é fundamental porque foi reconhecido pela Secretaria e estamos trabalhando e criando dentro desses trabalhos.

Uma outra questão é a criação do centro de métodos e análises quantitativas, cuja função é justamente fazer uma análise econométrica e tentar identificar esses setores que potencialmente são mais prejudiciais ou que podem gerar mais esse tipo de problema. Então, a nossa reação vai ao encontro desta questão.

Com relação à parceria do IBGE, está anotada a sugestão.

Com relação ao TCC, eu concordo que a minha primeira reação é discordar do Dr. Mauro. Eu acho que, em termos de imagem, pode ser complicado, isto é, se as empresas que estão envolvidas em um cartel tiverem um estímulo e souberem da possibilidade de assinar um TCC.

Inclusive há toda uma discussão quanto à discricionariedade das autoridades antitruste de poderem impedir a assinatura de um TCC quando a parte interessada quiser. A jurisprudência do CADE tem caminhado no sentido de que cabe à autoridade decidir ou não. Ainda assim, isso pode ser um problema. Neste caso pode ser, de fato, um estímulo para as empresas atuarem de forma cartelizada e dizerem: “bom, no momento em que for identificado um cartel eu sento e assino um compromisso de cessação. Porém

nesse momento não preciso reconhecer a prática ilegal e isso não vai caminhar”. Eu acredito que há uma lógica na alteração legislativa, sem prejuízo de execuções posteriores. Minha primeira reação é que não faria sentido ter, dessa forma, TCC para cartéis.

Com relação à competência – respondendo à pergunta do Dr. Pedro – não obstante tenhamos trabalhado em conjunto com o Ministério Público federal e estadual, o entendimento é que para a prática, de forma geral, a competência é do Ministério Público estadual para a investigação de crimes de cartel, sem prejuízo da participação que temos tido e do trabalho conjunto que temos feito com o Ministério Público Federal. Têm alguns casos específicos que estão tramitando inclusive no Ministério Público Federal. Inclusive em uma das buscas e apreensão que deve sair até o final do ano- acredito já estar tudo encaminhado- fizemos um pedido para o Ministério Público Federal e, até por uma questão de relação que já tínhamos com o Procurador, ele fez um pedido para o MP Estadual e o pedido foi feito. Então, dentro do trabalho que temos feito, temos enfocado o trabalho com o Ministério Público Estadual.

Por fim, com relação à pergunta do Aurélio sobre *compliance* e sobre a idéia do certificado, não é que o certificado seja imprescindível para que a empresa possa se habilitar numa possibilidade de redução de penas ou de recorrer a SDE na hipótese de identificar uma infração à ordem econômica. Ele é simplesmente um incentivo adicional, quer dizer, seria essa empresa entender que é interessante e que justifica para ela ter o programa protocolado junto com a Secretaria para ela receber esse selo de *compliance*. O que não significa que, se ela não tiver esse programa protocolado, não vai poder se aproveitar dos benefícios que um programa de redução de pena. Aí, acho que eu não deixei claro - a redução de pena efetiva, evidentemente, vai ser aplicada pelo CADE. O que a SDE pode fazer, da mesma forma que ocorre com a leniência, é sugerir a redução da pena para que o CADE, em última instância, aplique.

Então, a idéia de ter um selo é muito mais a reação dos advogados envolvidos de “se faz sentido ou não”. Nós acreditamos que era válido e, no momento, estamos tentando criar essa cultura de concorrência e a possibilidade de ter um depósito, até para identificação. Isso porque a análise que a SDE faz no momento da apresentação é que ela é muito preliminar e que não entra nas minúcias, ou seja, vamos dizer se aquele programa é efetivo ou não até porque no papel pode ser e na prática não. Mas na medida em que isso vai sendo implementado é que será possível medir essa eficácia. Se a empresa quiser ter um certificado, ela protocola e pode renová-lo

anualmente, o que significa que ela pode nunca ter aparecido na SDE. Entretanto, se for verificado que a empresa tinha um programa de *compliance* efetivo - e acho que aí é a palavra-chave do que estamos tentando trabalhar e isso que vai precisar ser desenvolvido - a empresa vai poder se aproveitar dos mesmos benefícios.

Maria Paula Dallari Bucci

Muito rápido respondendo a pergunta da Dra. Yolanda. Por enquanto nada aconteceu com as penas dos cartéis. As duas condenações que já estão publicadas são de 2002. Então, esses processos judiciais estão ainda no início de modo que se sucederão recursos. Acho que, enquanto não houver decisão final, tudo isso é provisório. Também acho que esses dados não podem ser computados como definitivos até que tenham se esgotado todas as instâncias.

Mauro Grinberg

Gesner, eu quero só dizer que aquela questão do foco é baseada somente em pesquisas estrangeiras. Até porque, se formos fazer uma pesquisa nacional para ver quais são as principais tendências só vamos conseguir a fixação de preços em tabelas por associações profissionais. É por isso que se tem que usar pesquisas estrangeiras e não nacionais, porque só assim fica distorcida a nacional. É a maneira como eu fiz o trabalho; esta foi a metodologia.

Tito Andrade

Eu vou pedir uma salva de palmas para os palestrantes.

Os trabalhos serão retomados às 14:30h pontualmente.

**PAINEL 4 - CONCORRÊNCIA, POLÍTICA INDUSTRIAL E
AGÊNCIAS REGULADORAS**
COMPETITION, INDUSTRIAL POLICY AND REGULATORY AGENCIES

Dr. Ubiratan Mattos

Este é o último painel deste evento e pelo interesse, polêmica e atualidade do tema nós pretendemos reservar a maior parte dele para os debates. Dessa maneira, a mesa tomou a decisão despótica de suprimir o *coffee-break*. Seguiremos diretamente e pretendemos terminar por volta de 17:30h, cumprindo o horário. Logo, daremos início a esse painel com a apresentação do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira.

Cleveland, a palavra é sua.

Dr. Cleveland Prates Teixeira

Boa tarde a todos. Eu gostaria de agradecer a mais um convite do IBRAC já que aqui pela quarta vez consecutiva.

Este ano estou tentando trazer um tema relativamente novo no âmbito da defesa da concorrência, mas acho que há uma implicação direta sobre a forma como nós trabalhamos. Eu me lembro do ano passado, da apresentação da professora Vera Thorstensen na qual ela falou em “tribos” existentes na economia, tribos estas que seriam a da concorrência e a da área comercial, e que essas “tribos” não conversariam. Eu acho que o que nós vamos estar discutindo aqui é um pouco também uma forma de entender como as “tribos da defesa da concorrência” e as “tribos de política industrial” podem e devem conversar, e convergir. Nós vamos perceber que há no âmbito da duas políticas mais objetivos em comum do que divergentes.

Eu preparei minha apresentação, muito singelamente, dividida em cinco partes. A primeira, uma introdução, consiste na colocação de dois textos os quais irei ler para que possamos refletir um pouco e para que tenhamos um ponto de partida para nossa discussão. A segunda, obviamente, consiste em falar da política da concorrência: o que é, qual seu objetivo. Então vou tentar levar o objetivo da política de concorrência para um campo maior que o do consumidor somente. Vou tentar também mostrar aos senhores que ela tem um impacto sobre o desenvolvimento econômico. A terceira parte consiste em entrar no foco da política industrial, tentar entendê-la um pouco melhor

política industrial, quais são as suas vertentes e o que está colocado em termos de teorias e preocupações lógicas, para que na quarta parte nós possamos fazer a leitura do recente documento divulgado pelo governo sobre diretrizes de política industrial, de tecnologia e de comércio exterior. Após finalizo com algumas conclusões que nós podemos derivar dessa discussão.

Gostaria que os senhores prestassem atenção em duas frases que eu coloco aqui:

“A crescente liberalização dos setores de serviços públicos de infra-estrutura – o que inclui a privatização de empresas estatais monopolistas – pela retirada das barreiras institucionais à entrada em alguns de seus segmentos e pela constituição de agências reguladoras, determina o surgimento de vários problemas no âmbito de defesa da concorrência. A presença de sunk costs, por exemplo, do poder de mercado e a possibilidade de comportamentos estratégicos anti-competitivos por parte das firmas estabelecidas mostra que algumas estruturas de mercado não são, por si só, contestáveis, de modo que a simples liberalização não é suficiente para garantir a emergência de um nível de competição desejável”.

A segunda frase que eu gostaria de ler para que possamos refletir é a seguinte:

“Ademais, a existência de falhas de mercado - sejam elas bens públicos, presença de externalidades, assimetrias de informação, existência de monopólios naturais economias de rede e falhas intertemporais - impedem a alocação eficiente de recursos e podem inibir o aumento da capacidade competitiva dos países. Nestes casos, abre-se um largo leque para intervenções governamentais, sejam elas constantes ou periódicas, que visem reproduzir as condições ideais ou os resultados propagadas pela teoria de competição perfeita neoclássica”.

O que estou assumindo com essas duas frases? Estou assumindo o que nós sabemos e acho que não há mais discussão com relação a isso: a economia não é perfeita, ela tem falhas. Tais falhas justificam as mais diferentes formas possíveis a intervenção do Estado, seja, por exemplo, através de políticas de defesa da concorrência, seja, inclusive, através de políticas industriais consistentes. Então, gostaria de chamar a atenção dos senhores

porque estamos partindo de algo que dá a base para a discussão que vamos fazer daqui para frente.

Assim, o que justificaria as políticas de defesa da concorrência é a existência de mercados extremamente concentrados, cujas características intrínsecas são aqui entendidas como elevadas barreiras de entrada, dificuldades de entrada em mercados, facilidade da coordenação, dentre outras. As variáveis, que podem facilitar interempresas, levam a uma situação que não seria aquela que os economistas chamam de “ótimo de pareto”, ou seja, de bem-estar medido através de preços menores, competitivos e produtos de melhor qualidade. Mesmo em setores regulados, nos quais se opta por fazer a regulação, como por exemplo aqueles de monopólios naturais, existe espaço para que haja competição localizada. Nesses espaços, não há a necessidade de uma regulação, mas sim a necessidade de que os órgãos de defesa da concorrência sejam capazes de reproduzir o ambiente concorrencial.

Portanto, é fundamental entender qual a justificativa que estaria por trás da defesa da concorrência. Podemos considerá-la como uma atuação passiva do Estado, uma forma de intervenção que visa preservar o ambiente concorrencial e que tem os objetivos de evitar a formação de estruturas (e aqui chamo a atenção) excessivamente concentradas e de punir condutas anticompetitivas que possam implicar prejuízo ao consumidor. A preocupação nesses casos deve estar sempre voltada, em última instância, para a concorrência e não para o concorrente. Não se está preocupado com cada empresa individual, mas sim com o efeito no mercado como um todo.

Obviamente, todos os senhores conhecem as formas de atuação do sistema, a atuação preventiva, controlando atos de concentração, e a repressiva, punindo condutas anti-competitivas. Não podemos esquecer também da promoção da defesa da concorrência, da sua lógica e dos seus ideais que se advoga.

Gostaria de chamar a atenção para o fato de que a política de concorrência tem um objeto e um objetivo maior do que atingir o consumidor. Ela visa garantir economias competitivas, e ao mesmo tempo, tem como resultado natural o próprio desenvolvimento econômico. Em que medida isso acontece? Ora, a própria OCDE está reconhecendo a importância da política da defesa da concorrência como quarto pilar de política econômica governamental, aliada às políticas monetária, fiscal e comercial. Então, não é uma idéia brasileira, mas sim uma concepção que já é percebida internacionalmente para a qual deveremos dar um enfoque maior enquanto um instrumento de desenvolvimento econômico.

Como podemos gerar desenvolvimento econômico e de que forma nós podemos chegar a ele? Podemos trabalhar, em primeiro lugar, o que os economistas chamam de “economia estática” e atuar de forma a evitar monopólios e a ter empresas competitivas que, no limite, aumentam a oferta de bens na economia pela própria dinâmica da competição. Neste mesmo processo, conseguimos trabalhar com empresas que reduzem os preços através de custos menores e com maior escala, por exemplo.

No fundo, o que se busca é a alocação suficiente dos recursos produtivos. Obviamente, isto tem como resultado o aumento da oferta e do emprego e, se nós trabalharmos em paralelo com a lógica da redução de preços, supondo que o salário nominal constante dos funcionários fosse constante, isto também geraria um aumento do salário real nessa economia. Supondo também que, em termos teóricos, isto se propagasse para toda a economia e que se conseguisse atuar de forma muito coerente com a política de defesa da concorrência.

Além disso, há outro impacto muito mais forte, apesar de menos mensurável, que trabalha muito em conjunto com a questão da política industrial e que já antecipo: é o fato de se garantir um ambiente concorrencial ao longo prazo, o que faz com que as empresas atuantes hoje no mercado estejam constantemente obrigadas a investir em pesquisa e desenvolvimento, seja para ter novos produtos, seja para ter maior variedade. Naturalmente, tem-se uma maior variedade no momento em que elas começam a desenvolver novos produtos, ou seja, produtos de melhor qualidade para ganhar mais mercado. Isto significa que a competição é uma fonte constante que faz com que as empresas tenham sempre que inovar, buscando novas formas de estar presentes e de ganhar mercado.

Por outro lado o investimento em P&D também implica em poder descobrir novas tecnologias que levam a uma redução de custos- ninguém investe para descobrir novas tecnologias se não for para reduzir custos. Porém, com a evolução das tecnologias há a necessidade de investimento em capital humano e há também um impacto sobre a qualificação da mão-de-obra. Este quadro já traço faz certo tempo para tentar mostrar a lógica existente entre a microeconomia e a macroeconomia.

Então, se os senhores perceberem, tem-se o seguinte processo: se é garantida a entrada de novas empresas, dando-lhes condições para que entrem em condições isonômicas, acaba-se de certa forma atraindo investimentos para o país oriundos de outros países. Isto, de certa forma, auxilia no relaxamento das condições cambiais. Aliás, é um impacto

macroeconômico muito diretamente ligado a esta questão: o aumento da eficiência produtiva das empresas gera maior competitividade.

Então, na medida em que as empresas têm que estar com custos menores constantemente, elas se tornam mais eficientes e têm mais condições de competir no mercado internacional globalizado. Da mesma forma, temos uma fonte de relaxamento das restrições cambiais o que, embora tratado de uma forma singela, serve para mostrar uma lógica que está por traz da defesa da concorrência. Entretanto, eu não seria imprudente em dizer que a cada caso que se resolve o problema é solucionado por si só, já que deve haver várias formas de atuação a fim de solucioná-lo.

Do último ponto, as eficiências estáticas e dinâmicas aumentam o bem-estar agregado de curto e longo prazo o que, inclusive, através das forças competitivas que restringem a capacidade das empresas de aumentarem preços constantemente, seria também uma forma de se reduzir pressões inflacionárias.

Vamos passar então, em virtude da lógica montada na área de defesa da concorrência, a tentar entender um pouco como é que se desenvolve a questão da política industrial. Acho que existem duas justificativas que já foram dadas para adoção de políticas industrial.

A primeira justificativa, que é o argumento da indústria nascente - uma das teorias mais relacionadas à década de 60 - prega a necessidade de proteger da concorrência internacional as indústrias atuantes em determinados mercados, que são considerados supostamente estratégicos em termos de desenvolvimento econômico.

Uma nova versão, que incorpora mais a presença de falhas de mercados, justificaria a aceitação de práticas cooperativas entre agentes decisórios incluindo governos, que poderiam inclusive, sugerir em determinados momentos a redução da concorrência, mas que visariam a longo prazo aumentar a eficiência econômica dos agentes que estão atuando nesse mercado e a capacidade produtiva do país.

Estou partindo de uma definição que seria a seguinte, ao meu ver: política industrial pode ser entendida como um conjunto de incentivos e regulações, que associadas a ações públicas coordenação e orientação de atividades empresariais podem afetar a alocação de recursos inter e intra-industrial, influenciando a estrutura produtiva e patrimonial, a conduta e o empenho de agentes econômicos. Então, estou partindo desta idéia que é mais geral para entendermos um pouco melhor.

Também existe um debate- hoje eu li inclusive o texto do professor Gesner que está aqui presente- sobre o que seriam políticas verticais e políticas horizontais, se é que podemos chamá-las assim. As políticas verticais teriam muito mais a ver com a forma de induzir incentivos públicos a setores potencialmente capazes de ajudar a reduzir a fragilidade externa do Brasil. Pode-se trabalhar de outras formas essa definição, mas acho que esta está mais próxima. Por outro lado, tem-se como contraponto políticas horizontais, que têm um caráter mais global no sentido de atingir toda a economia, aumentando o seu grau de crescimento dessa economia. Em suma, uma seria setorial e a outra mais global, mais horizontal mesmo.

A vertical, por exemplo, partiria da adoção de políticas mais seletivas, que privilegiariam setores ou cadeias produtivas específicas. Dar-se-ia muito mais em função da utilização de incentivos fiscais, políticas creditícias, compras governamentais e políticas tarifárias em setores considerado estratégicos. Os alvos mais comuns neste caso seriam indústrias com maior valor agregado, grande poder de encadeamento, maior dinamismo tecnológico ou ainda indústrias supostamente nascentes, como já foi salientado aqui.

Quais são as principais questões relacionadas à definição de uma política vertical de industrialização? As principais questões que me ocorrem seriam:

- Primeira: quem define os setores ou as empresas beneficiadas? Deve haver uma discussão inicial, um processo de negociação (no bom sentido) para que se tenha a certeza de que aqueles setores, aquelas empresas, são considerados setores-chaves os quais vão provocar um encadeamento na economia como um todo.
- Segunda: quais seriam os critérios escolhidos? Como definir o nível de formação exigida para se definir esses setores? Como se estabeleceria critérios para escolher esses setores? O que estaria por trás disso?
- Terceira: como financiar esse tipo de política? Através de investimento público, via orçamentos ou subsídios propriamente ditos por estados, municípios, ou mesmo pelo governo federal?
- Quarta: qual seria o resultado que se esperaria de uma política setorial encadeada, em termos de bem-estar social? Seria especificamente para a indústria? Há expectativas que isto perpassasse para as demais economias?

Estas são questões cruciais que devem ser respondidas e que incluem um certo risco associado e principalmente a existência de informações assimétricas. Em função disso, nós poderíamos ter um descaminho. Vamos supor que se escolham, por exemplo, setores supostamente errados. Caso haja um erro dessa definição, da aplicação, de *enforcement*, poderíamos ter uma situação em que, muito diferente daquela que se gostaria de ter. Ou seja, poderia-se ter resultados macro e microeconômicos perseguidos por essa suposta política não sendo atingidos, seja através de aumento de exportação, seja através de competitividade. Além do mais, se nós não acertarmos na escolha dos setores, teremos um outro efeito que pode ser muito mais perverso, qual seja, a transferência de renda, seja de consumidores para produtores- porque se gerarmos empresas ineficientes quem acaba pagando é o consumidor- seja de empresas eficientes para empresas ineficientes, já que os recursos que se poderia e deveria estar usando em áreas sociais vão para as empresas ineficientes.

Logo, o princípio básico é escolher corretamente porque se não o fizermos, vamos provocar uma transferência de renda na economia que não seria desejada. Além disso, pode ser pior do que isso, podendo haver um impacto muito mais forte.

Então, se a adoção de política vertical é necessária há que se ter algumas questões em mente para que se corra o menor risco possível. Primeiro, deve haver a criação de incentivos adequados, estabelecendo prazos, prioridades e instrumentos críveis de punição se a empresa se desvirtuar do que foi acordado. Segundo, deve-se entender que ela não pode ser uma coisa em si só, devendo estar integrada com outras políticas econômicas. Terceiro, deve haver um estabelecimento de critérios muito claros para se adotar políticas verticais, saber quais são os critérios que vão definir quais vão ser as indústrias privilegiadas por tais medidas. Quarto e fundamental, deve haver transparência na elaboração e na implementação da política, ou seja, estar o tempo todo deixando claro o que se está fazendo para que as forças que não estão diretamente envolvidas nisto possam cobrar também ao longo desse processo. Quinto, deve-se estar aberto para perceber que eventualmente a economia muda, porque sendo ela muito dinâmica, as necessidades mudam, com estas mudando, há que se fazer adaptações e ajustes ao logo do tempo. Essas são questões que devem ser observadas na aplicação da política industrial vertical.

Como contrapartida, teríamos a política industrial chamada “horizontal”, que estaria muito mais ligada ao estilo, ao fortalecimento de

setores de infra-estrutura, principalmente energia, transporte e comunicações, os quais são a base para toda economia. A idéia é ter condições de dar a maior oferta possível desses produtos a custos menores, já que são a matéria-prima inicial que se utiliza cada vez mais.

Importante também é a implementação de medidas consistentes que ampliam o comércio internacional, englobando não só como exportação mas também a importação. Desonerar o exportador é correto, mas desonerar o importador para que possa trazer maquinarias de boa qualidade e dar condições às indústrias nacionais de aumentarem o grau de competitividade em termos de custos menores também é fundamental.

Outra questão que também não deve escapar é que por mais que se opte por uma política vertical, ela tem limites. Não se consegue aplicá-la a toda economia; deve-se ter em paralelo um mercado de capitais mais eficiente, que pudesse cobrar juros menores e ser fonte de financiamento para que todos os setores que pudessem, quisessem e tivessem condições de captar recursos e criar empresas fortes o fizessem.

Mais uma questão que está diretamente ligada à de defesa da concorrência é a dos incentivos: deve haver incentivos para gastos em educação, qualificação da mão-de-obra e em pesquisa e desenvolvimento. Nós não podemos esquecer que essa também é a mola propulsora da economia em termos de geração de valor agregado para produtos específicos.

Por fim, assume-se que eventualmente a política industrial pode servir como um coordenador entre agentes econômicos que participam no mercado que não conseguem se coordenar, isto é, parte-se do pressuposto de que existe um espaço para que o governo interfira, auxiliando no processo de barganha ou mesmo auxiliando na questão de aumentar o grau de informação. Por exemplo, se investirmos em centros de P&D teremos também que fazer com que esse investimento não fique parado nesse centro, mas que se perpassa para as indústrias.

Além do mais, políticas horizontais normalmente são acompanhadas de outras políticas macroeconômicas. Quais são as condições? Estabilidade monetária e uma política cambial consistente e, já que estamos falando em exportação, ela deve dar condições para que isto se mantenha, deve criar condições para que os agentes econômicos tenham um período de maturação de seus investimentos e saibam exatamente o que podem fazer em vista do que pode acontecer lá na frente. Outra condição é uma política fiscal consistente, em qual haveria uma troca, um *crowding-out* de gasto do setor público,

liberando dinheiro e recursos para que eles fossem aplicados no mercado de crédito suposto mais eficiente.

Rapidamente, o último ponto que gostaria de salientar, é que numa leitura muito rápida da parte inicial do documento que foi apresentado pelo governo, podemos chegar às seguintes conclusões: (1) a política industrial vista como parte de um conjunto de políticas que buscam o aumento da eficiência econômica, está muito claramente colocado no documento ; (2) esta política industrial proposta mescla instrumentos horizontais e instrumentos verticais, como já havia dito; (3) ela também deve se focar no aumento das exportações, o que também está explícito no texto; (4) propõem-se estabelecimentos de prazos e prioridades, fala-se qual seria o prazo da duração desta política e quais seriam as prioridades que estariam lá colocadas; (5) os estabelecimentos de critérios na escolha dos setores também estão definidos no documento. Para quem quiser ler com calma, o item ‘c’ propõe transparência na elaboração e implementação e o item ‘d’ reconhece o dinamismo da economia.

Em suma, tudo aquilo que levantei anteriormente como algo necessário está de certa forma colocado nesse documento, que mescla outros instrumentos de política econômica. Então, logo na página três já há menção a essa necessidade: (a) o estímulo ao fornecimento de setores de infra-estrutura, principalmente de energia, transporte e comunicação, pode ser observado no texto; (b) a implementação de medidas consistentes que ampliam o comércio exterior e estimulem a constituição de mercados de capitais eficientes também está colocada, e sinto aqui inclusive a necessidade de aprovação da lei de falências, que é uma das variáveis-chaves para inclusive aumentar a eficiência do mercado de crédito; (c) os incentivos para gastos em educação, qualificação da mão-de-obra, pesquisa e desenvolvimento, constam também do documento; (d) o estímulo à criação de redes de conhecimento que se articulem entre si também é perceptível através das intenções e princípios nesse documento; (e) preocupações em adotar medidas macroeconômicas consistentes que se sustentem e que fomentem o uso da política industrial, ou seja, essa é outra variável que está presente de certa forma nesse documento.

Por fim, o que se abstrai dessa análise muito rápida que foi feita é que, em princípio, esse documento contempla a grande parte das preocupações que coloquei aqui. Os princípios apresentados caminham nessa linha. Eu não teria condições de falar de setores específicos, já que não sou um profundo conhecedor deles, mas acho que dos princípios a serem aplicados em setores que estão lá colocados, pelo menos quatro deles dependeriam de uma análise mais detalhada e eu não teria condições de fazer isso agora.

Mas, o que poderíamos concluir acerca do documento são os seguintes pontos:

- as políticas da defesa da concorrência e industriais são coincidentes na maior parte das vezes, assumindo-se aquilo que considerei de política de defesa da concorrência: elas visam aumentar o grau de eficiência da economia ou da competitividade bem como o desenvolvimento econômico.
- a possível fricção pode surgir dos efeitos ao consumidor. Eventualmente, pode-se ter as questões da necessidade de ganhos de escala e tal escala maior pode gerar uma situação na qual o preço acabará sendo maior e supondo ser uma economia fechada dentro do Brasil pode ser que não haja possibilidade de preços competitivos de fora.
- há espaço para a necessidade de coordenação entre os órgãos de defesa da concorrência e os órgãos responsáveis pela definição e implementação de políticas industriais para que não se fale línguas diferentes e se possa trabalhar em conjunto e atingir os objetivos de cada órgão em separado, mas coincidindo.
- o documento do governo sugere a utilização dos dois instrumentos, como eu havia dito.
- não estão presentes instrumentos protecionistas – não consegui identificá-los - ao contrário há clara menção à busca de ganhos, eficiência e competitividade internacional.
- os objetivos contidos no documento não são em si conflitantes com a política de defesa da concorrência que nós conhecemos por si só.

Obrigado e perdão por eu ter passado um pouco do tempo.

SLIDE 1

**Política de Defesa da
Concorrência, Política Industrial
e Desenvolvimento Econômico**

Cleveland Prates Teixeira
Conselheiro do CADE

Nov, 2003

SLIDE 2

Estrutura da Apresentação

- I – Introdução
- II – Política de Defesa da Concorrência
- III – Política Industrial
- IV – Leitura do Documento “Diretrizes de Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (versão 26 nov 2003)”
- V – Considerações Finais

SLIDE 3**I - Introdução**

A crescente liberalização dos setores de serviços públicos de infra-estrutura – o que inclui a privatização das empresas estatais monopolistas – pela retirada das barreiras institucionais à entrada em alguns de seus segmentos e pela constituição de agências reguladoras, determina o surgimento de vários problemas no âmbito de *defesa da concorrência*. A presença de *sunk costs*, do poder de mercado e a possibilidade de comportamentos estratégicos anticompetitivos por parte das firmas estabelecidas mostra que algumas estruturas de mercado não são contestáveis, de modo que a simples liberalização não é suficiente para garantir a emergência de um nível de competição.

SLIDE 4**I - Introdução**

Ademais, a existência de falhas de mercado (bens públicos, presença de externalidades, assimetrias de informação, existência de monopólios naturais economias de rede e falhas intertemporais), impedem a alocação eficiente de recursos e podem inibir o aumento da capacidade competitiva dos países. Nestes casos, abre-se um largo leque para intervenções governamentais, sejam elas constantes ou periódicas, que visem reproduzir as condições ideais ou os resultados propagas pela teoria de competição perfeita neoclássica.

SLIDE 5**II – Política de Defesa da Concorrência
Justificativa**

- Existência de mercados concentrados, cujas características intrínsecas (dificuldade de importação, da entrada de novas empresas, a facilidade de coordenação, etc) não garantem o bem-estar social (medido através de preços competitivos, produtos de boa qualidade e evolução tecnológica)
- Mesmo em setores regulados, existe espaço para se gerar concorrência localizada. Nestes casos, busca-se evitar que condutas anticompetitivas derivem de empresas com poder de mercado.

SLIDE 6**II – Política de Defesa da Concorrência
Definição****ATUAÇÃO PASSIVA DO ESTADO**

- Forma de intervenção estatal que visa preservar o ambiente concorrencial;
- Tem o objetivo de evitar a formação de estruturas “excessivamente” concentradas e punir condutas anticompetitivas que possam implicar prejuízo para o consumidor;
- Preocupação deve estar voltada para a análise do impacto sobre a concorrência e não sobre o concorrente.

SLIDE 7

II – Política de Defesa da Concorrência Formas de Atuação

- **Preventiva** – controlando concentrações econômicas
- **Repressiva** – Punindo Condutas anticompetitivas
- **Através da Promoção da Concorrência** – disseminando os ideais de concorrência

SLIDE 8

II - Política de Defesa da Concorrência e Desenvolvimento Econômico

Política de Concorrência



Economia Competitiva



Desenvolvimento Econômico

SLIDE 9

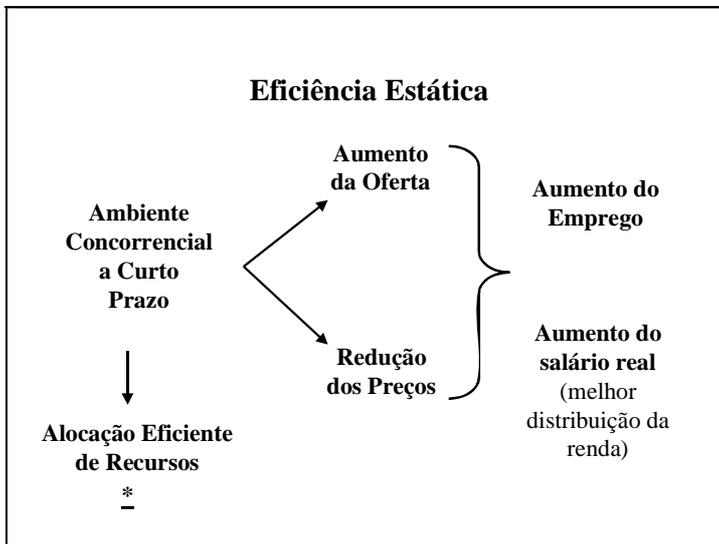
II - Política de Defesa da Concorrência e Desenvolvimento Econômico

A Política de Concorrência é internacionalmente reconhecida como um importante instrumento de política pública:

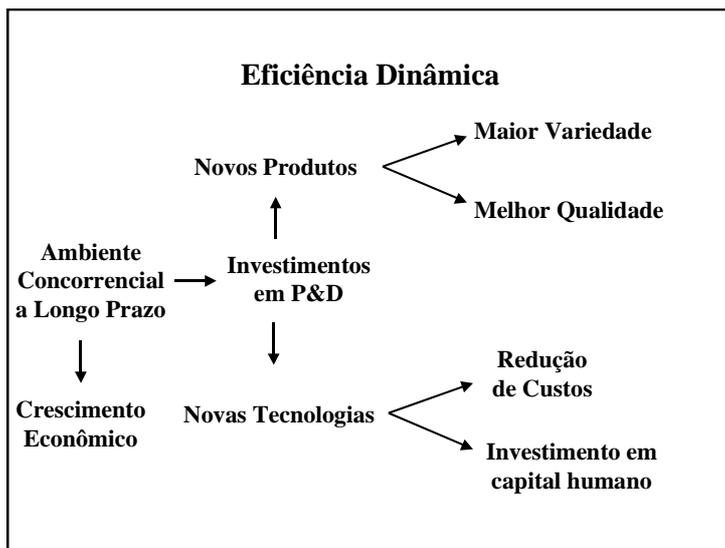
“A Política de Concorrência deve ser vista como o quarto pilar da política econômica governamental, aliada às políticas monetária, fiscal e comercial.” (Relatório Banco Mundial e OCDE, grifo nosso)

⇒ Importância como instrumento de política pública.

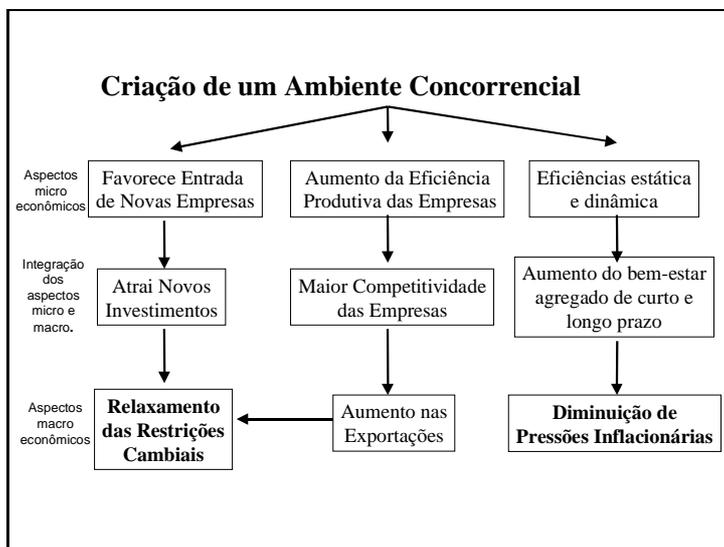
SLIDE 10



SLIDE 11



SLIDE 12



SLIDE 13**III - Política Industrial
Justificativas**

Argumento da Indústria Nascente (teorias de desenvolvimento da Década de 60) – necessidade de se proteger da concorrência internacional indústrias atuantes em determinados mercados considerados estratégicos em termos de desenvolvimento econômico.

Nova versão - Presença de falhas de mercado (existência de bens públicos, externalidades, economias de rede, informação imperfeita, e diferenças entre preferências intertemporais) justificam a aceitação de práticas cooperativas entre agentes decisórios (que podem inclusive implicar a redução da concorrência) que visem aumentar a eficiência econômica e a capacidade de competitividade do país.

SLIDE 14**III - Política Industrial
Definição**

“Conjunto de incentivos e regulações associadas a ações públicas (coordenação e orientação de atividades empresariais) que podem afetar a alocação de recursos inter e intra-industrial, influenciando a estrutura produtiva e patrimonial, a conduta e o desempenho dos agentes econômicos.”

(Ferraz, de Paula e Kupfer, 2002)

SLIDE 15

III - Política Industrial Formas Assumidas

Políticas Verticais – prevê incentivos públicos a setores potencialmente capazes de ajudar a reduzir a fragilidade externa do país.

Políticas Horizontais – de caráter mais global, visa aumentar o grau de crescimento de toda economia.

SLIDE 16

III - Política Industrial Vertical

- Seletiva, privilegia setores ou cadeias produtivas específicos;
- Utilização de incentivos fiscais, política creditícia, compras governamentais e política tarifária em setores considerados “estratégicos”.
- Alvos mais comuns: indústrias com maior valor agregado, com grande poder de encadeamento, com maior dinamismo tecnológico ou indústrias nascentes.

SLIDE 17**III - Política Industrial Vertical
Principais Questões**

- Quem define os setores e/ou as empresas beneficiadas.
- Quais os critérios escolhidos (como definir e qual o nível de informação exigida).
- Como financiar (investimento público através do orçamento ou via subsídios).
- Qual o resultado esperado (em termos de bem-estar social, para o consumidor ou somente para o setor).

SLIDE 18**III - Política Industrial Vertical
Riscos Envolvidos**

- Não obtenção dos resultados macro e microeconômicos perseguidos em termos de aumento de exportação e de ganhos de competitividade (privada ou sistêmica).
- Transferência perversa de renda:
 - de consumidores para produtores;
 - de indústrias eficientes para ineficientes;
 - de áreas sociais carentes para indústria ineficiente.

SLIDE 19

III - Política Industrial Vertical Como minimizar os riscos?

- Criar incentivos adequados, estabelecendo prazos, prioridades e instrumentos críveis de punição.
- Mesclar com outros instrumentos de política econômica.
- Estabelecer critérios claros na escolha dos setores;
- Dar transparência na elaboração e na implementação.
- Estar atento para a necessidade de ajustes em função do dinamismo da economia.

SLIDE 20

III - Política Industrial Horizontal

- Estímulo ao fortalecimento dos setores de Infra-estrutura, principalmente de energia, transporte e comunicações;
- Implementação de medidas consistentes que ampliem o comércio exterior (exportações e importações);

SLIDE 21**III - Política Industrial Horizontal**

- Estímulo à constituição de mercado de capitais eficiente.
- Incentivos para gastos em educação, qualificação da mão-de-obra e P&D;
- Estímulo à criação de Redes de Conhecimento, que se articulem entre si.

SLIDE 22**III - Política Industrial Horizontal**

- Normalmente acompanhada de criação de condições macroeconômicas com significativo impacto microeconômico:
 - Estabilidade monetária, sinalizando a estrutura de preços relativos na economia;
 - Política cambial, mantendo equilíbrio entre bens comercializáveis e não-comercializáveis;
 - Horizonte de planejamento para os agentes econômicos: maior segurança para realização de investimentos internos e externos;
 - Política fiscal consistente: redução do *crowding-out* do setor público e liberação de crédito para atividades produtivas.

SLIDE 23

IV – Leitura do Documento do Governo

- 1) Política Industrial vista como parte de um conjunto de Políticas, que busca o aumento da eficiência econômica
 - “A Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior tem como objetivo o aumento da eficiência econômica e do desenvolvimento e difusão de tecnologias com maior potencial de indução do nível de atividades e de competição no comércio internacional.”(p.2)
 - “A Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior não é uma iniciativa isolada”(p.3)
 - “A política tratará cadeias produtivas, setores, arranjos produtivos redes ou grupos de empresas e cada firma-alvo de medidas específicas numa perspectiva que extrapola os muros das companhias, de sua produção física, abarcando à eficiência do negócio como um todo.”(p.8)

SLIDE 24

IV – Leitura do Documento do Governo

- 2) Mescla instrumentos verticais com horizontais

“É necessário articular medidas e instrumentos horizontais de promoção das eficiências e do bom desempenho da atividade produtiva com ações seletivas que concentrem esforços, posto que há ações e instrumentos verticais para desenvolver cadeias produtivas, redes de empresas, arranjos produtivos locais, setores e segmentos escolhidos conforme critérios seletivos explicitados adiante”(p.9)

SLIDE 25**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Vertical**

3) Foco no aumento das exportações

“As ações, nessa área, voltam-se para a expansão sustentada das exportações e ampliação da base exportadora pela incorporação de novos produtos, empresas e negócios.”(p.13)

SLIDE 26**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Vertical – Minimização de riscos**

A) Propõe estabelecimento de prazos e prioridades

- “A duração temporal dos benefícios auferidos deve ser limitada, para evitar a criação de estruturas empresariais ineficientes.”(p.9)
- “É um pressuposto da Política (...) que as empresas beneficiadas forneçam contrapartida, via metas fixadas, com vistas a premiar a eficiência, para que a política não seja entendida como uma benesse.”(p.9)
- “As linhas de ação que serão consideradas (...) são: Inovação e desenvolvimento tecnológico, inserção externa, modernização industrial, capacidade e escala produtiva, e opções estratégicas.”(p.11)

SLIDE 27**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Vertical – Minimização de Riscos**

B) Estabelecimento de critérios na escolha dos setores;

“(…), é necessário concentrar esforços em algumas áreas intensivas de conhecimento. Estas são opções estratégicas em atividades que: (a) apresentem dinamismo crescente e sustentável; (b) sejam responsáveis por parcelas expressivas dos investimentos internacionais em P&D; (c) abram novas oportunidades de negócios; (d) relacionem-se diretamente com a inovação de processos, produtos e formas de uso; (e) promovam o adensamento do tecido produtivo; (f) sejam importantes para o futuro do país e apresentem potencial para o desenvolvimento de vantagens comparativas dinâmicas.”(p.16)

SLIDE 28**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Vertical**

C) Propõe transparência na elaboração e na implementação.

“Transparência é um objetivo a ser perseguido”.(p.9)

“É necessária ampliar o debate nacional, mediante a retomada da prática de conferências nacionais periódicas”(p.12)

• D) Reconhece o dinamismo da economia.

“Como a indústria e os negócios são dinâmicos, as necessidades de modernização apresentam-se cotidianamente; estar num bom patamar hoje não é garantia para que posição semelhante seja ocupada amanhã”(p.14)

SLIDE 29**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Vertical**

E) Mescla com outros instrumentos de política econômica.

“A Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior não é uma iniciativa isolada. Ela faz parte de um conjunto de ações que compõem a estratégia de desenvolvimento apresentada no documento **Orientação Estratégica de Governo: Crescimento Sustentável, Emprego e Inclusão Social**. Essa política está articulada com os investimentos planejados para infra-estrutura e com os projetos de promoção de desenvolvimento regional.”(p.3)

SLIDE 30**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Horizontal**

- Estímulo ao fortalecimento dos setores de Infra-estrutura, principalmente de energia, transporte e comunicações

“Para aumentar a taxa de investimento, o governo empenha-se em criar algumas condições indispensáveis. A primeira consiste em aprimorar os marcos regulatórios dos setores em infra-estruturas(...)”(p.2)

“(...) através do esforço do setor público, em parceria como o setor privado, na melhoria da infra-estrutura de transportes, energia e telecomunicações.”(p.3)

SLIDE 31

IV – Leitura do Documento do Governo Política Horizontal

B) Implementação de medidas consistentes que ampliem o comércio exterior (exportações e importações) e estímulo à constituição de mercado de capitais eficiente.

“A segunda relaciona-se a medidas para isonomia competitiva, como no caso da desoneração das exportações; medidas para redução do custo do crédito, como a nova Lei de Falências em tramitação no Congresso Nacional, e ações para redução dos custos dos investimentos, como a desoneração gradual dos bens de capital.”(p.2)

“A terceira condição é dispor de políticas e instrumentos voltados para aumentar o volume de comércio exterior(...) (p.2)

SLIDE 32

IV – Leitura do Documento do Governo Política Horizontal

C) Incentivos para gastos em educação, qualificação da mão-de-obra e P&D;

“Além disso, é decisivo desenvolver a capacidade de realizar P&D nas empresas e em instituições públicas e privadas, gerar patentes e transferir as inovações para produtos e serviços.”(p.6)

“É necessário uma alocação crescente de recursos públicos e privados para o campo da capacitação tecnológica, para P&D, para a alta qualificação do trabalho e do trabalhador e para a articulação de redes de conhecimento.”(p.4)

SLIDE 33**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Horizontal**

- D) Estímulo à criação de Redes de Conhecimento, que se articulem entre si.
- “A Política Industrial tem como objetivo (...) e difusão de tecnologias com maior potencial de indução do nível de atividade e de competição no comércio internacional.(p.2)
 - “(...) o governo federal atuará no sentido de garantir um ambiente cooperativo que permita o fluxo de informações e de diálogos, fontes primárias da Política Industrial, tecnológica e de Comércio Exterior”(p.7)
 - “Assim, haverá mecanismos institucionais para a implementação da política e para a coordenação da ação dos órgãos públicos, facilitando a negociação do setor privado com o governo.”(p.11)

SLIDE 34**IV – Leitura do Documento do Governo
Política Horizontal**

- E) Preocupação em se adotar medidas macroeconômicas consistentes que sustentem o uso de Política Industrial
- “A estabilização da principais variáveis macroecômicas, a redução da taxa de juros, a retomada do crédito interno e externo e a redução do risco Brasil são aspectos centrais para a retomada do investimento privado e do crescimento econômico.”(p1)

SLIDE 35**V – Considerações Finais**

- 1 – Objetivos das Políticas de Defesa Concorrência e Industrial são coincidentes na maior parte das vezes (aumento do grau de eficiência e desenvolvimento econômico);
- 2 – Possíveis Fricções surgem dos efeitos sobre o consumidor;
- 3 – Conseqüentemente, há espaço e necessidade de coordenação entre os Órgão de Defesa da Concorrência e órgão responsáveis pela definição e implementação de Políticas Industriais.

SLIDE 36**V – Considerações Finais**

- 4 – Documento do Governo sugere a utilização de instrumentos verticais e horizontais de Política Industrial;
- 5 – Não estão presentes instrumentos protecionistas. Ao contrário há a clara menção à busca de ganhos de eficiência e da competitividade internacional;
- 6 - Os objetivos contidos no documento (aumento das exportações, indução da capacidade inovadora, contribuição para o desenvolvimento regional e desenvolvimento de projetos para o consumo de massa) não são, em princípio, conflitantes com a Política de Defesa da concorrência.

SLIDE 37

OBRIGADO

Cleveland Prates Teixeira

Fone: (61) 426-8472

Fax: (61) 426-8571

e-mail: cleveland.prates@cade.gov.br

(003)

Dr. Ubiratan Mattos

Muito obrigado Dr. Cleveland. Devo mencionar que, no meu ponto de vista, foi uma excelente apresentação, a qual vai certamente suscitar inúmeros debates. O Dr. Cleveland conseguiu com sua excelente apresentação destrinchar o documento em muito pouco tempo.

A segunda apresentação será a do Dr. Daniel Goldberg, Secretário de Direito Econômico e conhecido por todos a quem eu passo a palavra de imediato.

(004)

Dr. Daniel Goldberg

Gostaria de começar evidentemente cumprimentando a todos, agradecendo o gentil convite do IBRAC e dizer o seguinte:

Como essa é a última palestra do ano, eu havia garantido ao IBRAC o lançamento do Programa de *Compliance*, do PPI (Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica) e de algumas outras novidades durante o seminário. Tais novidades vão estar em consulta pública na terça-feira de manhã. Eu achei que talvez fosse de bom tom fazer uma prestação de contas do trabalho da Secretaria de Direito Econômico durante o ano e usualmente é isso que se faz na última palestra. Não obstante, no caminho para cá, vi que o tema era concorrência e política industrial à vista do lançamento do documento do governo publicado recentemente, o que parece ser de fato o tema da hora e portanto preparei uma apresentação para tentar debater um pouco esta questão de política industrial e de concorrência.

Ao invés de fazer uma prestação de contas do trabalho da Secretaria de Direito Econômico, gostaria de dizer duas coisas. A primeira delas é que eu estou absolutamente à disposição do IBRAC e de todos vocês para fazer esta prestação de contas quando e se vocês entenderem necessário, ainda que seja em janeiro e apesar do ano já ter terminado. Têm diversas coisas que acho que poderíamos discutir.

Queria aproveitar este primeiro minuto de palestra para, ao invés de fazer uma prestação de contas, fazer um agradecimento um tanto quanto bizarro, mas não obstante necessário: gostaria de agradecer a minha equipe da Secretaria de Direito Econômico. Nós tivemos pouco tempo para conversar sobre o trabalho deste ano, que foi bastante puxado, mas poucas vezes vi um grupo tão pequeno ser um grupo tão bravo. Fico muito contente que quase todos estejam aqui e eu gostaria de aproveitar esta oportunidade para dizer que eles fizeram um excelente trabalho este ano, da minha perspectiva.

Queria também agradecer a SEAE porque nos ajudou enormemente de um lado e de outro deu um salto qualitativo do ponto de vista de integração do sistema brasileiro de defesa da concorrência, mesmo antes de reformas de lei, práticas e instituições. Isto não me parece ter precedentes nos últimos anos.

Por fim, queria laurear o CADE porque passou por um período muito difícil do ponto de vista de estrutura, os Conselheiros trabalharam muito e muitas vezes sem a assessoria e sem a estrutura que deveriam ter deram o melhor de si para fazer um trabalho, enormemente apreciado, com uma qualidade sem paralelo e com a importância que sabem que sua atividade tem.

Agora começa nossa discussão “indigesta”: política de concorrência, política industrial e regulação. Evidentemente, este tipo de discussão deve começar propondo primeiro um moldura - e novamente me colocaram em

um painel de discussões econômicas. Acho que esse tipo de discussão sempre começa a partir de uma moldura.

Há uma moldura comum para debater política industrial e política de concorrência e, em certa medida, uma política regulatória? Se há uma moldura comum, quais são os critérios que devem guiá-la?

A segunda dimensão que vou tentar discutir com vocês hoje é a seguinte: assumindo que haja uma moldura comum, do ponto de vista normativo, para debater política industrial, política de concorrência e política regulatória, como é que na prática as coisas funcionam do ponto de vista da operacionalidade institucional? Cada país escolhe?

Eleger e indicar agências responsáveis por políticas regulatória, concorrencial e industrial de formas distintas não parece formar um desenho ótimo. Portanto, as escolhas que cada país faz influenciam em como esta moldura teórica funciona na prática.

A terceira dimensão é a seguinte: assumindo que não se tenha conseguido construir uma moldura teórica coerente para testar valores da política industrial, de concorrência e regulatória e desenhar uma arquitetura institucional que dê alguma funcionalidade a essa moldura, qual seria o papel do Direito nisso?

Bem, ainda que se consiga construir uma moldura normativa que do ponto de vista da economia política seja coerente, no momento em que isso se torna uma lei de concorrência como a lei 8.884, quais são as escolhas, do ponto de vista de teoria jurídica que influenciam e que, eventualmente, quebram a consistência dessa moldura? Como é que se lida com isso no cotidiano?

Em breve síntese, são estas as três questões que eu gostaria de discutir com vocês.

Eu vou tentar, na medida do possível, pular definições básicas. Todas elas foram de forma excelente descritas pelo Cleveland. Então, vou tentar me beneficiar do que o Cleveland já discutiu, aproveitar para discordar de uma ou outra colocação e levantar novos dados pois, afinal de contas, é um painel de debates.

Então, o primeiro desafio evidentemente é se é possível construir uma moldura teórica comum. Trata-se da primeira daquelas três dimensões que descrevi e que vou tentar debater com vocês hoje, além da segunda: é possível, na prática, construir um desenho institucional que permita a

convivência de todas elas? Também há a terceira : qual é o papel do Direito? O quê que acontece quando introduzo o Direito nessa equação?

Para começar a discutir essa moldura, a primeira dimensão, do ponto de vista de economia política, começo sempre com um problema: países diferem pois seus históricos de crescimento e sua história de desenvolvimento são profundamente distintos.

Daí, começa-se com um problem: por que há tamanha diferença de produto por trabalhador nas diversas economias ao longo do tempo? E por que será que ela não é explicada apenas pela acumulação de fatores de produção, de capital físico e de educação? Lembrem-se que há uma larga tradição de contabilidade do crescimento que tenta desagregar, quando um país cresce, o crescimento do país em capital físico do seu crescimento em capital humano.

Uma outra colocação que vou tentar discutir com vocês é que a diferença de produto por trabalhador de países distintos não se explica simplesmente pelo estoque de capital físico ou de capital humano que cada país tem.

Antes de começar a discutir políticas micro e macroeconômicas, a primeira pergunta é porque se verifica esse tipo de diferença. O resumo da ópera desse primeiro problema, que nos incomoda, é que aparentemente as economias ricas são capazes de transformar a mesma quantidade de capital físico e educação em uma quantidade muito maior de produto do que economias pobres. A diferença entre valor na produção por trabalhador para a mesma quantidade de capital físico e educação é o que os economistas, de forma “malandra”, denominaram “produtividade total dos fatores”. Por que “malandra”? Porque a PTF – produtividade total dos fatores – é uma rubrica muito chique para identificar a medida de nossa ignorância ou para quantificar o nosso desconhecimento: é o famoso “resíduo”. Mas os economistas, assim como os advogados, são vaidosos; é difícil chamar resíduo de “resíduo”, então chamou- se resíduo de “produtividade total dos fatores”.

Na verdade, quando se olha o crescimento do país, desagrega-se o seu crescimento e se vê que ele não foi explicado nem pelo acréscimo de capital físico nem pelo acréscimo de capital humano, e além disso, que o quê não foi explicado é algo do ponto de vista contábil que tem que ser identificado com esse resíduo. Percebe-se que tal resíduo é a produtividade total dos fatores. Que os economistas não fiquem zangados comigo, mas ele evoluído enormemente nos últimos vinte anos pelo menos do ponto de vista de seu melhor entendimento.

Alguns fatos estilizados, para os advogados entenderem o tamanho da encrenca aqui. O diferencial de produtividade total dos fatores entre países ricos e países muito pobres costuma ser estimado em algo em torno de um terço (1/3). O diferencial, se utilizarmos os EUA como parâmetro, e os países de renda intermediária como o Brasil é de 0.6. Isso na prática, advogados, significa o seguinte: ainda que o Brasil tivesse uma economia do mesmo tamanho da economia americana, uma força de trabalho do mesmo tamanho que a da americana e que o número de horas para educar a força de trabalho fosse o mesmo número de horas gasto pela força de trabalho da economia americana, ainda assim o produto brasileiro seria algo como 60% do que é o produto americano. Daí, a pergunta é por que?

Eu sempre brinco e o governo tem uma resposta pessimista e uma otimista a essa pergunta. A resposta pessimista é “não sei”. A resposta otimista é “não sei, mas intuo”. Eu que sou um otimista incurável quero que nos inscrevamos todos na mesma categoria, qual seja, “não sabemos, mas intuímos”. Há alguma evidência em torno disso e a nossa discussão em torno de política industrial, política de concorrência e regulação tem muito haver com “não sei, mas intuímos”.

Essa resposta do porquê que a economia brasileira tivesse a mesma força de trabalho, o mesmo número de horas na educação dessa força gasta, o mesmo estoque de capital físico que a economia americana, ainda assim a renda só seria 60% do que a renda americana. Ela não é trivial e tangencia as três políticas: concorrencial, regulatória e industrial. Na verdade, ela vai muito além dessas três políticas e não se esgota nelas. Mas quero pinçar em que medida ela tangencia essas três políticas e tratar esse tangenciamento em duas partes. Assim, vamos chamar a primeira parte dessa resposta de eficiências em geral - estáticas e dinâmicas, as quais o Cleveland acabou de apontar.

Na primeira parte desta nossa discussão sobre a rubrica “eficiências”, tanto política concorrencial quanto política industrial e, sobretudo regulação têm um papel crucial pois elas definem o destino de muito do que a gente chama de eficiências. Por que isso? Isso pelos motivos que o Cleveland explicou e, na verdade, acho que todos vocês estão cansados de ouvir, ou seja, um dos nortes da política de concorrência e da política regulatória deve ser minimizar o peso morto e a ineficiência alocativa no final de cada ano. Portanto, para minimizar a ineficiência alocativa os ativos na economia são desviados para usos mais produtivos, que são quantificados ao final do ano. Isto cria determinados incentivos que o Cleveland descreveu.

Então, deixe-me começar pelas coisas que o Cleveland não discutiu. Ao invés de começar com o mantra da política da concorrência, começo pela política industrial frisando que uma parte relevante do que se costuma discutir no âmbito do resíduo ou da produtividade total dos fatores tem muito haver com a criação de incentivos, com a geração ou difusão de novas tecnologias e com o estímulo à produção eficiente, este sim relacionado à concorrência.

A contribuição da política da concorrência é óbvia, discutida por todos nós e é isso que acabei de escrever. O norte da política da concorrência é em princípio uma política que deve buscar o bem-estar do consumidor e eficiência alocativa, bem como cuidar dessas eficiências estáticas e minimizar o peso morto no final de cada ano. Mas e a política industrial? Será que política da concorrência ela é suficiente para garantir o ritmo de inovação, geração e difusão de novas tecnologias, estímulo à produção eficiente? Aqui começam as brincadeiras e as sutilezas desse debate que é às vezes ideológico, às vezes político, às vezes econométrico e às vezes filosófico.

A primeira delas, começando por concorrência, é que há alguma evidência empírica de que uma política forte de concorrência está associada a ganhos de eficiência produtiva; vale dizer, as unidades produtivas, os empresários e as empresas buscam produzir a mesma quantidade ao menor custo possível. Isso está associado de forma positiva à inovação e difusão de novas tecnologias. Por que? Tradicionalmente, advogados e profissionais da concorrência costumam dizer: “-porque concorrência estimula”.

Mas, quando você pára para pensar um pouco sobre isso, percebe-se que a coisa não é tão trivial e simples. Por que? Imaginem os senhores que vocês têm o monopólio nas mãos; se isto acontecer, qual é a lei da economia que diz que vocês não devem buscar ganhar eficiências produtivas? Vale dizer, se vocês extraem lucro de um monopólio de determinado mercado, qual é a lei que diz que vocês não deveriam buscar cada vez mais reprimir seu custo para extrair um excedente cada vez maior? Por que não extrair um lucro de monopólio cada vez maior? O que diz que vocês não devem buscar eficiência já que ao monopolista ou ao não-monopolista aplicam-se as mesmas condições?

Daí o Direito começa a dar algumas contribuições. Durante anos, alguns economistas debateram o porquê que isso acontecia. Supostamente, era porque o monopolista deveria ter incentivos próximos do ponto de vista de geração de lucro. Assim, começou-se um diálogo entre Direito e Economia e a se discutir o que é “governança corporativa”, qual é o papel do acionista minoritário, qual é o papel dos credores de uma companhia num país onde

não há um mercado de capitais pujante como no Brasil, etc. Assim mesmo, num país como o Brasil, onde se tem uma participação extremamente minoritária do parque industrial que tem capital aberto, qual é o papel que os minoritários, do ponto de vista jurídico, e que os detentores de interesses econômicos têm sobre a companhia ao pressionar seus controladores a adquirir eficiências produtivas?

Com a evolução dessas duas ciências – do direito e da economia – começou a se descobrir que, afinal de contas, a concorrência tem um papel indireto, o que é interessante. A concorrência faz com que credores e minoritários pressionem as estruturas de governança corporativa de suas respectivas empresas, as quais seguem adiante na busca de eficiências produtivas. Este é o primeiro “insight” interessante entre a relação dos dois.

E a política industrial? No âmbito da política da concorrência se percebe que definido seu norte da forma como descrevi, a derivação óbvia é que ela deve combater a cartéis que causam uma perda de bem-estar possível num determinado ano. Aliás, a Dr^a Bárbara deu uma excelente exposição a respeito de qual foi o planejamento estratégico da SDE no primeiro ano no âmbito do combate a cartéis. Assim, um órgão antitruste deve atuar muito sobre os diferentes e múltiplos marcos e molduras regulatórias para minimizar a ineficiência e melhorar a alocação de ativos, que foi a segunda prioridade que a SDE e a SEAE elegeram neste ano. Dessa forma, entende-se um pouco melhor por que a política pública foi definida dessa maneira.

Mas e a política industrial? Qual o papel dela nesse contexto todo? Aqui têm alguns dados sobre o contexto que descrevi: o impacto da concorrência direto e indireto sobre a produtividade total dos fatores (há um estudo muito bom do *Oscar Tetel* e do *Tressel* de 2002, que estima o impacto sobre produtividade total dos fatores neste contexto que descrevi agora) acaba fazendo com que minoritários e credores pressionem as estruturas de governança corporativa em países que se aproximam, do ponto de vista institucional, do Brasil. Há dois exemplos disso me ocorreram: Grécia e Portugal.

O impacto de uma reforma regulatória conseqüente, com viés concorrencial, foi estimado em até 10% sobre a produtividade total dos fatores no longo-prazo. Há discussões e problemas sobre esse tipo de estudo e talvez nos debates nós falamos um pouco nisso.

No caso da política industrial, contudo, ela também deveria estimular o progresso tecnológico e as eficiências e, na verdade, tem diversos instrumentos para fazê-lo - o Cleveland descreveu alguns deles. Antes de entrar um pouco na discussão desses instrumentos preciso dizer que o mercado

de capitais como alternativa à política industrial na alocação de crédito e recursos tem alguns problemas. O primeiro deles é metodológico: o que se está chamando de mercado de capitais? Por exemplo, acho que o desenvolvimento de mercado de crédito, mercado de capitais e de título de dívida é importantíssimo numa estratégia de desenvolvimento ou na criação de alternativas de escoamento na alocação de ativos à política industrial.

No que diz respeito ao mercado de capitais de títulos de capital propriamente dito, quando se olha, por exemplo, evidências de países que supostamente tem mercado de capitais maduro, qual é o grande exemplo? Os EUA. Os Estados Unidos têm um mercado de capitais maduro, fortalecido e que funciona, ou que deveria funcionar, como alternativa à política industrial.

Então, o ponto é que o mercado de capitais é importantíssimo porque funciona como *benchmarking*. Ele tem qualidades conhecidas de todos nós, funciona como um instrumento de alocação de recursos alternativa à política industrial, mas se traçássemos o vetor do mercado de capitais depois de cem anos de funcionamento nos EUA e víssemos se mais empresas abriram ou fecharam seu capital, isto é, se o mercado de capitais é um escoador de poupança a investimento positivo ou negativo, ficaríamos impressionados ao constatar que alguns estudos dizem que foi negativo segundo mostram que mesmo os países com mercado de capitais mais maduros, têm as atividades das empresas financiadas em mais de 80% por lucros retidos.

Dessa forma, se mesmo as empresas nos países que têm mercado de capitais mais maduros têm que depender dos próprios lucros retidos por uma questão de assimetria; se tais empresas, mesmo as mais desenvolvidas precisam depender de lucros retidos para financiar suas próprias atividades, será que é tão simples quanto mercado de capitais versus política industrial? Será que o mercado de capitais, mesmo que volte a ser pujante, não é mais um mecanismo de alocação, e não uma alternativa à política industrial propriamente dita?

Daí, vamos aos instrumentos de política industrial: o quê que podemos fazer? Quais são as trocas envolvidas na política industrial e na concorrência? Primeiro, há os benefícios horizontais que ninguém discute e cujo exemplo clássico é o incentivo fiscal à pesquisa e desenvolvimento. Vou entrar um pouco mais adiante em um exemplo mais específico, que acho importante, que é a desoneração de bens de capital. Porém, aqui começam as complicações e as proteções setoriais.

Um dos instrumentos clássicos de proteção setorial é a que se dá através de subsídios diretos e renúncias fiscais. As renúncias fiscais e os subsídios diretos e indiretos são hoje 34% do total do universo de subsídios e renúncias fiscais do governo, segundo os dados da Secretaria do Tesouro Nacional. Desses 34% do total, na verdade está incluído no universo que corresponde ao total de renúncia o subsídio político-industrial *lato sensu*, que corresponde a 4% do PIB. O Brasil, em termos de renúncia fiscal - subsídio, renúncia direta e indireta - segundo a STN teve uma renúncia fiscal de 4% do PIB. Este é um dos instrumentos clássicos de política industrial: é a proteção setorial. A proteção setorial dá-se através de subsídios indiretos, através de incentivos, de juros equalizados ou coisas desse tipo.

O que estou propondo aqui é uma outra forma de fazer política industrial - sei que isso vai ser um pouco incontroverso – que é diminuir o nível de proteção efetiva dum determinado setor. Com relação a esta alternativa “c”, eu gostaria de dizer que qualquer política industrial conseqüente deveria começar mapeando qual é o nível de proteção efetiva de todos os setores da economia do ponto de vista tarifário.

Antes de discutir o que se onera e o que se desonera, o que se aumenta e o que se diminui, precisamos entender duas coisas: qual é o nível de proteção efetiva de cada setor da economia? E dentro desses setores, dessas cadeias, quais são as distorções que se têm? Mesmo em conceitos como os de escalada tarifária, que quer por exemplo impor alíquotas aos bens-finais maiores do que aos bens-intermediários, quais seriam elas?

Mesmo que adotemos ou aceitemos esse conceito, vamos analisar setores da economia e ver o que aconteceu com o Mercosul nos últimos tempos. Vamos descobrir que um instrumento muito bom em política industrial em alguns setores seria a desproteção efetiva do setor e não o incremento de sua proteção efetiva. Curioso que esses dados deveriam ser cruzados, portanto, com setores que são considerados dinâmicos e competitivos e com que setores não o são. Novamente, cuidado com os dogmas: vamos encontrar de tudo quando cruzarmos esses dados. Vamos encontrar setores que têm uma proteção efetiva baixíssima, que não são dinâmicos e competitivos, mas vamos encontrar, acho que em maior quantidade, setores que têm a proteção efetiva alta e, dentro dela, uma estrutura tarifária distorcida. Vamos encontrar ainda, setores pouco dinâmicos e pouco competitivos que são geradores de processo tecnológico dentro dessa matriz.

Veremos o que aconteceu dentro do que deveria ser uma política industrial começando por mapear a proteção efetiva e o nível dela, bem como distorções e gargalos. O Mercosul teve distorções fenomenais nos últimos anos. Dentro dessa perspectiva, hoje a TEC no Mercosul tem uma das maiores dispersões do mundo e varia entre 34.1% e 60.5% de proteção efetiva. Atenção ao tamanho da dispersão! Estamos falando de 30% de desproteção até 60.5% de proteção efetiva. Além disso, esta tremenda dispersão de proteção efetiva é dada num contexto em que a transparência é pequena e as distorções são altas. Não há como acompanhar qual é a racionalidade por trás de cada escolha de política industrial e de quebra, e mesmo aceitando o conceito de “escalada tarifária”, que é um outro debate, há uma série de setores que têm bens-finais com alíquotas bem menores que bens-intermediários. Assim, qualquer política industrial deveria começar desse diagnóstico e desse mapeamento.

Uma boa política industrial, por fim, também deveria buscar reduzir preços relativos dos bens de capital. Sei que este estudo de *L Sommer??* de 1991 costuma dizer que o efeito sobre a taxa de crescimento de uma queda dos preços relativos de bens de capital é maior do que um aumento na taxa de poupança, por exemplo, e isto é o que todo mundo discute aqui no Brasil, isto é, um determinante do crescimento. Tem pelo menos um estudo que diz que a despeito dos impactos da taxa de poupança, desonerar bens de capital teria um impacto ainda maior sobre a taxa de crescimento do que este. Então, uma política industrial deveria buscar desonerar, por exemplo, bens de capital.

Antes de entrar neste próximo capítulo de política industrial, vamos assumir que a política industrial fosse articulada em torno desse eixo e com esses objetivos. Até agora, qual foi o conflito que pudemos mapear entre política de concorrência e política industrial- mesmo as políticas setoriais, políticas verticais- se elas não geram grandes assimetrias e distorções entre agentes econômicos dentro do mesmo setor? Até agora, dentro do ponto de vista da moldura legal da Lei de concorrência e de uma política concorrencial articulada, não houve grandes conflitos.

Mas agora começam as nossas complicações: além de proteções tarifárias, de incentivos e de subsídios – já discuti os cuidados que devemos ter com tarifa –, uma política industrial pode querer incentivar fusões e aquisições. Aqui nossos problemas começam! Primeira pergunta: política de concorrência deveria funcionar como um teste de qualidade das escolhas de política industrial do ponto de vista do patrocínio de fusões e aquisições?

O que estou tentando defender é que a política de concorrência deveria ser um teste de qualidade da política industrial, sobretudo de políticas industriais verticais. Sou um pouco cético com relação ao uso de fusões e aquisições como instrumento de política industrial, mas também acho que esse debate está cheio de falsos conflitos. Vamos entender um pouco melhor em como é que tais conflitos se dariam.

Imaginem vocês que o BNDES resolve patrocinar uma fusão por entender que em um determinado mercado, ganhos descálidos e descontos seriam importantíssimos, e que haveria um incremento de competitividade daquela indústria se houvesse aquela fusão. Do ponto de vista de uma agência antitruste, a primeira coisa que deveríamos perguntar é qual o mercado relevante? Quer dizer, muitas vezes o BNDES quando discute competitividade global, está querendo dizer que o mercado relevante é mundial.

Mas, como as coisas são complicadas e sutis, se a estrutura tarifária não estiver distorcida e o mercado relevante for global, às vezes as importações de fato vão servir para disciplinar esse mercado. Mas quando um ramo de política industrial do governo distorce as tarifas, ele derrota outro ramo de política industrial do governo. Então, não estou falando de política industrial *versus* política de concorrência; estou falando que uma política industrial mal articulada impede a política de concorrência de fazer o seu trabalho e vice-versa.

Muitas vezes, uma fusão poderia ser aprovada no âmbito do sistema de concorrência porque se teve uma estrutura tarifária que foi bem articulada, mas a fusão acaba não sendo aprovada porque as importações não servem para disciplinar aquele mercado. Tal mercado não é contestável porque a escalada tarifária foi completamente distorcida e o BNDES que raciocinou com um mercado global competitivo- do ponto de vista do antitruste as importações serviriam para disciplinar o aumento de preços sem prejuízo ao consumidor- acaba fazendo-o num modelo que não existe na prática porque as tarifas de importação estão impedindo a contestabilidade do mercado.

Dessa maneira, minha primeira proposta é que seria muito importante articular essas políticas e centrar no mérito de cada uma delas. Não é o meu papel entrar no mérito das políticas industriais, mas a despeito de seu mérito, é muito importante articulá-las não só porque política industrial pode derrotar política de concorrência e vice-versa, mas porque a política industrial pode derrotar a política industrial também.

Para terminar no que diz respeito a esse tópico, ainda assim, mesmo que se tenha uma moldura, do ponto de vista normativo, extremamente bem concebida, uma estrutura tarifária que não seja distorciva, um mercado em que as importações possam disciplinar um aumento de preços, uma política de concorrência que funcione como um teste de qualidade das escolhas de política industrial e inclusive do ponto de vista de eventuais escolhas de fusões e aquisições e que não haja um conflito do ponto de vista de política econômica ou de economia política, ainda assim pode-se ter um conflito jurídico sério.

Vou terminar apenas com um deles que me parece relevante para as nossas próximas discussões. No momento que se define como norte da política de concorrência a busca do bem-estar do consumidor, a maximização do excedente do consumidor e não maximização do excedente total, pode-se ter uma situação, em tese, em que uma fusão tenha eficiências e ganhos, do ponto de vista de excedente total, que sejam aceitáveis e que funcionem nesse teste – política de concorrência *vis-a-vis* política industrial - mas que se consolidados na moldura normativa de um país que elegeu o bem-estar do consumidor e não o total do excedente como objetivo valorativo jurídico a perseguir no âmbito concorrencial, pode haver um órgão antitruste que não aceita aquelas eficiências porque elas não serão refletidas nos benefícios dos consumidores daquele produto.

Assim, pode-se ter eficiências não derivadas diretamente daquela fusão ou se pode ter eficiências derivadas dela que não se traduzem em preços menores daquele produto manufaturado por consumidores. Elas são desqualificadas do ponto de vista do órgão antitruste, mas são aceitas num teste de excedente total.

Portanto, IBRAC, discutam com os órgãos antitruste qual é do ponto de vista jurídico o norte que vamos eleger, porque se formos eleger como teste jurisprudencial na análise de fusões e aquisições um teste como de excedente total ao invés de um excedente do consumidor ou vice-versa, essa relação, inclusive a de política industrial versus política de concorrência pode mudar.

A minha mensagem, portanto, é a seguinte: a separação do Direito e da Economia é extremamente deletéria. Não é mais possível conviver com essa separação; passamos dessa fase! Economistas que militam no sistema não podem mais se dar ao luxo de não conhecer testes jurisprudenciais aplicados por órgãos antitruste em outros países. Advogados que militam no sistema não podem mais se dar ao luxo de abrirem mão de assessorias econômicas para discutir como usar esses testes jurisprudenciais a favor de

seus respectivos clientes. Não é mais possível fazer isso! Faz parte do tempo que nos aguarda. Mais do que isso, a evolução e a sofisticação desse tipo de marca e a discussão jurisprudencial no âmbito do sistema concorrencial é o que nos permitirá, creio eu, uma flexibilidade na convivência difícil entre política industrial, política de concorrência e política regulatória.

Para terminar, a segunda parte daquela discussão do “afinal de contas por que a renda por trabalhador no Brasil é tão diferente da de outros países, que tivéssemos uma economia igual?”. Isto tem muito haver com o que de forma muito lata e solta estou chamando de moldura institucional. Também nesse campo e especificamente no caso da regulação e da concorrência, há um longo caminho a percorrer.

Termino com três mensagens nesse campo. Primeiro: agência reguladora e regulação são coisas distintas. Pode-se ter um mercado regulado sem agência reguladora e um mercado regulado com agência reguladora que exerce uma função de regulação técnica e não de regulação econômica. Pode-se ter todas as trocas possíveis dentro de dois princípios: (1) regulação econômica visa superar mercado; (2) agência reguladora é uma instituição que se criou para resolver um problema de escolha pública muito específico, para ser uma gestora de contrato de infra-estrutura que é amortizado em vinte anos, e que é sujeito a todo tipo de incentivo para expropriação regulatória de parte a parte. Assim, inventou-se um “bicho” que se chama desreguladora para resolver esse problema.

No âmbito desse problema, há muito que se evoluir para aprimorar o diálogo institucional entre o órgão de defesa antitruste e as agências reguladoras à luz desses objetivos que variam de país a país e de caso a caso. Para terminar com um exemplo do que estou querendo dizer, considerem o maior problema do diálogo regulação-concorrência que é a infra-estrutura e o acesso à estrutura a *essencia facerete*, ou seja, o acesso às estruturas essenciais.

Os órgãos antitrustes do ponto de vista de desenho institucional estão muito bem equipados para dizer o que não se pode fazer, ou seja, não se pode negar acesso a uma infraestrutura essencial. Contudo eles estão muito mal equipados para dizer qual é o modelo de apreçamento que deve se aplicar a esse acesso essencial e isso muda de país para país, de caso para caso. No caso brasileiro, esse diálogo tem que ser implementado porque raras vezes o órgão antitruste vai acertar a mão na hora de tentar fixar um modelo de precificação de acesso; outras vezes uma agência desreguladora vai errar a mão na hora de discutir um problema clássico de acesso a infra-estrutura.

Porém no fundo, estas são duas faces de uma mesma moeda, qual seja, o acesso à infraestrutura e ao modelo de apreçamento. Este é um exemplo dos desafios que se colocam adiante, no caso do Brasil, acerca dos diálogo entre concorrência e regulação e entre a política da concorrência e a política industrial.

Muito obrigado a todos.

SLIDE 1

Concorrência, Política Industrial e Regulação

- Desafios: é possível construir uma moldura teórica comum que nos permita avaliar a todas?
- É possível, na prática, construir um desenho institucional que permita a convivência de todas?

SLIDE 2**Falsos conflitos vs. Verdadeiros
Conflitos**

- Por que algumas economias apresentam uma produção maior por trabalhador com mesmo nível educacional tão maior que outras?
- Economias produzem bens e serviços a partir da força de trabalho e capital (L e K).

SLIDE 3

- Problema: diferença entre produto por trabalhador nas diversas economias ao longo do tempo não explicada apenas pela acumulação de fatores de produção (capital físico e educação).
- Resumo da ópera: economias ricas transformam a mesma quantidade de K e educação em uma quantidade maior de produto do que economias pobres!

SLIDE 4

- A diferença entre o valor na produção por trabalhador para a mesma quantidade de K e educação é denominada Produtividade Total dos Fatores (PTF).
- PTF é um bonito nome para quantificar nosso desconhecimento!

SLIDE 5

- Alguns fatos estilizados: diferencial de PTF entre países ricos e muito pobres: 1/3.
- Diferencial entre EUA e países de renda intermediária: 0.6, isto é:
- Ainda que o Brasil tivesse a mesma quantidade de K e educação dos EUA, a renda por trabalhador brasileira seria apenas 60% da americana !

SLIDE 6

- Por quê? A resposta não é trivial e tangencia as três políticas: concorrencial, regulatória e industrial.
- Resposta em 2 partes: eficiências e moldura institucional

SLIDE 7**Parte I**

- Criação de incentivos à geração e difusão de novas tecnologias e estímulo à produção eficiente (i.e. eficiências estáticas e dinâmicas).
- Contribuição da Política de Concorrência:
- Norte da política de concorrência (i) bem-estar do consumidor e (ii) eficiência alocativa

SLIDE 8

- Menor perda de bem-estar/ineficiência: Política de Concorrência analisando cuidadosamente F&A e combatendo cartéis!
- Bônus adicional: maior concorrência estimula inovação e eficiências produtivas.
- Scarpetta e Tressel (2002) estimam impacto sobre PTF. Na Grécia e Portugal, impacto estimado em 10%!

SLIDE 9

- Política Industrial também deveria estimular progresso tecnológico e eficiências. Uma estratégia para fazê-lo pode implicar:
- Benefícios horizontais (e.g. incentivos fiscais a P&D);
- Proteção setorial (e.g. subsídios diretos e renúncias, que são 34% do total-4% do PIB) ou
- Desproteção e correção de distorções (e.g. correção de distorções tarifárias)

SLIDE 10

- Uma boa política industrial deveria começar por mapear as distorções de proteção efetiva setorial corrigindo-as,
COMPLEMENTANDO A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA.
- Exemplo: mesmo que se admita conceito de escalada tarifária do Mercosul, houve muitas distorções nos últimos anos.

SLIDE 11

- Hoje a TEC do Mercosul tem elevada dispersão (efetiva varia de -34%,1 a 60.5%), pouca transparência e bens finais com alíquotas menores que bens intermediários.
- Uma boa política industrial também deveria buscar reduzir os preços relativos dos bens de capital (de Long & Summers, 1991): também aqui não há conflito!

SLIDE 12

Outros instrumentos de PI

- Além de proteções tarifárias e incentivos/subsídios, PI pode incentivar FUSÕES E AQUISIÇÕES.
- PC deveria funcionar como teste de qualidade das escolhas de PI?
- Ainda sim, conflitos jurídicos ou normativos podem surgir: experiência europeia sugere alguns cuidados . . .

SLIDE 13

Cuidado com as Tarifas!

- A proteção de um setor geralmente implica “desproteção” de outro e um aumento de preços aos consumidores finais. Por isso, em geral, subsídios são instrumento de PI mais efetivos . . .

SLIDE 14**Parte II**

- No que diz respeito à moldura institucional, regulação e concorrência respondem pela maior desafio:
- Regulação e concorrência; convivência amistosa?

Exemplo: acesso à infra-estrutura essencial vs. preços de acesso

SLIDE 15**Resumo da ópera**

- Concorrência deve ser teste de qualidade para PI!
- Mesmo quando não houver conflitos econômicos entre as duas políticas, pode haver conflitos jurídicos (e.g. fusões)
- No âmbito da evolução institucional, há muito o que evoluir no diálogo concorrência e regulação e não há modelo ótimo.

(005)

Dr. Ubiratan Mattos

Muito obrigado Dr. Daniel.

O terceiro palestrante desta tarde é o professor Fábio Erber, professor titular do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e diretor de Crédito Industrial do BNDES. Ele nos trará então, a visão do BNDES sobre política industrial e concorrência.

(006)

Dr. Fábio Erber

Eu agradeço ao IBRAC, especialmente ao Ubiratan, a possibilidade de participar deste debate dizendo que não estou falando aqui em nome do Banco (BNDES). Estou falando mais em meu nome. Com alguns anos neste *trottoir*, prefiro falar a título pessoal.

Eu não preparei nenhuma exposição, o que tem uma grande desvantagem. Mas certamente há uma vantagem: não estou preso a um esquema pré-concebido e posso reagir um pouco às duas excelentes exposições que me precederam.

Gostaria de começar esclarecendo problemas semânticos porque eles são sempre um grande obstáculo no entendimento e na fraternidade humana.

Política industrial é usada de uma variedade de maneiras, mas vou usá-la aqui no sentido bastante restritivo, como políticas endereçadas ao setor industrial e serviços conexos. Portanto, o objeto da política industrial é a indústria.

As políticas do tipo infraestrutura são muito importantes para indústria, mas também são muito importantes para a agricultura, para a pecuária, para a pesca, enfim, para o mundo inteiro. Então, da maneira como estou usando não são políticas industriais as políticas macroeconômicas. Políticas macro têm um enorme impacto sobre a indústria e, aliás, em regra têm um impacto maior que as próprias políticas industriais.

Daí, vários anos atrás, termos trabalhado com uma taxionomia que usava dois conceitos – políticas explícitas e políticas implícitas. As políticas

industriais implícitas na política macroeconômica são, freqüentemente, muito mais importantes para indústria do que àquelas medidas desenhadas especificamente para indústria; é como um campo de forças em que um dos vetores é muito mais forte do que o outro e portanto determina a direção da resultante desse campo de forças.

Então, reconhecida a importância da política macro sobre a política industrial, darei um exemplo. No momento trabalho no BNDES e posso reduzir substancialmente a taxa de juros que o Banco cobra, que o impacto disso sobre a demanda vinda da indústria será muito pequeno se as expectativas dos industriais definidas a partir da combinação taxa de juros – taxa de câmbio não os estimularem ao investimento. A política macro tem um peso muito grande e, reconhecido esse peso, acho que não é política industrial, mas sim política macroeconômica.

Estou fazendo essas separações para evitarmos um pouco confusões semânticas, por que elas aparecem recorrentemente na literatura sobre esse tema e declarações de empresários etc.

O segundo ponto é que política industrial, da maneira como utilizo, engloba política comercial e política tecnológica, quer dizer, os três são parte de um todo integrado. Um dos problemas institucionais brasileiros é exatamente a proliferação de órgãos que tratam desse assunto e que, a meu juízo, deveriam ser tratados de forma articulada.

A história de tratamento por economistas do tema política industrial é longa. Mas gostaria de apresentar uma visão talvez um pouco diferente daquelas que já foram apresentadas. Para começar é um tema que divide a tribo de economistas, profundamente. Em um livro que foi feito há uns dois anos por Ricardo *Biolchovski?*, que fez um levantamento de temas polêmicos entre economistas, este era o tema polêmico que dividia a tribo profundamente. Então, a idéia de que possa haver um consenso entre economistas sobre política industrial me parece rigorosamente ilusória.

Há tempos atrás, o BNDES fez uma mesa em que havia vários economistas discutindo política industrial: tinha o Gustavo Franco, o Eduardo Amadeu, o Antonio Castro, o Luciano Coutinho e eu. O comentário que fiz para platéia era de que, entre os organizadores, a probabilidade de se obter um consenso a partir daquela mesa era a mesma de que na Assembléia Geral das Nações Unidas todos os delegados se pusessem a falar simultaneamente e daquilo emergisse o esperado. Quer dizer, diferenças irreconciliáveis nos separam e o máximo que fazemos é civilizadamente reconhecer que as diferenças existem.

Eu diria que há quatro posições na profissão e que são importantes registrar. A primeira é que “não deve ter política industrial de jeito nenhum porque o mercado se encarrega”, o que é uma posição muito antiga. Durante um longo tempo, o pessoal de economia do bem-estar dizia que o mercado tem falhas e que por isso dever haver uma política industrial. Isso foi mais ou menos até os anos 60 ou 70, quando houve a grande reforma liberal e contra-atacaram dizendo que é verdade que o mercado tem falhas, mas o Estado também as têm e é apropriado, mas a burocracia tem que ser insulada, enfim, é uma argumentação que se supõe que todos conhecem.

O problema é que não há critério para decidir entre as falhas de mercado ou as falhas de Estado. Reconhecidamente existem as duas categorias, mas quais que são piores? A própria teoria neoclássica ensina que na presença de múltiplas falhas do mercado, não sendo possível removê-las todas simultaneamente e, dessa forma, estabelecer uma situação que leve a um “ótimo-de-pareto”, então não há critério intrínseco que permita definir qual falha de mercado deve ser removida primeiro.

Portanto, é preciso um critério não econômico para hierarquizar as falhas de mercado que serão removidas e as que serão priorizadas. Em suma, este debate não é resolvível do ponto de vista da teoria econômica e acho que convém reconhecer isto, o que nos levaria ao desespero caso não houvesse outras alternativas de pensar o problema. Parece-me que uma outra alternativa de pensar o problema, que encontra muitos pontos comuns com abordagens modernas da teoria da concorrência, é reconhecermos que não há um critério para definirmos isso. Quer dizer, depende das situações, visto que a história tem um papel fundamental nisso e que a política não é um demônio a ser exorcizado mas é parte integrante da definição desse processo, eu diria que há pontos comuns que vão além.

O primeiro é o reconhecimento de que não existe algo tão caro à economia convencional como o agente representativo. Ele é aquela firma bonitinha de livro-texto que tem a curvinha em ‘u’ dos custos; ela até pode existir, mas existe uma plêiade de empresas. Portanto, não existindo agente representativo é que surge um problema imediato; estamos no terreno da Gertrude Stein, “uma rosa, uma rosa, uma rosa” ou podemos falar algo além disso, generalizar.

Um conceito que nos permite generalizar e estabelecer um tipo de agregação que pode ser chamada de mesoeconômica é o conceito de “setor”. Parece-me que o reconhecimento da complexidade e, portanto, da necessidade

de um conceito agregativo como “setor” une tanto o pessoal que trabalha com política industrial como o pessoal que trabalha com política da concorrência. Isso me permite fazer um comentário muito *ad latere* sobre este outro dilema que nos persegue faz anos, que são políticas horizontais e verticais.

Dado que os setores são diferentes, que desempenham papéis completamente distintos na vida econômica, social e tecnológica dos países, eu diria que no limite não existem políticas horizontais definidas como políticas que são neutras entre os setores. Nesse sentido, qualquer política que se faça tem rebatimentos setoriais distintos. Perguntem vocês a um produtor de frutas, em comparação com quem não exporta e com um produtor de aeronaves que exporta 95%, se a política de câmbio- uma das mais gerais possíveis- é neutra setorialmente. Assim, sentem-se os dois na mesa e verão que as respostas são muito diferentes.

Uma vez conversando por ocasião dos debates recentes desse documento de política industrial, eu brinquei com um colega do Ministério da Fazenda dizendo que achava que política horizontal é fruto da má consciência. Essas pessoas que querem fazer política industrial mas têm vergonha, então dizem: “façamos políticas horizontais”. Toda política industrial que é vertical é um pouco o Estado se iludindo ou se comportando como *Boujoir Gentien!!*, que falava em prosa e não sabia e que ficou muito admirado, aos 40 anos, ao descobrir esse fato. Então, acho que a dimensão setorial é algo que une as tribos que trabalham com política industrial e com política da concorrência.

Acho que um segundo elemento é o de que operamos num mundo de incerteza, isto é, de incerteza substantiva. Informação não é simplesmente imperfeita. Era como dizia Kant, que simplesmente não sabíamos e que estamos o tempo inteiro fazendo apostas. O mercado e o Estado fazem apostas quando tomam decisões. Não é uma questão de podermos procurar melhores informações mas em geral elas são contraditórias.

Eu confesso, Daniel, um enorme ceticismo em relação a ajustes econométricos. Digo sempre que mediante módica quantia, produzo o ajuste que você quiser.

Produção total de fatores por produtividade total dos fatores, se quiserem dou um exemplo *da compare* a estimativa feita sobre o impacto da política industrial na dita produtividade total dos fatores feita para Coréia pelo Banco Mundial e aquela publicada por um coreano que tem um nome irrecuperável para mim, mas que está no *World Development* de 1993 e que

avalia o relatório do Banco Mundial. Teremos um belo exemplo. Eles obtêm estimativas, as técnicas e a função de produção são muito parecidas, daí obtêm resultados completamente diferentes dependendo das imputações. Então, acho que não podemos nos iludir à mistificação dos números. O velho Barlog, que era um húngaro migrado para Oxford e que tinha senso de humor - que não é uma qualidade muito presente na profissão - quando começou essa discussão disse: “Ah sei, coeficiente de progresso técnico; 80% são não explicados, era melhor a gente chamar isso de coeficiente de ignorância”.

Logo, acho que o ceticismo quanto à cientificidade das nossas informações é compartilhado pelas duas tribos bem como o reconhecimento de que tanto o mercado quanto o Estado são mecanismos de seleção que têm que interagir. Essas posições muito radicais e ideológicas e deveríamos evitá-las.

Eu diria que há um outro elemento em comum que é muito importante em termos de possibilidade de articular as duas tribos, ou seja, nos dois casos - estou falando de práticas modernas - estamos preocupados com a eficiência dinâmica da economia, isto é, com a capacidade de gerar inovações não apenas tecnológicas, mas organizacionais e sociais ao longo do tempo. Essa visão temporal me parece crítica na definição dos dois tipos de políticas.

Parece-me, no entanto, que com esses pontos em comum há alguns pontos que são diferentes. Quer dizer que a política industrial de forma geral incorpora uma dimensão de internacionalização da produção, não apenas do comércio, a qual a política de concorrência normalmente tem dificuldades de tratar. Parece que do ponto de vista de alguém que está envolvido com política industrial é uma diferença importante. Quer dizer, a despeito de estarmos discutindo isso, quando acabar essa manhã, teremos acordos bilaterais mas você não teremos uma multilateralização da legislação e das práticas da política da concorrência. Isto não é trivial porque abre o espaço para que a política industrial, especialmente nessa visão evolucionista de economia política com a qual estou tratando, tenha um espaço para preocupações de soberania nacional que normalmente não estão presentes na discussão de política da concorrência.

Ressaltadas essas diferenças, parece-me que no entanto o terreno comum é muito maior do que as diferenças. Assim como existem diferenças entre o pessoal que faz política industrial mais *stricto sensu* e o pessoal que faz política tecnológica e científica, ainda assim reconhecemos uma unidade essencial entre essas políticas. Então, acho que a mesma unidade existe entre a política industrial e a política da concorrência, dado-se a esse marco comum,

a essa visão de mundo comum e de preocupações comuns. Daí a questão é “por que permanecemos separados até agora, por que o destino não nos uniu?”

Acho que uma parte da resposta está em preconceitos de parte a parte. Quer dizer, o pessoal de concorrência diz que o pessoal de política industrial é perigoso e stalinistas, que querem estabelecer algo como Gosplan no Brasil; já o pessoal da política industrial diz que o pessoal de concorrência só pensa em concorrência perfeita, que ignoram o oligopólio e acham que o oligopólio é feio e ruim, enfim, que querem transformar a sociedade industrial no análogo dos plantadores de batata do Mississipi. Acho que tem uma boa dose de preconceito e que há uma história institucional de pouca articulação, até porque no passado recente, quando a estrutura institucional do sistema de defesa da concorrência foi concebida, posta em prática e reforçada inclusive pelo meu amigo Gesner, que está aqui, a estrutura de política industrial praticamente não existia; havia iniciativas de política industrial *ad hoc*.

Isso parecia um problema dos têxteis, dos pérfidos orientais querendo destruir a nossa indústria. Aí o pessoal da CPA (Comissão de Política Aduaneira) e o pessoal do DECON (Departamento de Defesa Comercial) concediam um direito compensatório e o BNDES concedia um crédito. Disto dou testemunho porque eu vi um diretor do BNDES dizer, “o que você acha que vai acontecer com a estrutura industrial na indústria têxtil? Isso eu não tenho a menor idéia”. Já no caso do regime automotivo, que foi feito onde nunca houve a menor indicação, queria-se uma, duas, quinze ou vinte e três montadoras e havia projeto até no Acre de montadora de automóvel. Nesse período, portanto, a estrutura de política industrial era extremamente frágil e praticamente inexistia.

Parece-me que estamos em um momento auspicioso para aumentarmos as interações entre essas estruturas, até porque os responsáveis por uma das áreas têm sensibilidade para a importância da outra. Logo, com esse apelo à cooperação e à fraternidade entre as tribos, eu agradeço muito a atenção.

Se vocês quiserem, debater essa política depois, ela tem as impressões digitais de muitas pessoas. Algumas impressões são minhas então estou às ordens para, se souber, dar os esclarecimentos que vocês quiserem.

(007)

Dr. Ubiratan Mattos

Fábio, muito obrigado pela excelente palestra. Ela foi muito descontraída. Certamente, nós vamos querer conversar com quem deixou a impressão digital nesse documento. Então, nós vamos discutir nos debates e, depois deles, voltaremos a conversar.

O quarto palestrante é o Dr. José Tavares. O Dr. José Tavares, conhecido de todos, após um longo período em Washington como consultor da OEA (Organização dos Estados Americanos) e de diversos outros organismos internacionais retornou ao Brasil para assumir a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e nos honra aqui com a sua presença. Com a palavra o Dr. José Tavares.

Dr. José Tavares - IX Seminário

Muito obrigado Dr. Ubiratan pelo convite para estar aqui. Ao contrário das exposições anteriores, minha exposição será muito breve e nem de longe terá a sofisticação que vocês viram. Será uma exposição essencialmente informativa, quase que burocrática.

Muito rapidamente, vou falar um pouco da indústria farmacêutica, como exemplo de aplicação de política industrial, regulação e concorrência. Mais especificamente, falarei da indústria farmacêutica no contexto do Mercosul, para exemplificar uma aplicação deste documento que vocês têm na pasta: o Acordo Bilateral de Cooperação entre Brasil e Argentina, assinado em outubro, por ocasião da visita do Presidente Lula à Argentina.

Há várias décadas, o Brasil e diversas outras economias vivem um dilema. Por um lado, como estimular a capacitação tecnológica da indústria farmacêutica nacional, especialmente na produção de fármacos – o que significa incorporação e desenvolvimento de tecnologia muitas vezes geradas no exterior, esse é um objetivo tipicamente de política industrial como vocês viram pelas exposições anteriores. De outro lado, como controlar o poder de mercado das empresas, em geral multinacionais que operam na fronteira tecnológica do setor. O problema é que, frequentemente, essas duas preocupações são tratadas de forma misturada, e não se resolve nem uma coisa nem outra.

Na área de regulação instituiu-se a CMED (Câmara de Medicamentos). Nessa instância trabalha-se em várias frentes na área de regulação, mas sempre tomando o cuidado em limitar ao mínimo necessário a quantidade de produtos que terão preços controlados, aplicando-lhes ainda uma fórmula paramétrica que considera a evolução dos custos de produção dos medicamentos. De qualquer forma, espera-se aplicá-la a um número bem pequeno de produtos. Outra área na qual se trabalha é a questão do controle de preços de novos produtos lançados pela indústria.

Ao lado dessas preocupações, essencialmente da área de regulação, existem outros objetivos que merecem ser brevemente mencionados, vez que demonstram a preocupação do governo com o tema da política industrial, fato que se observa nos documentos lançados esta semana.

Existe um instrumento que está na fronteira entre essas duas coisas: o custo de importação de mercadorias. Nesse sentido, foi apresentado na semana passada à CAMEX (Câmara de Comércio Exterior) e à CMED uma proposta de reformulação da Tarifa Externa do Mercosul, mantendo a coerência, tanto com os objetivos de política industrial, quanto com os objetivos de regulação. Deve-se destacar, que a evolução da discussão em ambas frentes demonstrou a credibilidade dessa possibilidade, e apresentou uma metodologia de trabalho, embora ainda seja cedo para dar a discussão como encerrada.

O que se propôs, em linhas gerais, foi que a Tarifa Externa do Mercosul seja zero para todas aquelas mercadorias produzidas, ou por monopolistas da região, ou por duopólios, caso nenhuma das duas empresas pertença a uma indústria nascente, embora determinadas empresas possam ser tecnicamente qualificadas como monopolistas domésticos e competir em mercados nascentes em níveis internacionais.

No contexto específico da indústria farmacêutica, é necessário corrigir as distorções apontadas pelo Secretário de Direito Econômico em sua exposição, que resultam em alíquotas superiores para o princípio ativo dos medicamentos. Por fim, também se sugeriu alíquota zero para produtos que não tenham produção regional, na linha de uma atualização da lista de exceção, instrumento que tem vários defeitos, cuja exposição não pertence ao escopo dessa apresentação. Em poucas palavras, acompanhou-se a idéia de que produtos que não tenham produção regional tenham alíquota zero.

Não se propõe mudança no restante da estrutura tarifária da TEC, visto que tal medida terá que ser feita numa articulação mais estreita com a

Quando tais critérios foram apresentados à CAMEX na semana passada, acredito que ficou estabelecido o conceito de que um monopolista não deva ser protegido por tarifas de importação, fato surpreendente, diga-se, uma vez que existe uma tradição, originada com o modelo de substituição de importações, que estabelece que: “se existe produção local, logo deve haver proteção”, regra cuja motivação é bem pouco clara.

Um aspecto interessante desta proposta é que ela foi feita em articulação com os órgãos de defesa da concorrência da Argentina. A idéia é que os órgãos de defesa da concorrência de ambos países façam a mesma proposta de revisão da TEC para esse setor, dificultando ligeiramente a briga mercantilista entre o pessoal da área de comércio exterior.

Deve-se também registrar que o Protocolo Brasil-Argentina é um dos resultados importantes do ano na agenda internacional, obtido em tempo extremamente hábil devido ao esforço conjunto entre SEAE e SDE. De fato, desde que o Mercosul foi criado, já se assinaram diversos protocolos que produziram poucos resultados. Quando os países do Mercosul assinaram o Protocolo de Assunção, em 1991, eles deram início a um processo em que, durante quatro anos, quatro países, todos com desequilíbrios macroeconômicos graves, fizeram reformas estruturais durante toda década de 90. Não obstante a diversidade da situação, esses países foram capazes de criar uma Área de Livre Comércio institucionalmente mais abrangente do que a NAFTA. Essa área de livre comércio multiplicou o comércio e o fluxo de investimentos da região por várias vezes, resistiu a duas crises sérias – a desvalorização cambial do Brasil e a crise da Argentina, e, embora o fluxo comercial tivesse caído depois das crises não houve retrocesso institucional.

Não obstante esse enorme sucesso, os governos receberam muito pouco crédito pelo feito que mudou a história das relações comerciais do Brasil com a região. A simples razão é que, quando assinaram o Tratado de Assunção, os Governos prometeram muito mais que o exequível, por exemplo, fazer em quatro anos o que a Europa levou quarenta anos - o mercado comum, a moeda comum, as instituições comuns, etc.

Não obstante esse equívoco, outra peculiaridade interessante do Mercosul é que, além das distorções nos mecanismos de proteção efetiva apontadas pelo Secretario de Direito Econômico, a TEC protege os países de maneira diferenciada, dependendo de suas respectivas estruturas tributárias. Em outras palavras, a TEC no Brasil tem um significado diferente da TEC na Argentina e no Uruguai.

Apesar de todos seus problemas, a TEC teve um mérito enorme, de impedir o retrocesso do processo de abertura comercial dos países da região na virada dos anos 80. O Mercosul como uma área de livre comércio é uma instituição consolidada, mesmo tendo ambições demasiadamente amplas.

O governo atual não pretende resolver todos os problemas do Mercosul, entretanto, pretende-se avançar em um ponto fundamental em qualquer processo de integração: harmonizar as condições de concorrência nos mercados domésticos dos países que compõem o bloco integrado, pois, enquanto essa questão não for superada, sempre existirão tensões protecionistas dentro da região, como foi patente durante a década de 90, principalmente depois da desvalorização do Real, e, como é ilustrado pela experiência da NAFTA ao longo da década de 90.

Dessa maneira é necessário aprofundar a cooperação na área de concorrência, lembrando que o Protocolo de Fortaleza, único instrumento disponível até então, é a cara do Mercosul, ou seja, tem inúmeras ambições, algumas altamente meritórias, como o compromisso de acabar com o “*antidumping*” na região e eliminar os desequilíbrios causados por subsídios, mas é extremamente irrealista.

Dentre os irrealismos do Protocolo, havia a idéia de que em dois anos, não só se criariam as instituições de defesa da concorrência nos países onde ainda não existiam, como também, harmonizar-se-iam os critérios de notificação e análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas, certamente um plano ambicioso demais para o período de dois anos.

Além de tudo isso havia outro defeito sério, que denominei em estudos anteriores de “viés mercantilista” do Protocolo, isto é, a idéia, disposta em um de seus artigos, de que o Protocolo trataria de todas as condutas anticompetitivas que tenham impacto no comércio intra-regional. Ora, essa é a parcela menos importante dos problemas de concorrência nos processos de integração regional, mais relevante é harmonizar as condições de concorrência nos mercados domésticos dos países membros. Certamente existirão algumas práticas anticompetitivas e atos de concentração que terão impacto sobre o comércio da região, mas esse não é o foco principal da política de concorrência num processo de integração, como bem ilustra a experiência da União Européia, da Austrália e da Nova Zelândia, ou seja, de todos os processos de integração bem sucedidos.

Nesse contexto, não se procurou fazer uma reforma do Protocolo de Fortaleza, visto que, enquanto Paraguai e Uruguai não tiverem leis de concorrência, é um esforço improdutivo. Por outro lado, a Argentina atualmente tem uma excelente lei de concorrência, em certos aspectos mais avançada que a nossa, e não há nada que impeça a cooperação entre Brasil e Argentina, tais elementos permitiram uma negociação extremamente rápida do Acordo de Cooperação.

Para concluir, gostaria de chamar a atenção para o fato deste Acordo ter sido assinado em outubro, e já em novembro se observa alguns resultados práticos, por exemplo, a articulação da proposta de uma nova estrutura tarifária para a indústria farmacêutica mencionada acima. Mais ainda, dado que os técnicos da área de comércio exterior aceitaram com certa facilidade, a idéia de que os monopólios não devam ser protegidos por tarifas de importação, é possível avançar e preparar uma proposta de oferta.

Nesse momento pode-se também indagar por que esse critério de redução de impostos de importação de produtos produzidos por monopolistas também não é proposto na ALCA. Ora, nesse caso, a redução não tem qualquer efeito, pois reduziria os impostos de importação para as mesmas empresas que estão do outro lado, portanto, não há interesse em negociação comercial nessa situação.

Por outro lado, pode haver outros casos em que essa possibilidade ocorra, nesse contexto a Secretaria está fazendo um levantamento de todos os setores da economia em que existam empresas monopolistas produzindo *tradeables* protegidos por tarifas elevadas de importação. Essa será uma das ofertas do Mercosul nas negociações da ALCA e no contexto da União Européia.

Essa é minha breve apresentação que procura mostrar como o Governo está tentando articular política de concorrência, regulação e política industrial.

Muito obrigado.

Dr. Pedro Dutra

Boa tarde a todos.

Eu vou, nesta mesa de economistas e antropólogos, fazer referência a dois aborígenes pouco citados e, a partir da localização deles, orientar a minha palestra que se dividirá em dois tópicos principais – regulação e concorrência. Dentro de regulação, o nicho de política industrial.

Os aborígenes são as empresas, os administrados e uma classe inferior de aborígenes, muito pouco prestigiada, mas existentes, que são os advogados.

Para examinar a questão de regulação e de política industrial, eu creio que, ficando no plano das realidades concretas, devemos começar pelo que o governo atual apresenta em forma literal, que podemos ler, que podemos analisar, como gostam os advogados. Nós vamos ver aí alguns documentos importantes: (1) um projeto de lei - que já me advertiu, o meu querido amigo José Tavares, que ainda não foi enviado, portanto, pode e creio eu que todos esperam sofrer modificações - que trata da disciplina de agências reguladoras, põe disciplina nisso; (2) outro projeto, que ainda não é um projeto, esse sequer tem o nome de projeto de lei, é aquele que busca reformular ou estabelecer regras, políticas.

Se alguém souber o que quer dizer a expressão “política”, ganha um prêmio, e se alguém souber dizer o significa a expressão “política pública”, merecerá a consagração nacional, porque é a expressão mais usada e não definida de forma inteligível, “tudo é política pública”. Eu acho que, verificando a experiência jurídica e histórica brasileira, política pública é “a vontade do Presidente, do Ministro e do burocrata que tem a caneta na mão”, mas isso é outro assunto.

Então, voltando aos temas, que aqui me referi, esses projetos, esses documentos literários, nós temos essa tentativa de definição de política, para o mercado elétrico e, ainda, mais recentemente, o PPI e esse documento, que o Cleveland também explicou, sobre política industrial, delineamentos de uma política industrial.

O que uma visão, do ponto de vista desses aborígenes, pode sugerir desses projetos? Tentando fazer uma condensação, eu diria, e é uma observação desse aborígine aqui, que nós estamos diante de uma possibilidade de um regresso ao que já se fez no Brasil. A grande questão, ou grande ponto, que nós notamos em todos esses projetos é um momento da presença da intervenção estatal na economia, mas não da intervenção estatal que recentemente tentou se implantar no Brasil, é verdade, com aquele ânimo que o governo anterior mostrou para as reformas institucionais - o que levou a ficar oito anos no poder e não conseguir efetivar nenhuma delas -, mas enfim, uma tentativa trocar o câmbio, ou de trocar o perfil dessa intervenção estatal.

Pelo que se vê desses documentos, e eu vou me limitar apenas a dois deles, esse projeto de lei das agências reguladoras e ao projeto – não sei se tem o nome de projeto, tem um outro nome, um nome mais moderno, mas enfim - de disciplina ou de política para o setor de energia. O que se vê nesses dois documentos é uma acentuação excessiva da intervenção estatal, que privilegia uma coordenação das forças de mercado e uma intervenção menos técnica e mais político-partidária. Eu falo “político-partidária” para identificar a intervenção política feita por membros do executivo - nós sabemos que o executivo é ocupado pelos titulares ou pelo seu titular, então, o chefe máximo que são eleitos, por isso é um programa de partido.

Já disse, um grande jurista brasileiro, que “não deixar o governo implementar a sua política é uma fraude ao povo”. Eu não concordo com isso porque existe também um Congresso que é eleito pelo povo e é o Congresso que vota as normas que cabem ao Executivo, ao seu titular fazer cumprir, aliás, é o juramento do Presidente da República cumprir as leis. Então, aí nós já temos um pouco de confusão lançada sobre esse tema, quer dizer, quando se quer declaradamente aumentar a intervenção estatal para implementar políticas públicas, políticas de governo, e quando se quer aumentar a intervenção estatal para se coordenar as forças de mercado - e aqui apoiado no que meu amigo Fábio falou com muita propriedade o que seja falha de mercado, o que seja falha de Estado -, há uma acentuação expressiva da intervenção estatal na ordem econômica.

Isso nos leva a uma situação que nós já vivemos e, eu diria, que o Brasil viveu essa situação majoritariamente. Um único período em que houve esse arrefecimento foi o período recente do governo anterior que, eu diria, de parte do governo anterior, quando foram criadas as agências reguladoras com alguma independência decisória, quando houve uma retração das políticas industriais. Mas, fora isso, o que nós assistimos se olharmos a história brasileira é um modelo muito parecido com o que hoje se propõe. José Tavares acabou de dizer que examinando um projeto recente de política industrial, ele verificou que era muito parecido com o que ele e o Fábio formularam a vinte ou trinta anos atrás.

Então, o que é interessante verificar, e eu acho que valeria a pena, é como a história tratou isso, como essa coisa muito esquecida chamada “lei” tratou isso, como a lei foi aplicada, como a lei de defesa da concorrência foi aplicada nos períodos de política industrial. Ela não foi, ela não existia. Quando existiu, simplesmente não foi aplicada. Quando Vargas propôs, de forma articulada, uma política industrial na década de 30, ele a propõe, formula-a, num Estado autoritário. Criou-se o Decreto nº 869 que na época não se chamava de “defesa da concorrência”, mas “defesa da economia popular”. Ele foi aplicado com rigor razoável em padarias - a jurisprudência mostra que vários padeiros sofreram as duras penas da lei -, fora isso, não tem muita jurisprudência. Então, não foi aplicada. Depois o Decreto foi revogado em 1946. Houve uma lei em 1951, que não vingou. E o projeto sai em 1963, uma Lei muito boa, nº 4.137. Essa Lei foi fulminada logo no início, o CADE foi criado naquela época e, veio o golpe militar, logo o CADE desapareceu. Então, o CADE ressurgiu em 1991, com a Lei de 1991, uma lei muito ruim de defesa da concorrência, reacionária, que cria um órgão de investigação sem independência decisória, o que foi uma falha que persiste. Assim, o CADE começa a tentar aplicar, ou melhor, a sociedade começa a tentar aplicar a Lei de Defesa da Concorrência e começa também um processo de abertura.

Então, se nós verificarmos como conviveu a política industrial e defesa da concorrência, a experiência brasileira mostra que esse é um casamento que não se consuma. O Daniel elegantemente colocou alguns problemas pré-nupciais, eles são muito grandes e eu não sei como isso será feito. Eu desconfio que vai ter um encaminhamento complexo. Dizia-se que se examinassem as leis, por exemplo, o projeto de lei das agências reguladoras, ele traz um outro dado assustador – ele não consegue sequer promover aquilo que ele se destina que é a regulação. O processo tem tamanhas falhas técnicas que ele é insustentável.

O programa de estruturação do setor elétrico vai pelo mesmo caminho, ele, simplesmente, como dizem os americanos, é incapaz de decolar. Têm seis órgãos que se sobrepõem, pelo menos seis, e todos debaixo da Ministra ou do Ministro. Então, a confusão normativa é simplesmente geral, ao meu ver temos a possibilidade de regresso muito grande. Não estou dizendo que o regresso é mal, o regresso aqui é apenas um regresso histórico, repetir uma experiência passada. Quem diz que uma experiência passada, quando se repete eventualmente, se dá de forma dramática, não fui eu, o Dr. Gesner talvez saiba que foi. Mas a questão que se põe é essa.

Do ponto de vista do governo, não vejo um mal maior, o governo está sendo coerente. Os titulares do governo, com muita honestidade, sempre disseram “este negócio de independência de agência reguladora nós, simplesmente, não aceitamos; agência reguladora tem que cumprir política pública, política de governo” – a Ministra Dilma disse isso, o Ministro Miro Teixeira disse isso. O Presidente de República disse “as agências ajudaram a terceirizar o Estado então há uma coerência nesse propósito do governo”. Vejo por outro lado, que essa coerência não ganha uma coordenação maior, os Ministérios de algumas áreas têm proposta que também não se assemelham ou que por vezes se contradizem. Mas isso é natural, o governo anterior se caracterizou por isso.

Por fim, a posição de governo se reveste de uma característica que me surpreende, e surpreende a alguns, que viram nos titulares ou nos próceres desse governo, no governo anterior uma atitude contrária, que eu chamaria de uma “embriaguez midiática”. Esses projetos são lançados na mídia com grande estardalhaço e são debatidos fechadamente, como, por exemplo, o debate para a redação deste projeto de lei das agências reguladoras não contou com a participação dos representantes das agências reguladoras existentes e, quando foi à consulta pública, o prazo assinado foi de quinze dias - isso é muito mal. Depois foi ampliado para mais quinze, mas, ainda assim, mostrou que há uma grande assimetria de informação, o governo, com essa tendência midiática muito forte.

Claro que não é uniforme em todos os membros do Governo, mas há uma preocupação grande de fazer chegar ao público por essa forma o que o governo faz. Por outro lado, não há uma preocupação tão grande do governo em contar com a colaboração de boa parte da sociedade. Os prazos para discussão, no caso do projeto de lei de agências reguladoras, foram muito exíguos. No do programa de reforma do setor elétrico é uma grande interrogação, ele está sendo discutido internamente, há uma medida provisória que sai e não sai, cuja paternidade não é reconhecida. Hoje está nos jornais que a Ministra chamou representantes do setor, e por aí vai, numa zona não muito clara de debate público.

Isso tudo nos leva a algumas indagações que têm quase um caráter de afirmação. Primeiro, essa reversão cultural que se quer estabelecer. Aqui, tanto se falou em cultura da concorrência, mas temos que saber que essa cultura da concorrência só floresce num ambiente histórico propício. Se esse ambiente histórico está sendo alterado muito subitamente, antes, por exemplo, de as agências reguladoras e o próprio CADE conseguirem se afirmar, aí nós teremos uma possibilidade de frustração de afirmação dessa cultura.

O outro ponto é a questão de a repressão e a regulação não se afirmarem sobre critérios de independência técnica, de independência decisória e de uma regulação técnica, e, daí, resvalarem para uma não independência decisória e uma visão regulatória de política-partidária, ou politizada, e não técnica.

Nós ainda, com base na história, podemos divisar duas questões. A primeira seria uma reestatização indireta, das quais tivemos pequenas amostras controvertidas, mas que já se prenunciam, e a outra é a fuga de investimentos diretos, que essa é uma realidade que pode ser revertida, mas ainda não se pode dizer que os sinais sejam de reversão. O que nos anima é que não há nada decidido.

É possível e esperamos que essa questão seja mais debatida, não apenas entre o próprio governo – aí o voto do representante do Ministério da Fazenda numa dessas reuniões, sobre o programa do setor elétrico - ponderando que algumas questões deveriam ser melhores estudadas. Ontem, o Ministro Palocci, num sinal muito bem posto, a meu juízo, disse que a questão macro está muito bem encaminhada, a questão micro precisa ser mais debatida. É o recado em “economês”, mas que traduzido diz o seguinte, “é preciso debater mais como a intervenção do Estado na ordem vai se dar, para que não haja uma reversão a experiências pretéritas”.

O meu segundo ponto é mais na área de concorrência, senão, diretamente na área da concorrência. Pessoalmente achei extremamente instigante o Programa de *Compliance*, ou para nós aborígenes “de conformidade”, que a SDE em boa hora apresenta, e, ficamos sabendo, que ela porá um instrumento normativo desse programa em consulta pública para debate. É instigante esse programa, ele tem pontos extremamente relevantes, os seus pontos fundamentais são sem dúvida muito saudáveis para a concorrência. Eu me senti pessoalmente estimulado por essa saudável iniciativa da SDE, a propor, sem o caráter da autoridade, que se discuta, que se debata também um Programa de *Compliance* da autoridade antitruste.

Tenho, aqui, alguns pontos que poderiam nortear esse debate, para que o Programa de *Compliance* ache um complemento, que ele não fique apenas como algo que possa ser visto. Desde já, digo que nada nele sugere, mas assim como a mídia distorce as palavras, eventualmente, certos conceitos, e o Fábio mostrou isso aqui muito bem, ganham vida própria, em sentido inverso àqueles que se quer dar. Eu creio que nós podemos prever que esse Programa de *Compliance* possa, em meio a algumas tribos empresariais, ser mal entendido, entendido como um programa de captação sub-reptícia de informações ou de uma investigação que não ousa dizer o seu nome. Então, eu creio que o Programa de *Compliance* ou de “conformidade” de autoridades de defesa da concorrência seria uma forma de complementar esse programa.

Eu aqui teria alguns pontos desse programa. O primeiro deles seria a divulgação regular, o que eu chamo de divulgação regular pela autoridade antitruste. Quando eu falo “autoridade antitruste”, evidentemente, eu estou me referindo ao “conjunto” dos órgãos de defesa da concorrência. Eu resisto a usar a palavra sistema, foi o Gesner que inventou isso, eu creio que não há um sistema, há órgãos de naturezas diferentes, com qualidades diferentes – agora tem um novo órgão neste universo que é o Ministério Público. Então, eu não diria que há um sistema, propriamente, há órgãos de defesa da concorrência que pensam diferentemente, têm estruturas diferentes, aplicam a mesma lei, e aí há uma similaridade, uma convergência, mas sistema, eu acho que não é bem o caso.

Enfim, a divulgação regular pelas autoridades e, essas autoridades é que entrariam nesse Programa de *Compliance*, eu citaria de forma não exaustiva três pontos. O primeiro, a agenda das autoridades, e isso é muito importante - o Gesner inaugurou isso no CADE. É importante saber, para os advogados, para as empresas, quem é recebido pelas autoridades. Por que? Porque as autoridades desempenham uma função pública. Aqui, faço uma grande ressalva, se já estiver sendo feito, parabéns. Apenas, então, é preciso divulgar isso. Eu, por exemplo, entrei no *site* da SDE e no da SEAE, e tive alguma dificuldade de encontrar algumas informações – e agora estou numa companhia extraordinária que é da Dr. Bárbara, ela também teve dificuldade de encontrar informação. Então, agenda das autoridades, relatórios detalhados, para quando haja uma substituição de titulares, o novo titular não tenha que ficar fazendo indispensáveis auditorias ou correções para levantar o estoque de processos, enfim, isso tudo. Então, um esforço para que esses relatórios detalhados sejam feitos de forma regular. Depois, isso já é feito, mas sempre no sentido de aperfeiçoar, um andamento dos processos já atualizados na rede, isso é um instrumento extraordinário para o administrado.

O segundo ponto seria a questão do sigilo. É importante que haja uma simetria de informação entre autoridade e público, entre autoridade e administrado, porque o administrado é muito sensível à informação da autoridade. Os aborígenes advogados encontram extrema dificuldade para dizer a um empresário que está sendo investigado, que o parecer da SEAE, o parecer da SDE, pedindo a condenação não é definitivo. Ele diz, “mas a divulgação disso antes que eu leia o parecer me causa um dano muito grande, a minha imagem, agora, já criou para o CADE uma expectativa negativa”. É verdade que, nós que lidamos com isso, sabemos que esse fato não se dá na prática, mas é importante. O Daniel falava isto no almoço, uma das próximas preocupações, e aí eu estou vendo o que caráter complementar dessa sugestão se efetiva, é disciplinar o sigilo, que não se limita evidentemente a essa simetria de informações, mas também a uma forma objetiva de proteção de dados e informações que são encaminhadas aos defesa da concorrência. Aqui, fazendo uma ressalva, que nem todo dado e nem toda informação é merecedor de sigilo. É claro que nós sabemos - nós advogados -, às vezes, por pressão do cliente ou o próprio empresário, se quer que todo dado seja sigiloso, até os balanços de companhia aberta, o que é efetivamente um absurdo.

O último ponto é o que eu chamaria grosseiramente “devido processo legal”. Um tema nesse âmbito que poderia integrar o programa, um tema que pode suscitar enormes debates – eu acho que nada no Brasil suscita enormes debates, mas é uma coisa que a gente tem que falar porque um dia pode ser debatido efetivamente -, é o foco da instrução ser a determinação do fato da causa, ou o fato infracional ou o fato da integração do poder econômico. Eu tenho visto alguns pareceres, isso se presta mais pela natureza deles, é o caso da SEAE, mas não se limita a isso, com uma tendência muito saudável de orientar o CADE ao que fazer, é quase um voto e não um processo de instrução. Eu posso estar sendo um pouco excessivo, talvez eu possa apontar dois ou três casos. Isso não firma uma tendência, mas eu vou, então, dizer algo que pode ilustrar isso de forma mais concreta: “o CADE nos casos mais importantes está refazendo a instrução de quase todos esses processos mais importantes”. Então, aí há um indicativo que a SEAE e a SDE, claro, juntamente com o CADE, podem apurar a instrução que elas promovem. A função da SDE é instrutora, a da SEAE não era, passou a ser nessa alteração que houve em 2000. Mas, enfim, esse é um ponto.

O outro ponto é o prazo e o limite da instrução, porque também não podem ser acometidas as autoridades com uma enxurrada de limites, “o meu limite é um minuto de pedidos de instrução suplementar”.

O outro é a questão do acesso aos autos, também pode ser disciplinado. Na SDE esse problema não existe, a SEAE dizia com razão que não dava acesso aos autos porque ela não é órgão instrutor, hoje ela é. Então a pergunta é se ela deve dar ou não acesso aos autos?.

Por fim, a questão da celeridade e, aí, eu vou me valer de uma conversa que tive com o Cleveland, há pouco tempo, em que ele me mostrou um voto, de uma página do CADE, e que ficou evidente, que esse poderia, em atos de concentração, ser aplicado em 98% dos casos. A pergunta a todos advogados é esta: por que é impossível ou tem sido até agora, a SEAE e a SDE e, eventualmente, o Ministério Público, sentarem e fazer senão um parecer comum, um parecer padronizado para casos simplificados? Esse parecer seria curto, seria imediatamente encaminhado ao CADE, até como uma forma de pressão do CADE de adotar também um modelo tal e qual o Cleveland sugere. Eu tenho certeza que isso pode ser feito.

Enfim, todos esses pontos que eu aqui referi desse programa, eu também tenho a certeza que eles já estão sendo cogitados pela SDE, pela SEAE e pelo CADE, e algum deles já estão sendo implantados. Eu não falei nada de novo. Eu apenas quis dar uma sugestão no sentido de complementar essa iniciativa da SDE, que nós passaremos a comentar a partir da divulgação próxima da sua norma, a portaria que irá regulamentá-la.

Concluindo, eu creio que o momento é extremamente fértil para que se discuta à luz da experiência, à luz de dados, objetivos e de casos concretos, o rumo da regulação e da defesa da livre concorrência a ser feita sempre com aquela insistência antiquíssima, porém, ainda viva na forma da lei.

Muito obrigado.

DEBATES

Daniel Goldberg

Eu tinha invocado alguma precedência na resposta às observações do Pedro porque antropólogos vêm primeiro. Então, usualmente é assim que se organiza o processo, mas o José tinha pedido para falar primeiro de regulação e acho, novamente que antropologia ajuda a explicar algumas distorções que temos passado na concorrência e um pouco da agenda que se coloca adiante.

Primeiro, uma breve informação. Acho que pelo menos dois ou três pontos que o Pedro tocou são absolutamente essenciais e têm que nortear, sim, a nossa agenda. O primeiro deles, para tentar resumir um pouco do que o Pedro falou, diz respeito à transparência. Para não entrar nos diversos sub-ítem da proposta do Pedro quanto ao Programa de Conformidade da autoridade antitruste, pode ser que ele queira também que publiquemos quais são os argumentos utilizados pela outra parte, mas acho que não chegamos a este ponto de transparência, até porque ele vai ter acesso a eles mais cedo ou mais tarde. Mas eventualmente o que a gente está discutindo aqui é um eixo que gira em torno deste princípio que é a transparência.

Nesse sentido, acho que ele é um dos grandes itens; é importantíssima. Acho também que me cabe informar que na Secretaria de Direito Econômico vocês podem acessar a agenda do Secretário, inclusive no que diz respeito às partes que lá o visitam. Isso está no *site* da SDE e tem um *link* no *site* do MJ também.

Eu tentei fazer algo que causou algum estranhamento num primeiro momento, mas acho pela análise do Pedro, que foi aceita a primeira correição parcial da história do Direito Brasileiro de Defesa da Concorrência. Em fevereiro baixei um procedimento de correição parcial e, por conta desses aspectos que o Pedro notou, descobri coisas espetaculares nesse procedimento. Primeiro, coisas que dizem respeito ao sigilo e que são complicadíssimas. Segundo, coisas que dizem respeito a nossa comunidade aborígene e que são extremamente interessantes.

Propõe-se, então, um programa em três etapas em conformidade à legislação antitruste, porque afinal de contas é disso que estamos falando. Trata-se de um esforço concentrado de aprimoramento de métodos, rotinas e práticas da SDE e de outros órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e que diz respeito à transparência e ao sigilo. Eu estava falando para o Pedro durante o almoço sobre as minhas idéias no que diz respeito ao sigilo e acho que são extremamente importantes. Numa terceira etapa, uma vez que nós tivermos feito a nossa parte, talvez possamos cobrar a parte dos aborígenes também.

Porém, são muito complicadas tais coisas! Muito se reclama que o Sistema de Defesa da Concorrência perde tempo com procedimentos cartoriais, que os processos ficam menos céleres, que os fluxos de trabalho não fazem muito sentido e que há duplicação ineficiente, mas é muito surpreendente perceber que é ainda pior, ou seja, que há duplicação de procedimentos com pareceres díspares pela SDE e pela SEAE - o que deve

terminar. Isto ocorre devido ao fato de que o mesmo advogado, no mesmo caso, define o mercado relevante de dois jeitos, um na SDE e outro na SEAE. Às vezes acontece pior: o advogado diz que o cliente dele é parte de um grupo controlador no momento e, no ano seguinte, ele diz que não é mais a parte controladora, agora é competidora e assim por diante.

Como o sistema é muito pobre e carece de recursos, temos uma característica que nos Estados Unidos costuma-se dizer que é a dependência da boa-fé processual. Para além da boa-fé processual acho que temos que desenvolver a cultura da boa-fé do órgão público ao lidar com matérias que podem ser extremamente sensíveis do ponto de vista da imagem da empresa e do mercado como um todo, bem como a boa-fé dos que representam as empresas junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Isso para que possamos gastar menos fiscalizando se a estrutura societária que o advogado declarou é verdadeira ou não, porque isso gasta um tempo e uma quantidade de recursos humanos inacreditável e porque, afinal de contas, os advogados atuam junto aos clientes para que as informações sejam fidedignas.

Talvez a minha mensagem aqui seja a de que eu não acho que precisemos de um Programa de Conformidade à legislação antitruste dos órgãos de defesa da concorrência; precisamos mais do que isso. No que diz respeito aos órgãos de defesa da concorrência, esta é a mensagem que tenho tentado dar desde o início e é este o papel do IBRAC: nós precisamos de um acompanhamento constante de um processo de prestação de contas e aprimoramento institucional, práticas e rotinas; é muito mais que um processo de conformidade.

Além disso, para dar um segundo informativo objetivo, a SDE enviou à Secretaria de Acompanhamento Econômico uma Proposta de Normatização de instrução conjunta de atos de concentração que cria a prática e a rotina de instruir e analisar conjuntamente atos de concentração com pareceres que, não ao arrepio da lei, saiam subscritos pelo Secretário de Direito Econômico e pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, com ganhos substantivos para o sistema como um todo.

Por fim, eu queria dizer que o que tentei sustentar aqui, e acho que em certo sentido o Fábio também, é que há um risco na convivência entre política industrial e política de concorrência, mas que as dicotomias não precisam necessariamente repetir a experiência do passado remoto. Não acho que estamos num mundo no qual precisamos meramente repetir o movimento do governo anterior ou voltar à era Vargas. Talvez pela minha juventude, idealismo e inexperiência, eu acredite que é algo mais; talvez eu acredite que

é há um pouco mais entre o céu e a terra do que sonhava a nossa filosofia e que talvez estejamos caminhando e progredindo para algo que vai muito além da mera opção “vamos voltar atrás um pouquinho; vamos voltar muito atrás”.

Realmente acredito que é possível construir uma moldura de convivência comum entre política de concorrência e política industrial. Há duas opções: abdicamos desse desafio, sentamos e esperamos que uma das duas seja consumida no fogo da outra, ou trabalhamos em prol de uma moldura comum. Tentei dizer que acredito firme e profundamente na política de concorrência como instrumento privilegiado de desenvolvimento. Acredito também, que do ponto de vista jurídico, a defesa da concorrência é algo que está em fase de consolidação e que deve ser aprofundado. Prometo lutar por isso e quero fazê-lo de forma madura e objetiva.

Ubiratan Mattos

O comentário que vou fazer na verdade é quase um testemunho. O Daniel no seu discurso de posse fez uma referência muito elogiosa ao IBRAC. Eu mencionei isso na abertura do seminário e este é o momento de retribuir a menção feita pelo Daniel no seu discurso de posse. Devo lembrar que o primeiro interlocutor dos administrados do Daniel, assim que tomou posse, foi justamente o IBRAC num evento que nós fizemos em São Paulo- lá ele foi nos contar os seus planos para a Secretaria. Acho que é importante que estes temas sejam levantados porque cada vez mais se ressalta a necessidade de realmente a administração e o administrado debaterem esses temas.

O Daniel gostaria de prestar contas - mas aqui nós não vamos fazê-lo porque ele próprio já se ofereceu para prestá-las em outra oportunidade. Vamos passar já para os debates. Perdão, antes há um brevíssimo comentário e depois passamos aos debates.

Pedro Dutra

O que eu disse foi a partir do que leio e do que o governo publica. Sem dúvida, o José Tavares tem razão e o Daniel também. Hoje se debate a concorrência como se debate uma política industrial e isto é extremamente saudável. Aliás a presença do Fábio, do Daniel e do José Tavares, no governo e aqui, demonstra isso de forma insofismável. Mas, quero lembrar, que figuras preeminentes no governo declaram que a concorrência não é importante.

Então, nós estamos diante de posições conflitantes e temos que trazer aos nossos amigos aqui presentes esta dúvida que algumas autoridades nos põem.

Outra questão foi que no governo anterior, fui o primeiro a dizer da inapetência dele pelas reformas essenciais. Quanto ao trabalho que foi feito pela Casa Civil, pelo Luiz Alberto Santos, ele é muito melhor do que o projeto de lei mas o problema é que ele não foi apresentado tal. O projeto de lei não o traduz e o que sobrou para comentar é que ele é muito ruim.

Quanto ao que o Daniel falou, não esperava nada diferente e por isso eu posso cumprimentá-lo. Daí, vejo que a minha modesta proposta, na verdade mais um convite, é que ele tenha mais tempo e que o Dr. Ubiratan não irá regateá-lo nesse tempo para que possamos debater e apoiar, inclusive observando os advogados, que devem ter uma conduta aborígene quando apresentam as suas informações.

Estamos esperando que o Dr. Ubiratan promova esta oportunidade de ouvirmos o Dr. Daniel e crivá-lo com inúmeras perguntas que serão, eu tenho certeza, muito bem respondidas.

Ubiratan Mattos

Na verdade até já temos. Está acertado com a Dra. Bárbara Rosenberg um *workshop* em Brasília para discutir o PPI. Isto será anunciado oportunamente.

Vamos à sua pergunta, por favor. Só uma anotação, desnecessária evidentemente, mas por favor evitem os discursos – perguntas curtas e objetivas.

Bruno Sobral - SEAE

Meu nome é Bruno Sobral, da SEAE.

Eu quero justamente voltar ao tema de política industrial. O que se percebe é que hoje, apesar do reconhecimento por muitos de que concorrência é um dos pilares da política econômica e que ela gera eficiências, apesar dos esforços fantásticos em termos de “advoca-se”, eu acho que nesse último ano o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência só não apareceu na revista “Caras”. Ele está em todos os jornais e isso é muito bom. Mas me

parece que as fricções entre os tomadores de políticas verticais e nós, ainda, são muito grandes.

Gostaria de fazer uma pergunta para o Cleveland no seguinte sentido: o documento de política industrial que você leu e nos apresentou aqui fala de integração quanto às políticas como uma premissa entre elas e a política de concorrência. Você falou também que esse documento não é conflitante com as políticas de defesa da concorrência. Eu pergunto o seguinte: essa moldura inicial proposta pelo documento de política industrial que foi construído com as digitais do Dr. Fábio é suficiente? Ela nos atende, nós que somos apaixonados pelo “mercado de plantadores de batata do Mississippi”?

Cleveland Prates Teixeira

Obrigado pela pergunta, Bruno. Ela me dá a oportunidade de esclarecer algumas questões, já que eu passei muito rapidamente pela parte final.

O que eu disse foi que, considerando os princípios que estão colocados neste documento e analisando sob o ponto de vista daquela seção que eu abri de política industrial, eu não identifiquei pontos de conflito que sejam totalmente insanáveis. É claro que você sempre pode ter aquela questão “se vamos estimular economias de escala, vamos criar uma grande multinacional verde-e-amarela”. Eventualmente, você pode ter algum tipo de conflito, dependendo do caso. Mas os princípios que estão lá colocados, não vedam *a priori*, e é bom deixar muito claro que há possibilidade de que a defesa da concorrência atue normalmente.

O fato de não fazer menção à política da concorrência, acho que basicamente é porque o tema é “diretrizes de política industrial, tecnológica e de comércio de comércio exterior”. Corrija-me se eu estiver enganado. Então, não é uma diretriz de política da concorrência, mas sim uma diretriz de política industrial acompanhada de uma política tecnológica e de comércio exterior. Eu não consegui detectar nessa minha rápida leitura desse documento nada que fosse tão grave, e que *a priori* gerasse alguma razão para que nós saíssemos nos batendo aqui. Muito longe disso, acho que acabamos caminhando num mesmo sentido.

Ubiratan Mattos

Pela ordem a professora Elizabeth Farina e depois o professor Gesner Oliveira.

Elizabeth Farina

Obrigada. Eu estava com vontade de fazer uma palestra, mas tenho que fazer uma pergunta. Queria fazer uma ponderação sobre as observações econômicas que o Daniel fez a respeito das políticas industrial e da concorrência e sobre o conflito entre elas, associando-o à discussão sobre excedente total *versus* excedente do consumidor, assim como a visão de que política industrial teria dentro dela um potencial conflito na medida em que estaria mais associada à visão de que numa situação de ganhos de eficiência vinda da política industrial fosse positivo do ponto de vista da alocação geral dos recursos da economia, o que eu acho bem razoável e com um conflito potencial de efeito de curto-prazo com o consumidor.

Então, acho que – sei que estou me demorando, mas vou ter que fazê-lo – é um falso conflito porque ainda que elejamos para a política de concorrência um foco importante no consumidor, existem questões que são de impacto direto *versus* impacto de longo-prazo e a política industrial, por definição, não é uma política de curto-prazo. Portanto, não é aí que o conflito vai se estabelecer se nós estamos falando de excedente total ou de excedente do consumidor porque a política industrial é de médio e longo-prazo, quase que de desenvolvimento olhando setorialmente. Portanto, a dinâmica é mais importante do que esse tipo de conflito.

Se fôssemos adotar uma visão muito estrita, e entendo que o Daniel não teve a intenção de adotar, o efeito imediato sobre o excedente do consumidor poderia nos levar a pensar algo desta natureza. O preço predatório pode beneficiar o consumidor no curto-prazo, nesse sentido não temos na esfera da defesa da concorrência que discutí-lo. O professor Landi discute isso num texto de 2002, então não estamos sozinhos.

Se, por exemplo, bem-estar é igual a preço baixo, podemos admitir uma série de práticas que tradicionalmente achamos que são prejudiciais à concorrência, mas como beneficiam o consumidor no curtíssimo prazo- por exemplo, um *dumping* internacional- então esse critério estaria a salvo. Estou exagerando e sei que você está meio nervoso na cadeira, mas essa é uma discussão que se tem hoje não só no Brasil e, pelo menos, estamos bem acompanhados.

Eu tinha mais algumas coisas para falar, mas tenho uma pergunta para o professor Fábio Erber sobre suas impressões digitais: – eu não li o documento – mas quais os critérios pelos quais foram escolhidos tais setores e o que se pensa em termos do que as empresas envolvidas nessa política industrial terão de dar em contrapartida a ela? Quer dizer, se você pudesse dar uma desenhada rápida como é que se chegou a essa escolha.

(*Intervenção Ubiratan Mattos*:Elizabeth, deixe-o responder porque nós temos mais pessoas querendo fazer perguntas.)

Assim, talvez seja melhor termos alguma coisa para criticar do que fazê-lo simplesmente com base na intuição. Isto é, se tivermos o modelo e os dados, pelo menos pode-se dizer que o modelo e os dados estão errados e que se tem o outro modelo para seguirmos comperando. (Desculpa-me.)

(*Ubiratan Mattos*:Eu devo mencionar o seguinte que o professor Fábio Erber vai pernoitar em Campos do Jordão aqui no Hotel, então ele tem a noite toda para discutir . Por enquanto, ele vai responder à pergunta.)

Fábio Erber

Os setores foram quatro: dois do complexo eletrônico – *software* e componentes eletrônicos (semicondutores) -, bens de capital e farmacêuticos. O critério é duplo: o de balanço e pagamentos e um critério de portador de tecnologia, isto é, de relevância para a inovação. São os dois critérios básicos.

Todos esses setores têm impacto muito grande no corpo econômico e social, e todos eles são muito importantes do ponto de vista de divisas. Então, o critério de vulnerabilidade externa foi muito importante assim como o de inovação. Vemos que a inovação é muito enfatizada no texto.

Gesner Oliveira

Muito brevemente, eu queria fazer uma sugestão e uma pergunta.

Sugestão. Se nós lembrarmos da exposição do Michael Reynolds de ontem a respeito do que mudou na Comissão Européia, um dos pontos operacionais interessantes que ele ressaltou foi a maior integração dos grupos de análise de defesa da concorrência. Ele estava se referindo a fusões, mas acho que se estende também para o caso de cartéis e outras áreas. Eu não conheço no Brasil grupos setoriais mais tensos do ponto de vista de conhecimento acumulado do que os grupos do BNDES. Seria imprescindível, sobretudo dado à escassez de recursos, que houvesse mais cooperação do ponto de vista de conhecimento técnico, específico do setor. Eu acho que houve alguma exploração nesse sentido mas isso poderia ser muito bem explorado independentemente de qualquer outra dificuldade conceitual.

O segundo ponto, na verdade, é uma sugestão também. Eu acho que esse texto de diretrizes tem um ineditismo grande, um pioneirismo por integrar várias áreas do governo. Acho que um documento político-industrial nunca refletiu um debate interministerial e também acho que ele reflete a dificuldade, as indefinições, a lentidão e obviamente a complexidade do debate que estamos vendo aqui. Agora, a parte da concorrência ficou muito escondida a ponto de escapar até mesmo da nossa leitura e da leitura brilhante do Conselheiro Cleveland. Mas ela só aparece na parte de fármacos (página 21) e a política de estímulo à produção doméstica requer coordenação com as políticas de saúde e com as políticas de regulação.

É importante que o sistema de defesa da concorrência monitore sistematicamente preços e concentração. Acho que fica evidente que a concorrência é muito mais do que isso; talvez nem seja isso e realmente valeria a luz das reflexões tentar incorporar isso no texto.

Ubiratan Mattos

Tenho um pedido do Dr. Moacir. Dr. Moacir com a palavra.

Moacir Moraes, membro do Ministério Público, Sub-Procurador da República junto ao CADE.

Inicialmente queria fazer umas considerações em torno do que disse o Dr. Pedro Dutra.

O Ministério Público tem uma função que eu diria extra-sistêmica, se é que esta palavra “Sistema” Brasileiro de Defesa da Concorrência é contestada. Eu praticamente não tenho nenhum preconceito em dizer que faço parte de um sistema do ponto de vista processual mas quero lhes dizer e assegurar que não temos no Ministério Público nenhum compromisso com política de governo; nós temos sim com políticas públicas. O Ministério Público tem se manifestado nos processos do CADE com absoluta isenção. Não estou dizendo que Vossa Senhoria tenha feito qualquer crítica à manifestação do Ministério Público, mas é necessário aproveitar esse momento para dizer que a nossa atividade não é uma preocupação meramente formal quanto ao andamento do processo. O devido processo legal tem sido uma preocupação do Ministério Público. Realmente várias falhas, as quais não são evidentemente das autoridades atuais do Sistema de Defesa da Concorrência, consistem em processos antigos, cheios de vícios procedimentais e que precisam ser saneados. A rigor dever haver o chamamento à ordem desses procedimentos.

Então, dentro dessa visão que tenho do Ministério Público, nossa preocupação não é de agradar ou desagradar o governo mas sim de manter a formalidade do processo para que aquele título extrajudicial, que é a decisão do CADE, não saia imperfeito e difícil de se impor perante a coletividade.

Mas a pergunta que eu queria fazer sobre o tema é para o Dr. Tavares. A questão dos medicamentos sempre foi uma preocupação da câmara do consumidor e, muitas vezes, os procedimentos que surgem perante os PROCONs e Ministérios Públicos Estaduais se atêm às relações de consumo. Há um desdobramento do CADE com referência à ordem econômica, daí vem a questão sobre as competências do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal. Jamais admitirei, e isto é um ponto de vista pessoal, que problemas de ordem econômica constitucionalmente sejam de competência dos Estados e do Ministério Público Estadual. Quando se começa alguma coisa no âmbito estadual, ela se desdobra na decisão de uma autarquia, que do ponto de vista da autoridade administrativa é federal; logo, é impossível que isto seja apreciado em grau de mandado de segurança ou de ações de nulidade perante a Justiça Estadual quando o controle será feito pela Justiça Federal.

Então, quando se indagou à Secretaria de Acompanhamento Econômico sobre o aumento de preço de medicamentos, a informação que tivemos foi a de que as planilhas realmente não eram contestáveis porque havia uma crise cambial que justificava o aumento dos insumos. Eu pergunto então, se o fato de propor uma isenção ou uma alíquota zero para importação de insumos dos medicamentos para a indústria farmacêutica consiste numa política industrial ou numa política tributária? Isso é uma conveniência do governo? Porque em outros setores se vê, evidentemente, essa mesma preocupação.

É só isso que eu gostaria de ouvir. Como não sou versado, não sou economista, é só isto que eu gostaria de saber. Trata-se de uma pergunta de ju-jurista.

José Tavares

É o seguinte: quando se queria a Tarifa do Mercosul, eu disse que ela tinha inúmeras impropriedades, algumas das quais o Daniel já apontou. O que acontece é que a Tarifa do Mercosul foi fruto de um processo de abertura no Brasil e na Argentina. Na verdade, ela reflete muito mais a reforma tarifária ocorrida no Brasil do que em qualquer outro país que faz parte do Mercosul.

Eu sempre fui um crítico da Tarifa Externa do Mercosul porque eu acho que, embora ela tenha tido aquele positivo de impedir que houvesse um retrocesso, do ponto de vista de quem analisa processo de integração, ela foi muito prematura. Quer dizer, os governos deveriam ter se concentrado na primeira etapa, na constituição de uma área de livre comércio. Num segundo momento fazer o que estamos fazendo agora, isto é, cuidar da convergência, das condições de concorrência dos mercados domésticos e somente em uma etapa mais adiante se pensar numa Tarifa Externa Comum, mas que não estivesse envolvida dos vícios da substituição da exportação. Pois, se olharmos toda a estrutura da TEC, ela continua com a idéia de alíquota baixa para o insumo e alíquota um pouco mais elevada para o produto final. Ora, isso é uma lógica da substituição da importação. Se examinarmos a tarifa de qualquer economia industrializada, ela é zero ou quase-zero na maioria dos casos e alta para alguns produtos.

Há vinte anos que venho dizendo que a tarifa é um instrumento em extinção, não que estejamos caminhando para o livre-comércio, mas pela simples razão que os instrumentos de proteção estão mudando de área. A

proteção está muito mais na área da regulação, das políticas de compras governamentais e da própria política de concorrência do que na da tarifa. Mas é uma extinção que está sendo lenta.

O que nós estamos fazendo agora é, de uma forma muito gradual, tentando ajustar a TEC a um estado mais consistente com a economia da região. Quer dizer, temos uma tarifa que é inspirada na lógica da substituição da importação e estamos querendo mudar isto. A primeira impressão que havia era a de que monopolista tem alíquota zero e isto não é nenhuma atitude hostil aos monopólios. Como diz *Bomol*, “monopolista com uma longa vida, freqüentemente é sinal de virtude e não de vício”. Eu acredito muito nisso, sempre fui um grande divulgador das idéias do *Bomol* aqui no Brasil.

Então, em princípio, não obstante essa simpatia pelos monopólios, o fato é que em economia industrializada alguma vamos encontrar monopolistas que produzem *printables*???(*min. 34:49*) sendo protegidos por tarifas de importação porque a única função dela é aumentar o poder de mercado desse monopolista.

Por outra parte é sempre importante lembrar que uma tarifa de importação sempre significa um mecanismo de transferência de renda da sociedade para os setores protegidos. Dessa forma, não existe nenhuma razão efetiva para existirem tarifas em produtos que não tenham produção regional. Há época da substituição de importação, essas tarifas existiam para sinalizar as áreas onde o governo gostaria de atrair investimento; não tínhamos proteção mas já colocávamos tarifas para dizer : “olha, aqui já temos proteção, então, entramos”. Nós estamos tentando mudar essa lógica.

A grande novidade, acho que fizemos uma mudança de rota, foi iniciar essa discussão a partir de um entendimento entre os órgãos de defesa da concorrência do Brasil e da Argentina. Não acho que fizemos nada de revolucionário, apenas estamos propondo uma mudança parcial na TEC. Vamos propor, numa segunda etapa agora no começo do ano, uma lista de produtos produzidos por monopolistas que serão negociados na ALCA e na União Européia. Não temos muita pressa dado que essa situação persistiu até hoje, então não há por que querer acabar com isso da noite para o dia. Mas o nosso entendimento é que isto se dará na medida em que ampliar a cooperação entre órgãos de defesa da concorrência e acho que isto está estimulando o Paraguai e o Uruguai a ter leis nesse sentido. Nós vamos caminhando na direção de harmonizar as condições de concorrência dentro da região.

No final deste processo, que não vai ocorrer na minha gestão e na do Daniel, nós teremos no Mercosul uma Tarifa Externa Comum que efetivamente possa ter esse nome.

Obrigado.

Ubiratan Mattos

Tenho um pedido do Dr. Laércio Farina. Laércio, por favor, sua pergunta.

Laércio Farina

Vamos acalmar o Dr. Daniel Goldberg! Vamos fazer uma pergunta a ele. Na verdade, são duas perguntas dentro de uma.

A primeira é a seguinte: o que significa realmente essa expressão política de defesa da concorrência? É um elemento da política industrial, uma política em si? Eu particularmente não vejo a defesa da concorrência como uma política. Parece-me até que a política se resumiria a ampliar ou a reduzir a eficácia de uma lei que já está aí. E se existe de fato esse entendimento sobre política, a pergunta é qual é a visão do governo para implementá-la? Até mesmo essa discussão relativa às premissas que foram colocadas, isto é, se é o consumidor que deve vir primeiro ou se é a questão do excedente que deve nortear as decisões ou, pelo menos, a avaliação das concentrações quando nós estamos considerando um sistema que é híbrido?

Nós devemos levar em conta que o Ministério Público é atuante, muito embora somente do ponto de vista processual, como bem colocou o Dr. Moacir. Trata-se de um sistema que é composto por dois órgãos de governo que a princípio não se sujeitam às políticas governamentais – e de estado é o órgão ao qual competem a implementação da defesa da concorrência.

Eu gostaria que o Dr. Daniel esclarecesse essa equação e dou até a liberdade de responder à pergunta da Dr^a Elizabeth Farina.

Daniel Goldberg

Obrigado Laércio.

Eu vou começar a resposta da sua pergunta de um ponto que a Elizabeth levantou e que tem haver com o que na verdade o Fábio tinha dito há algum tempo sobre os números.

Eu queria dizer o seguinte, Fábio e Elizabeth: acho que de certa forma os números são como argumentos. A única coisa que me assusta mais do que alguém que usa os números é alguém que não os usa; são os números e os argumentos que nos permitem dizer que a infra-estrutura é uma coisa importante. Imagino eu que você deva estar dizendo isso com base talvez num desses estudos que você mencionou e que têm os nomes irrecuperáveis e que digam que o *gap* entre o produto asiático e o da América Latina, calculado a partir da década de 80 seja diretamente relacionado ao *gap* de infra-estrutura, ou como você disse, com relação a um outro estudo.

Enfim, os números são como argumentos e isso me leva a um segundo ponto que é pretender conferir cientificidade, ou não, à análise antitruste, à política industrial e à política de concorrência.

Veja, minha resposta vem em dois momentos: conferir cientificidade a essa discussão e discutir se essa cientificidade é objetiva. Há muito tempo que não se discute mais isso - volto ao meu amor pela antropologia. Na verdade, a objetividade da ciência consiste no trabalho com hipóteses as quais são discutidas no âmbito do discurso e no qual essas hipóteses se testam, refutam-se ou se mantêm.

No âmbito da política pública isso é particularmente sofisticado, difícil de fazer. A retórica e essas nossas discussões são extremamente relevantes porque são elas que filtram essas hipóteses e que as testam. Quanto maior a retórica, maior a discussão e quanto maior a divergência entre os números quem sabe consigamos caminhar e, de fato, alcançar coisas positivas.

O que me leva a um terceiro ponto, respondendo ao casal Farina (Elizabeth e Laércio). Para falar do teste jurisprudencial que se aplica a uma fusão e a uma aquisição a minha contenção foi a de que concordo com o Pedro quando ele diz que esse diálogo entre política industrial e política de concorrência é perigoso. Eu tentei apontar, despeito da história brasileira que ele é perigoso. Por exemplo, em uma análise de fusão e de aquisição, qual é o peso que você deve conferir às importações, a partir de seu potencial disciplinador? E o que eu disse é que as opções de política industrial que são tomadas num momento anterior- por exemplo, optar por um mecanismo de subsídio, subvenção ou benefício fiscal, ao invés de uma proteção efetiva via tarifa, mais a ou menos COFINS- têm um impacto relevante na análise cotidiana

das fusões e aquisições que admitimos. Ainda que em tese a política industrial seja uma política de médio e longo prazo, infelizmente as opções e os arranjos institucionais acerca dela que discutimos hoje impactam diretamente no tipo de argumento que é admitido num tribunal administrativo ou não.

É muito importante que se discuta isso nesses termos. Talvez por isso a sugestão do Gesner tenha sido tão apropriada, quer dizer, talvez o BNDES não tenha em mente que a chance do bloqueio de uma fusão, pelo sistema de concorrência, aumenta se não tomarmos cuidado, por exemplo, com essa medida tarifária. Talvez o sistema de concorrência não tenha noção de que pode dialogar com o BNDES no que diz respeito ao leque de alternativas de instrumentos de política industrial. Dessa forma, talvez esta seja a resposta, ainda que preliminar, à sua pergunta.

Por fim, política de concorrência é algo engraçado porque quando se olha textos jurídicos, sobretudo no âmbito dos tratados internacionais que mencionam política de concorrência, eles significam uma coisa e quando se lê os multilaterais e se estuda textos jurídicos ou semijurídicos, eles falam de cultivo de concorrência. Você tem razão, o que eles estão dizendo ali são leis, regulamentos, práticas e decisões pelas cortes administrativas ou judiciais. É disso que eles tratam.

Mas, quando se fala dos textos prescritivos que mencionam política de concorrência ou quando falo de política de concorrência estou me referindo a algo diferente. Outro ponto importante que o Pedro levantou é que é uma das funções mais importantes dos órgãos de defesa da concorrência reside não só no fomento à cultura da concorrência, mas também na sua relação conflitiva. A SDE foi criada para isto, juntamente com outros órgãos de governo. Há um desenho institucional que é importante que para os órgãos do Sistema de Defesa da Concorrência; é o diálogo muitas vezes contencioso com órgãos de política industrial e com agências reguladoras. Talvez este desafio que nos colocou o Pedro, isto é, o medo de que esse casamento não seja possível resida na possibilidade do fortalecimento institucional dos órgãos de defesa da concorrência no que diz respeito ao seu potencial de estabelecer diálogos críticos, independentes e contenciosos com outros órgãos de política industrial.

O governo não é um monólito e não foi concebido para sê-lo; nenhum governo o é. Não é um desenho institucional sequer adequado que o governo seja um monólito. Há diferentes visões, e de um processo de diálogo entre essas elas dentro dessa arquitetura institucional é que surge isso que estou chamando de política da concorrência. Ela inclui não só regulamentos,

regulamentos, decisões, práticas e rotinas dos órgãos administrativos, mas também o relacionamento de órgãos administrativos do governo responsáveis por concorrência com outros órgãos do próprio governo, na tentativa de minimizar distorções das regulações e regras emanadas por outros órgãos do governo na eficiência alocativa do mercado e no bem-estar do consumidor. E a essa segunda vertente, estou chamando política de concorrência.

Ubiratan Mattos

Obrigado, Daniel. Mais alguma pergunta, *Pietro*(Pedro)?, você tem alguma pergunta? Por favor, faça a sua pergunta e depois o Fábio irá fazer seu comentário.

Pietro Ariboni

Tenho uma pergunta dirigida para o Daniel e para o Cleveland, mas utilizando o que foi levantado pelo Pedro, a respeito dessa aparente tendência de que o Estado estaria tentando voltar a ter um certo intervencionismo. O que, aliás, encontra certo respaldo até na reticência demonstrada pelo nosso Presidente da República ao comentar a ordem econômica e ao criticar os Estados Unidos, autores desse conceito, que entretanto praticam políticas específicas em defesa da agricultura e da siderurgia. Mas, levando-se em conta que essa reticência não cabe, já que ao governo compete cumprir o que consta na Constituição, eu apenas perguntaria, para a tranquilidade ou esclarecimento da platéia: a SEAE e a SDE participaram das discussões e da elaboração dessas diretrizes? Foram consultadas? Eu gostaria apenas de saber isso, objetivamente.

Daniel Goldberg

Sim, o modelo de energia elétrica tem as digitais do Sr. José Tavares.

Ubiratan Mattos

Fábio, você gostaria de fazer algum comentário sobre a resposta do Daniel? Por favor, a palavra é sua.

Fábio Erber

Não, eu estou de acordo a Elisabete e o Daniel. Não tenho nada contra números e contra modelos. Eu tenho, sim, contra o uso desse estilo “em verdade, em verdade, vos digo, eis que tenho o número que foi dado por um econometra”. Eu tenho objeções seim contra esse tipo de retórica que é muito usada no debate política.

Eu não estou dizendo que o Daniel está usando isso dessa forma, mas que tenho objeções contra isso, tenho. Acho que vivemos neste mundo de sombras e incertezas, exceto os que têm a luz sobre si, logo temos que caminhar, em termos de epistemologia, naquilo que o Habermas propugnava como *maschprahethik??*, ou seja, uma ética de reconhecer que sabemos muito pouco e que temos que tentar ser e trabalhar na incerteza. Este é o caminho que acho que os órgãos de política industrial e de concorrência têm que seguir. Eu não tinha me dado do pouco que tinha de menção à política de concorrência nesse documento de diretrizes, e esta observação foi feita tanto pelo Cleveland quanto pelo Gesner.

Então, acho que é muito importante conversarmos sobre a idéia de que de repente haja colaboração técnica da SEAE e da SDE conosco lá no Banco, onde temos um certo conhecimento setorial: é uma excelente idéia! Enfim, acho que há vários caminhos pelos quais as duas tribos podem aprender a falar a língua uma da outra. Aliás, dou meu testemunho, até porque andei freqüentando durante bastante tempo a tribo de concorrência: percebi que a língua é a mesma, mas que os dialetos são diferentes.

Um comentário em relação à colocação do Pedro Dutra. Acho que o governo é mais intervencionista sim. Ele foi eleito com essa plataforma, e o é sem qualquer pudor. Acho que isso é um dado político que faz parte e que não é uma questão de retorno, mas sim de coerência com a plataforma política. Isto foi dito muitas vezes.

Ubiratan Mattos

Uma última pergunta, do Marcos Vinícius, e depois passaremos ao encerramento do evento.

Marcos Vinícius

Eu quero fazer uma pergunta para o professor Fábio. O senhor fez um comentário dizendo que a perspectiva da política industrial incorpora a questão da soberania nacional e que na política da concorrência o senhor não via essa incorporação.

Então a minha pergunta, objetiva, é a seguinte, em termos de política industrial, a variável “nacional/estrangeira” está incorporada e na política de concorrência não. Dentro daquilo que a gente já conhece, como é que o senhor vê? Por que o senhor fez essa afirmação?

Fábio Erber

Fiz essa afirmação porque isto é um clássico. A dimensão nacional está sempre presente em política industrial. Não conheço nenhum país em que isso não exista. Do que eu conheço na parte de política de concorrência, essa não é uma dimensão relevante.

Se você quiser, vamos ter que fazer uma discussão ampla. Isso é a minha constatação. Não estou nem dizendo que um viés seja melhor do que o outro, só estou constatando a diferença de vieses porque isso precisa ser reconhecido e tratado no âmbito dessa tentativa de diálogo que estou defendendo.

Ubiratan Mattos

O Dr. Daniel e o Dr. Cleveland têm um comentário a fazer.

Daniel Goldberg

O comentário, muito pouco técnico ou político, na realidade só diz respeito a como é a vida de um membro do órgão de defesa da concorrência. Voltando a explicar, isso vai soar extremamente familiar aos ouvidos de todos que aqui estão. É o seguinte: quando se aprova uma política setorial que beneficia um setor ou ainda nas raras vezes nas quais se aumenta a proteção efetiva de um setor, ele fica desprotegido porque seus insumos ficam mais caros. Imediatamente, o setor se mobiliza para bater na sua porta mas raras vezes essa resposta é imediata.

Quando se aprova uma política setorial, a despeito de seus méritos, vantagens ou retornos, há alguém para o laurear naquele momento. Claramente, há um setor bem organizado, com seus representantes constituídos e que conversa com os representantes do povo legitimamente eleitos, que estão no Congresso. Aliás, muitos deles estão lá no BNDES todos os dias e aplaudem e falam que, finalmente, o governo entendeu ser este setor um centro de geração de tecnologia, progresso e eficiência dinâmica; um verdadeiro portador de tecnologia que pode contribuir de forma positiva para a balança de pagamentos. Enfim, eles aplaudem o governo.

Quando se acerta uma política, está beneficiando algo muito mais abstrato do que um setor receptáculo de uma política setorial favorável qualquer. Por isso é que, se por acaso não acertei na minha retórica “em verdade, vos digo”, peço que me desculpem por não ter conseguido veiculá-la. Passarei a fazê-lo porque preciso dessa retórica. Essa é a única coisa que tenho!

Por isso é que a tribo da concorrência tem esse mantra dos benefícios da política concorrencial: o meu cliente não está aqui na sala e não está no BNDES; ele é o sujeito invisível que não é o empregado da indústria que a sua política ajudou e que não está acompanhando o balanço de pagamentos. O meu cliente é o sujeito que muitas vezes não abriu o jornal e que não tem a menor idéia do que seja concorrência.

Portanto, o cliente passa por um processo de mediação pela sociedade, a qual precisa ser mobilizada e conscientizada de que ele é um cliente importante. Preciso também constituir um processo habermasiano de interlocução no espaço público dentro de um contexto de ação comunicativa, e o único jeito de constituir tal processo é usar a retórica. A retórica é a única arma que eu tenho e é a ela que recorrei sempre que necessário.

Ubiratan Mattos

Vamos encerrar este evento tradicionalmente fazendo alguns agradecimentos especiais. Nós tivemos um serviço de infra-estrutura, como vocês sabem, composto das “nossas meninas”: a Juliana Domingues, mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e a Fabíola Wüst Zibetti, pós-graduanda em Direito também pela Universidade Federal de Santa Catarina, que vieram graciosamente nos ajudar neste evento. Também agradecemos à Marcela, à Caroline e à Natasha; as tradutoras Lucelena e Magnólia; a equipe de áudio e iluminação; a nossa vice-secretária executiva, Dora, e o nosso secretário executivo, José Carlos.

Além disso, um agradecimento especial aos nossos ilustres convidados, componentes da mesa e evidentemente aos nossos associados. Nos veremos no próximo ano, possivelmente em Punta Del'Este.

Muito obrigado. Até o próximo ano.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	V. N.
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	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 Boeing/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
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
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	Contradiciones 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
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	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 Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
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
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
Ferraz, Tercio Sampaio	Discretionariedade 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	Denúncia 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	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
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
Jorge Fagundes	Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste	11-4
Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk	O uso de modelos de simulação em análises de fusões	11-4
José Carlos da Silva Nogueira	Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais	11-4
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
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 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	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 Diniz	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
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
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
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
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
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
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, 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
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 Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; 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 Carvalhoes	Crêterios para apresenta�o de transa�oes internacionais ao CADE	11-2
Rivi�re Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articula�o entre regula�o 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 concentra�o	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	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A prote�o do consumidor contra o monopólio	3-5
Schwarz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As delibera�oes sobre atos de concentra�o: o caso brasileiro	4-6
Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da	Transgênicos e direito da concorrência	12-2
Solon, Ary	Diferencia�o de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associa�oes setoriais e a carteliza�o no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da na�o mais favorecida	11-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Stephoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stephoe, 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 atua�o 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	Legisla�o 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 integra�o dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legisla�o da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globaliza�o e abertura econ�mica X regula�o de mercado	8-2
Wald, Arnoldo	A evolu�o do regime legal da Petrobrás e legisla�o 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 Álbarrus 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 N°16/94 -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 Kolinós 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 Umuarama 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 Williammas 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 Poçmmeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	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 Chimicale Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequiza 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	Carafba	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 Sieesp	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	Abroadif 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	Copias 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 Bilíngue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	
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

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br