

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 9 número 4 - 2002

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 9 número 4 - 2002

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
Catalogação

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

ISSN 1517-1957
339.19 / 343.53

CDU

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

**VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
7TH INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION LAW***

SUMÁRIO

PAINEL I - APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL - INSTITUTIONAL DEVELOPMENT	5
ABERTURA DOS TRABALHOS	5
UBIRATAN MATTOS.....	5
JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTI	6
CLÁUDIO CONSIDERA.....	10
PAULO DE TARSO	17
ROBERTO PFEIFFER	25
FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN	32
JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTI	56
PAINEL II - CARTÉIS - CARACTERIZAÇÃO E REQUISITOS PARA A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL - CARTELS, ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL PENALTIES	59
MAURO GRINBERG	59
GARY SPRATLING	61
MARTIN LOW.....	70
GERWIN VAN GERVEN	85
CLÁUDIO CONSIDERA.....	98
PAULO CORRÊA	101
JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI	103
LAÉRCIO FARINA	106
ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO	122
UBIRATAN MATTOS.....	122
PAINEL III - CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS / COMPETITION IN REGULATED MARKETS - RESTRIÇÕES VERTICAIS / VERTICAL RESTRICTIONS	125
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES.....	125
ROBERTO PFEIFFER	126

***Nota do Editor:** O presente número da *Revista do IBRAC* é resultado da transcrição das fitas do *VII Seminário Internacional* acrescido das projeções, gentilmente cedidas pelos palestrantes. Destacamos que os textos não foram editados pelos autores e que reproduzem fielmente as intervenções e debates havidos no encontro.

MÁRIO POSSAS.....	132
CLEVELAND PRATES TEIXEIRA.....	148
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES.....	159
ELIZABETH FARINA.....	161
MARCELO CALLIARI.....	170
TÚLIO DO EGITO COELHO.....	181
PAINEL IV - ABUSO DE PATENTE E CONCORRÊNCIA / PATENT ABUSE AND COMPETITION - ATOS DE CONCENTRAÇÃO / MERGERS.....	191
FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES.....	191
JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA.....	192
PIETRO ARIBONI.....	196
FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN.....	202
PAULO CORRÊA.....	206
ARTHUR BARRINUEVO.....	210
GESNER DE OLIVEIRA.....	213
ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS.....	253
UBIRATAN MATTOS.....	253
TRABALHOS APRESENTADOS.....	255
CANADA'S LENIENCY POLICY: ONE YEAR LATER.....	257
MARTIN LOW, Q.C.....	257
TRENDS IN THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF INTERNATIONAL CARTELS BY THE UNITED STATES.....	267
GARY R. SPRATLING.....	267
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	305

VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
7TH INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION LAW

PROGRAMA

Local/ Place: Hotel Mabu - Foz do Iguaçu - Paraná - Brasil

Data/Date: 23 e 24 de novembro

Sexta-feira, 23 de novembro/ Friday, November 23

PAINEL I

APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL - *INSTITUTIONAL DEVELOPMENT*

Ubiratan Mattos

Roberto Pfeiffer - *Conselheiro do CADE*

Paulo de Tarso - *Secretário de Direito Econômico*

Claudio Considera - *Secretário de Acompanhamento Econômico*

Juan Antonio Rivière Marti - *Direction Générale IV - Concurrence - CE*

PAINEL II

CARTÉIS - CARACTERIZAÇÃO E REQUISITOS PARA A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL - *CARTELS, ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL PENALTIES*

Mauro Grinberg

M. Martin Low - *McMillan Binch , Toronto - Canada*

Gary R. Spratling - *Gibson, Dunn & Crutcher LLP's, São Francisco - USA*

Gerwin Van Gerven - *Linklaters & Alliance - Bruxelas - Bélgica*

Debatedores /Commentators

Cláudio Considera - *Secretário de Acompanhamento*

Paulo Correa - *Secretário Adjunto de Acompanhamento Econômico*

José Inácio Gonzaga Franceschini - *Advogado*

Laércio Farina - *Advogado*

ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO DE MONOGRAFIA / AWARD OF IBRAC- ESSO PRIZE

- *Sirlene Santos Bretas Noronha*

Sábado, 24 de Novembro / Saturday, November 24

PAINEL III

CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS / COMPETITION IN REGULATED MARKETS

Carlos Francisco de Magalhães

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Pedro Dutra

Cleveland Prates Teixeira

RESTRICÇÕES VERTICAIS / VERTICAL RESTRICTIONS

Elizabeth Farina

Marcelo Calliari

Tulio do Egito Coelho

PAINEL IV

ABUSO DE PATENTE E CONCORRÊNCIA / PATENT ABUSE AND COMPETITION

Fernando Marques

João Bosco Lepoldino – advgado, ex-Conselheiro do CADE

Pietro Ariboni - Advogado

ATOS DE CONCENTRAÇÃO / MERGERS

Fernando de Magalhães Furlan - *Procurador Geral do CADE*

Paulo Correa - *Secretário Adjunto - SEAE*

Arthur Barrionuevo - *Economista, ex- conselheiro do CADE*

Gesner Oliveira - *Economista, ex-presidente do CADE*

PAINEL I - APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL - *INSTITUTIONAL DEVELOPMENT***ABERTURA DOS TRABALHOS*****UBIRATAN MATTOS***

Bom dia a todos. Com um pequeno atraso vamos dar início ao 7º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC. Inicialmente, registro as alterações feitas no programa que vocês receberam com o restante do material. Essas alterações foram necessárias em razão de vários fatores, até mesmo do 11 de setembro nos Estados Unidos. Foi um seminário muito difícil de organizar, vôos foram cancelados para Foz do Iguaçu e há dois argentinos presos do outro lado da fronteira porque a fronteira está fechada. Ainda assim, temos um público de 199 participantes o que levando em conta a distância e a dificuldade mostra o sucesso que é um evento do IBRAC.

Eu preciso registrar e agradecer a presença de ilustres convidados. Representantes da SDE, SEAE, CADE, ANATEL, ANVISA, ANS, sem falar dos ex-conselheiros e ex-autoridades da SDE e SEAE que, além de continuarem nossos amigos, hoje são associados do IBRAC, o que nos dá muito prazer.

Outro registro que faço, diz respeito a divulgação pública de dois projetos: o projeto que cria a Agência e o projeto que altera a lei 8884, divulgados ao público com autorização da Casa Civil, pela primeira vez, exatamente num evento do IBRAC, o que para nós é demonstração de enorme prestígio. Esta oportunidade nos envaidece muito e esperamos reciprocamente com a colaboração que pudermos dar à comissão e às autoridades aqui presentes no desenvolvimento deste projeto.

Antes de abrir oficialmente o evento, uns pequenos avisos de praxe. Primeiro, por favor mantenham os celulares desligados, a sala é *non smoking*. Também, hoje à noite o IBRAC está oferecendo a noite da caipirinha no bar do hotel e todos estão convidados. Com essas palavras, declaro aberto o 7º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência.

Passo a palavra ao Sr. Juan Antonio Rivière Marti, nosso velho conhecido e amigo que vai iniciar esta exposição nos contando das alterações que estão sendo feitas nesse momento na legislação de defesa da concorrência na União Européia. Em seguida, teremos o Dr. Cláudio Considera e o Dr. Paulo de Tarso nos apresentando os projetos. Muito obrigado.

JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTI

Bom dia a todos. Primeiro peço desculpas porque vou falar em espanhol e não em português. Depois, quero agradecer aos amigos do IBRAC o convite para este encontro, mesmo porque, graças a seu recebimento acolhedor tenho participado de vários Seminários que me permitem conhecer melhor a realidade do tema de defesa da concorrência no Brasil.

Muito rapidamente, vou falar a vocês sobre o que se faz na Comunidade Européia. Eu trabalho na Direção Geral de Concorrência, sou Conselheiro há vários anos e nos últimos três anos estamos em pleno processo de reforma legislativa. A tradição comunitária tem quase cinquenta anos, iniciou-se pelo Tratado de Paris e seguiu-se o Tratado de Roma, onde constam dois artigos importantes: o de controle de acordos, hoje o art. 81, antes art. 85; o outro art. 82, que trata do abuso de posição dominante e antes era o art. 86. Esses artigos se desenvolveram através de um regulamento de aplicação, o regulamento de 1762 que segue vigindo, embora esteja sujeito a reforma.

A importância da reforma consiste em mudar o monopólio da Comissão Européia na autorização de acordos, por um novo sistema no qual se distribua esta competência, também, às autoridades de concorrência dos Estados membros. Além disso, desde o ano de 89 princípios de 90, temos um regulamento de controle de concentrações que estabelece os critérios que definem quais operações a União Européia deve controlar, e quais operações cada uma das autoridades nacionais deve controlar. Falo a vocês sob uma dupla ótica: tanto da concorrência no âmbito do bloco, como também da necessidade das autoridades nacionais, permanecerem em contato com a comunidade. Talvez, seja essa a peculiaridade que faz com que certas análises não possam ser comparadas à realidade nacional brasileira.

Também é verdade que todas as autoridades de concorrência, constantemente, devam analisar sua evolução legislativa, ver os resultados e adaptar seus marcos legislativos, nós fazemos isso desde 62, com base em uma série de regulamentos. Entretanto, a nova reforma, que começou em fins de 99, princípios de 2000 e que seguramente se concluirá antes de 2003, pretende consolidar a relação de todas as leis que temos agora, tanto referentes às autoridades de concorrência nacionais como à Comissão, sobre o tema acordos e abuso de posição dominante.

Para isso, o que se concebe é um novo regulamento no qual se especifique melhor os conceitos de infração, que favoreça a aplicação direta do regulamento comunitário se as autoridades nacionais assim o desejarem. Para que não haja divergência, também se fizeram duas novas propostas de contro-

le dos acordos horizontais e verticais modificando o regulamento antigo sobre exceções. Este é um processo muito lento, dada a necessidade do consenso entre todos os Estados membro, alguns dos quais, ultimamente, haviam adaptados sua legislação ao sistema precedente. Caso, por exemplo, da Inglaterra ou da nova autoridade de concorrência nos Países Baixos que é relativamente recente. A cada ano publicamos o resultados de nossas atividades, eu não pude trazer um documento, mas combinei com José Carlos Busto que o mandarei por e-mail. Caso interesse a vocês todas as reformas estão no nosso site, *europa.eu.int*, no ícone sobre concorrência. De qualquer forma, se tiverem interesse, temos o documento em português.

O grande problema que se teve ao conceber uma reforma é peculiar a muitas autoridades de concorrência e a experiência que tivemos na Comunidade Européia, pode se resumir em como se conceber uma agência de concorrência moderna. Depois de todos esses anos, se pode dizer que o ponto essencial é saber como se constitui uma Agência, para isso é necessário que se faça um inventário de todos os problemas econômicos do país, de seu sistema administrativo e de procedimento judicial, não se podendo copiar os modelos de forma direta. Depois, é muito importante saber a que vai se referir o projeto de lei. Há leis que se referem só a acordos, outras a acordos, concentrações e abuso de posição dominante e outras que incluem a evolução ou liberalização dos setores de serviços. Talvez seja esse um detalhe que tenhamos que resolver no futuro, porque dentro da Comunidade Européia a relação entre reguladores setoriais e as autoridades de concorrência varia em função da norma nacional. Sem dúvida, há cada dia mais concordância para assegurar que a lei de concorrência sobretudo os princípios da concorrência sejam aplicados pelos reguladores, caso não se tenha competências específicas. Este é um tema que não abordamos na modernização e que está pendente. Qualquer modernização não é eficaz se os meios pessoais, humanos e financeiros não estão à altura da mudança, este é um problema que nós temos e que aflige a maioria das autoridades do mundo. Na União Européia deve haver cerca de 2500 conhecedores desta área que diz respeito à concorrência e é necessário que todos esses profissionais tenham um missão o mais coerente possível.

O segundo aspecto trata da formação dos recursos humanos e sua constante adaptação e formação. Uma autoridade tem que assegurar a capacitação de seus profissionais, de forma que estejam em condições de aplicar a lei. A chave de tudo é saber como se organiza a autoridade de concorrência. Em linhas gerais a autoridade de concorrência tem que ter relativa independência do poder político, na Comunidade Européia, por exemplo, cada um o organiza dentro de sua jurisdição.

Na União Européia, temos um grupo de comissários, um deles ligado à defesa da concorrência que, somente submete sua decisão ao acordo de todo o grupo, ao todo vinte comissários. Por isso a decisão real sobre os problemas de concorrência vem da autoridade que instrui o que nos sujeita a críticas, na medida em que diz que devemos ter, o que em inglês se chama *best practicies*, as melhores práticas lá fora. Como consequência, os profissionais que tratam do tema concorrência criticam, por vezes, a relação entre o exame dos casos e a decisão, ou instrução e decisão, o que nos levou a criar a figura do Conselheiro Auditor que garantiria, dentro do processo, o direito das empresas ou das partes no processo. Elemento importante, não só desde o início do processo, mas também no momento em que o serviço de concorrência detecta uma infração ou uma possível infração. O próximo passo é enviar à empresa ou às empresas, o que se chama de “empregos de cargos” ou objeções, que são reuniões presididas pelo Conselheiro Auditor a fim de garantir os direitos de defesa no processo. Depois, aqui tem-se uma peculiaridade a respeito do sistema brasileiro, há a possibilidade da decisão da Comissão, quando aprovada, ser atacada no Tribunal de Luxemburgo, o que significa que empresas tem a possibilidade de argumentar contra nossa decisão em instância superior, o que assim foi decidido em face da variedade dos sistemas da União Européia que não vou explicá-los todos. A mais tradicional, tem uma fase da instrução ligada aos ministérios da economia e um conselho ou tribunal independente do ministério da economia que decide os casos importantes, sistema que tem Portugal, Espanha, Bélgica e França. Outros países optaram por uma função um pouco mais autônoma como, por exemplo, a autoridade concorrencial da Itália onde a própria autoridade faz o serviço que instrui e os mesmos membros decidem, orientando-se pelo princípio de que quem decide não está em condições de optar sem o conhecimento de quem instrui, assegurada a neutralidade da relação. Na Alemanha, o Bundeskartell, é estruturado de forma mais independente, havendo ao final a possibilidade de veto pelo Ministro da Economia, deixando uma margem de manobra à própria autoridade.

Em função da atividade econômica do país, as estruturas das autoridades de concorrência diferem, mas há duas grandes linhas que são necessárias para a organização. Uma está baseada numa série de departamentos de caráter horizontal, como departamento jurídico, departamento de administração, de informática de pessoal e outros departamentos, que estão estruturados em função estritamente sectorial ou econômica, como o departamento de anti-truste na Comissão Européia. Uns dos conhecimentos bastante específico de diversos setores como, de serviço, base, telecomunicações e outros, que fazem frente ao conhecimento de que se necessita nas análises, o que facilita a instrução posterior. Assim, há várias estruturas. O Bundeskartell, por exemplo, tem dez divisões setoriais (para se ter idéia da importância que lhe dão). Por

outro lado, o Ministério da Economia na Espanha é mais espalhado, havendo uma divisão de concentrações e outra antitruste sem setores tão detalhados. Os franceses tem estruturas mais detalhadas, em nível setorial. Talvez, a estrutura mais desenvolvida na atualidade, porque é uma das últimas, seja a inglesa, o Office Fair Trading, onde a análise de concentrações e é muito bem separada da análise de casos. Enfim, cada um se organiza buscando sempre a eficácia.

Todas as autoridades, a nossa também, tem um interesse muito especial em estar em contato com os profissionais, advogados e economistas. E temos certo espaço para receber as críticas ao nosso trabalho. Por fim, uma autoridade tem que avaliar seus resultados e ver como pode melhorá-los, buscando a adaptação de sua legislação ou a adaptação de sua organização, pretendendo a difusão de sua política, para que seja bem compreendida, visto certo exagero que a imprensa às vezes faz em determinados casos, dizendo que muitas são excepcionais, mas no fundo, na maioria dos casos. Sempre se vê os casos problemáticos na imprensa, mas não se vê o trabalho diário por trás de todos eles. Principalmente, quando se trata de problema jurídico tão importante.

Por fim, gostaria de dizer duas palavras. A primeira, sobre a importância que tem a colaboração institucional entre autoridades de concorrência, tanto dentro do mercado comum, como no que se refere às autoridades de nível internacional. Nós temos, há dez anos, um acordo de cooperação com os Estados Unidos, agora temos com o Canadá e proximamente teremos com o Japão. Possuímos um mecanismo de cooperação dentro de acordo com o México e agora estamos negociando um acordo de cooperação dentro de um acordo geral, com Chile e com o Mercosul. O do Mercosul é muito importante, e esperamos que regras comuns que nos interessam sejam estabelecidas no Mercosul, para podermos completar nossa missão. Mesmo porque, sabemos que estes temas não são rápidos e de toda forma, implementando-se atividade dos Estados parte do Mercosul para completar e melhorar seu sistema. Os marcos jurídicos são inegáveis, não só pelo que vemos nos novos papéis que são distribuídos hoje, como também projetos de mudanças que há no Paraguai e na Argentina. Esperamos que estas melhoras nacionais cheguem a consolidar logo o sistema Mercosul que necessita da evolução para que não desfaleça assim, a política terá mais espaço na evolução do pensamento jurídico.

Dentro desta colaboração, tem-se enfatizado muito a necessidade de convergir, em princípios de política de concorrência, as análises econômicas e os métodos de fixação de multa entre as autoridade de concorrência, no conjunto mundial, não só entre União Européia e Estados Unidos. Ultimamente, se tem falado muito de uma reiteração da concorrência. O que se pretende é sentar os profissionais para definir o que seria um acordo, normas e princípios

gerais de política de concorrência internacional, de forma que falemos todos a mesma língua. Este é um tema que provavelmente interessará a muitos de vocês, porque se confronta com problemas de notificação tanto no Brasil, como também em vários lugares do mundo. Creio que parte do nosso futuro esforço deva considerar que se trata de uma disciplina internacional, e portanto, tentar aplicá-la da melhor forma. Já temos, talvez, um certo consenso entre os Estados membros. Depois, necessitaremos colocar em prática, o que requer grandes esforços de colaboração das autoridades de concorrência e dos tribunais, porque um dos pontos básicos da reforma é que o direito comunitário, como vocês sabem, se pode aplicar diretamente. O que pretendemos é que os tribunais nacionais se interessem pela aplicação da política de concorrência, a fim de que consolidemos esta disciplina.

Eu termino aqui. Agradeço muito sua atenção e estou à disposição durante estes dias caso queiram me perguntar algo com mais detalhe. Muito obrigado.

UBIRATAN MATTOS

Juan, muito obrigado. Passamos a palavra ao ilustre Secretário de acompanhamento econômico, Dr. Cláudio Considera. Nós vamos fazer essa rodada com SEAE e SDE e depois de um *coffee break*, ouviremos o pronunciamento do CADE, aqui representado pelo ilustre conselheiro Dr. Roberto Pfeiffer. Em seguida teremos os debates. Com a palavra o Dr. Cláudio Considera.

CLÁUDIO CONSIDERA

Obrigado ao IBRAC pelo convite de participar de mais esse seminário. Uma honra estar aqui para mais uma vez discutir o as alterações que fizemos nos trabalhos do novo projeto de lei e do novo projeto da Agência. Eu gostaria de pedir que coloquem a apresentação. Embora seja difícil, vou tentar separar o projeto de lei da alteração da lei 8884 que será apresentado pelo Dr. Paulo, da lei que trata da Agência em si. Por isso, vou me restringir a apresentar a Agência, embora os comentários à lei em si, eventualmente, tenham que ser feitos, entretanto serão explorados mais tarde pelo Dr. Paulo de Tarso.

Apenas um rápido histórico do que foi o trabalho de construir estes projetos. O grupo de trabalho foi instituído em agosto de 2000 e fizemos a apresentação dessa proposta em outubro de 2000. Deixando em consulta pública por tempo bastante grande, até 31 de janeiro de 2001. Posteriormente,

iniciou-se uma nova rodada de reuniões do grupo de trabalho para discussão das críticas, sugestões etc., de forma que pudéssemos aperfeiçoar o projeto. Eu gostaria de salientar que na segunda etapa da discussão foi muito importante a intensa participação do CADE, fato que não se deu na primeira fase ou não ocorreu da forma construtiva como foi na segunda, quando houve a participação do CADE numa interação bastante grande conosco, SDE e SEAE, favorecendo um projeto que representa a idéia dos três órgãos da concorrência, completamente diferente da primeira fase do trabalho em que, na verdade, foi uma participação destrutiva. O que acontecerá agora com o projeto nós mesmos não sabemos, a intenção é siga para o Congresso Nacional em regime de urgência urgentíssima. O projeto está pronto, na mão da Casa Civil, falta apenas completar o quadro de pessoal que está sendo providenciado pelo Ministério do Orçamento e Gestão, já deveria estar terminado, mas ainda não está. A partir disso, o governo tomará uma decisão a respeito do que fazer com o projeto.

Eu vou fazer um relatório, razoavelmente breve, do que foi a consulta pública. Nós tivemos 63 opiniões emitidas por e-mails, cartas, faxes, etc., que foram todas classificadas por origem e tipo de sugestão. Nossas equipes tiveram muito trabalho em organizar as sugestões que passamos, depois, a discutir. Vou salientar, apenas, quais foram as críticas mais frequentes no que diz respeito aos aspectos institucionais.

Primeiramente, a questão do excesso de poderes do Diretor-Geral e o pouco poder relativo do Tribunal. O excesso de poder do Diretor seria substancializado, principalmente, na dificuldade ou impossibilidade de revisão de suas competências de mérito e na ênfase na decisão monocrática em detrimento da decisão colegiada. A despeito de todo o tempo rebatermos isso entendemos que, de alguma maneira, restava essa interpretação do projeto às diversas pessoas que o criticaram.

O tratamento dos temas de defesa da concorrência e de proteção ao consumidor, na mesma Agência, com provável desvantagem para o consumidor. Também, a despeito do Presidente da República ter ordenado que se tivesse uma Agência de defesa do consumidor e da concorrência, ao final, houve uma decisão, no âmbito da Presidência da República mesmo, de se dividir a Agência em duas: uma de defesa da concorrência e uma de defesa do consumidor e este é o projeto que, de fato, iremos apresentar aos senhores. Outra crítica é a coincidência dos mandatos dos diretores com o do Presidente da República que também foi alterado. A não previsão da relação entre a ANC e as demais Agências reguladoras, permanece no projeto, não fizemos qualquer definição a respeito disso, e eu posso, eventualmente, discutir as razões.

Excesso de cargos e super dimensionamento da Agência. Trata-se de uma Agência relativamente pequena, enxuta, na opinião de vários membros do grupo. Menor do que suas necessidades, já que ela é pouco maior do que o sistema ,efetivamente, conta hoje para fazer os trabalhos que faz. Perda da marca CADE, isto...^(*)

... não foi mantido no projeto, nós alteramos. Possibilidade de análise pela Agência de atos de concentração que não se enquadravam nos critérios da unificação até um ano da data de consumação. Por cuidar o projeto da questão do sigilo das informações, isso foi retirado, idéia que foi reforçada pela crítica inicial de que estaríamos tornando público demais as averiguações preliminares. Como não era essa a intenção do projeto, reforçamos este aspecto para evitar um dano às imagens das empresas que estão sob averiguação preliminar. Os senhores têm visto no nosso trabalho usual, que em alguns casos, por força das questões públicas que são colocadas, dizemos que estamos fazendo averiguação preliminar. Em outros casos, ninguém sabe que a averiguação preliminar está sendo feita. Tem um ou dois casos que as pessoas sabem que a averiguação preliminar está sendo feita, mas nós temos de 10 a 15 casos em que não se sabe da averiguação preliminar, à exceção da própria empresa. Em alguns casos, nem mesmo a empresa sabe.

As principais alterações na proposta foram essa que eu já adiantei. A ANC tratará exclusivamente da defesa e da promoção da concorrência, isso era um ato do Presidente da República e só por ele poderia ser desfeito. Dado o volume de críticas, tanto por parte das profissionais da defesa do consumidor, quanto por parte de profissionais da defesa da concorrência que não desejavam estar junto, a Presidência da República alterou a questão propondo nós fizéssemos dois projetos de Agência, um para a defesa da concorrência, outro para a defesa do consumidor, implementando a redistribuição de competência entre o Diretor Geral da Agência e o CADE.

O CADE passa a instaurar processo administrativo à vista de denúncia formulada pelo Diretor Geral, antes, o Diretor Geral é quem instaurava o processo administrativo. Os Conselheiros do CADE passam a poder propor reexame de atos de concentração não impugnados pelo Diretor Geral em qualquer hipótese, o que antes ocorria apenas nos casos de terminação, casos mais simples conhecidos como *early termination*. Deixa de ser necessário o quorum qualificado, como na primeira idéia do projeto, agora qualquer quorum, qualquer número de diretores em maioria simples poderá aprovar a avoação pelo CADE de um caso que o Diretor Geral não tenha submetido ao CADE. O CADE, também, passa a decidir sobre o descumprimento do termo de compromisso de cessação e de infração à ordem econômica e de acordo

^(*) Problemas de gravação

relativo a Ato de Concentração, ou seja, ao CADE cabe decidir se o compromisso de cessação foi ou não cumprido conforme sua própria determinação.

O CADE passa a decidir sobre a adoção de medidas preventivas propostas pelo Diretor Geral, ou pelo Conselheiro Relator. Antes o Diretor Geral ou o Conselheiro Relator decidiam e o plenário apreciava em grau de recurso. A decisão inicial de adotar as medidas preventivas agora é do próprio CADE, o Diretor Geral passa, apenas, a referendar o arquivamento de averiguação preliminar, o que é feito pelo diretor responsável pela averiguação preliminar e não mais pelo Diretor Geral, que apenas referencia. Fica criado o recurso de representante e de terceiros quanto à decisão do CADE de arquivamento de averiguação preliminar. Antes o Diretor Geral decidia sobre o arquivamento de tal decisão e não cabia recurso a esta ou aquela decisão. Fica mantida a marca CADE que não mais se chamará Tribunal como inicialmente pensávamos, permanece Conselho Administrativo de Defesa da Economia. Ainda, eliminação da Ouvidoria que desnecessária. Reversão de 50% do produto da arrecadação das multas resultantes do exercício das atribuições da Agência para o FDD, atendendo à idéia de que os recursos não ficam apenas para a própria Agência. No que diz respeito aos aspectos substantivos, na parte que trata de infrações à ordem econômica, houve tentativa de preservar a redação original da lei, minimizando a introdução de conceitos novos, como já havia salientado. Há a eliminação dos conceitos de infração absoluta e relativa, embora a regra da razão não se aplique aos casos de cartéis. Na ocorrência de benefícios compensatórios, tanto no que se refere à conduta infrativa, quanto a atos de concentração, há necessidade de os mesmos sejam partilhados entre a empresa requerente e os consumidores.

Inclusão da garantia do sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos com investigação, mediante a preservação da intimidade, honra e imagem de investigados e testemunhas, sendo vedada sua exposição aos meios de comunicação que fica bem gravado no novo projeto para casos de averiguação preliminar. Controle de concentrações, aperfeiçoamento do critério para a unificação de atos de concentração, mediante a inclusão de trava adicional para a necessidade de notificação de operações. Torna-se necessário que pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado no ano anterior à operação um faturamento bruto, ou volume de negócios, no país, igual ou superior a 150 milhões, regra já prevista na proposta original, agora, entretanto com uma trava adicional. Também, torna-se necessário que pelo menos outro grupo envolvido tenha registrado faturamento ou volume de vendas igual ou superior a 30 milhões. Retira-se a possibilidade de análise pela Agência de atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de notificação até um ano da data da consumação, ou seja, casos que não tinham sido examinados não o

serão mais. Por fim, simplificação do rito de análise pela eliminação do papel do Ouvidor.

Apresento, agora o que é a Agência propriamente dita e como é criada doravante. O objetivo da Agência é promover a concorrência, prevenir a monopolização e a cartelização, controlando concentrações econômicas e condutas anticompetitivas que possam gerar prejuízos aos consumidores. A Agência será formada pelos órgãos que hoje compõem o SBDC: a SEAE, parte da SEAE, toda a SDE e todo o CADE. A Agência será constituída pelos seguintes órgãos básicos: uma diretoria, composta por um Diretor Geral e três diretores; o Conselho Administrativo da Defesa Econômica, composto por um Presidente e seis Conselheiros; a Procuradoria Geral e a Auditoria Interna.

Aqui está o organograma simplificado da Agência. Abaixo das diretorias há várias divisões, em alguns casos divisões por tipo de atividade econômica, em outros, divisões por tipificação de conduta infrativa. Os nomes não constam aí, mas uma das diretorias cuidará de atos de concentração, outra de cartéis e a terceira de outras condutas infrativas. Separa-se regra da razão e condutas infrativas de cartéis. Diretores e Conselheiros indicados e nomeados pelo Presidente da República, mandato de quatro anos para diretores não coincidente com o do Presidente da República, permitida uma recondução. Anteriormente havia coincidência dos mandatos com o do Presidente da República, hoje não há mais essa proposta. Mandatos não coincidentes de 5 anos para Conselheiros, vedada a recondução e a nomeação para o cargo com mandato da Agência com prazo inferior a dois anos, um Conselheiro só poderá ser um Diretor da Agência dois anos depois de deixar o mandato de Conselheiro na primeira gestão da Agência buscando implementar a transição para o sistema de mandato não coincidente. Os mandatos dos membros do CADE em vigor na data de instalação da Agência serão mantidos e exercidos pelo novo CADE até o seu término original. Em tal hipótese, após o término do seu mandato original, o Conselheiro que estiver exercendo o seu mandato no CADE poderá ser novamente nomeado para o Conselho. Admite-se a recondução na transição para a nova Agência porque, anteriormente, ele cumpria mandato de 2 anos com direito à recondução na primeira vez, após o cumprimento do mandato de 5 anos não será mais possível.

A gestão administrativa da Agência, será executada pela diretoria colegiada, com voto de qualidade pelo Diretor Geral e pelos demais Diretores. Sobre as competências da Diretoria Colegiada, vou passar o mais rapidamente possível. Editar resoluções sobre matérias de sua competência; editar normas e diretrizes; aprovar ou alterar o regimento interno da Agência, ressalvadas as competências do CADE; submeter ao Presidente da República, por intermédio dos Ministros de Estado, as propostas de uma divulgação do regulamento da Agência; aprovar a proposta orçamentária da Agência, a lotação ideal do qua-

dro de pessoal, ressalvadas as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nesse ponto, é importante salientar a preocupação que nós tivemos em ter o CADE como uma unidade gestora dentro da própria Agência. O Diretor Geral receberá a proposta orçamentária do CADE e colará a da parte da Agência que ele é responsável e enviará ao Ministro de Estado. Só o Ministro de Estado pode alterar os orçamentos, tanto da Agência quanto do próprio CADE. O Diretor Geral não tem qualquer atribuição no que diz respeito a isso, nem no que diz respeito a liberação de recursos para o CADE. O CADE é uma unidade gestora dentro da Agência completamente independente do ponto de vista orçamentário e de pessoal. Não há qualquer dependência do CADE em relação ao Diretor Geral. Ele é um órgão da Agência, mas é um órgão independente. Isso foi um processo longo de discussão e de convencimento da equipe do Ministério de Gestão, mas conseguimos um fórmula que dá plenas garantias no que diz respeito a isso.

Também, decidir sobre a instalação, gestão e extinção de unidades regionais, aprovar relatórios periódicos; referendar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas, nacionais ou internacionais; exercer poder disciplinar nos termos da legislação em vigor; autorizar prestação de assistência na produção de provas, a pedido de autoridades estrangeiras, e de defesa da concorrência na forma estabelecida em decreto.

Esse é um aspecto importante de cooperação técnica com autoridades de outras jurisdições. Procuramos fazer isso já em alguns casos, temos acordos formais já assinados com os Estados Unidos. Em outros casos, estamos buscando esses acordos, temos propostas feitas em curso na Alemanha, o Paulo poderá dar notícia disso, parece que deverá ser assinado proximamente. Com a França, Inglaterra e Portugal já tivemos uns primeiros contatos. Nossa idéia é fazer acordos bilaterais num primeiro momento de forma a termos um acordo com a própria União Européia. Esta foi uma orientação do Dr. Rivière quando visitamos a União Européia algum tempo atrás. Ou seja, estabelecer primeiro acordos bilaterais e depois buscar um acordo com a própria União Européia, já com cinco ou seis acordos bilaterais assinados. Por fim, decidir sobre o intercâmbio de informações e de assistência técnica com autoridades estrangeiras e decidir os demais atos de gestão nos termos do regulamento da agência.

Competências do CADE: zelar pela observância da lei; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades; instaurar processos administrativos à vista de denúncia formulado pelo Diretor Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; referendar os termos do compromisso de cessação de prática e de acordo relativo a atos de concentração celebrado pelo

Diretor Geral, bem como decidir sobre o seu não cumprimento. Apreciar os acordos de leniência celebrados pelo Diretor Geral nos termos da lei; adotar medidas preventivas requeridas pelo Diretor Geral, ou pelo Conselheiro-Relator; intimar, requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que de fizerem necessárias ao exercício de suas funções, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias; decidir as impugnações do Diretor Geral em matéria de controle de atos de concentração, podendo avocar para revisão nos casos na forma prevista em Lei, as operações não impugnadas. Conhecer e decidir recurso do representante de terceiros quanto à decisão do arquivamento de averiguações preliminares na forma estabelecida em decreto, determinar o Diretor Geral, podendo acompanhar o cumprimento de suas decisões. Elaborar e aprovar seu regimento interno; elaborar proposta de estrutura do quadro de pessoal do órgão; elaborar e apresentar proposta orçamentária à Diretoria Colegiada, que promoverá o seu encaminhamento ao Ministro de Estado e exercer o poder disciplinar nos termos da legislação em vigor. As decisões do Conselho serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de 5 membros. O CADE é a unidade gestora para fins administrativos e orçamentários. Competências do Diretor Geral: assinar contratos, acordos, convênios; decidir recursos contra as decisões dos demais diretores nos casos previstos no regimento interno; zelar pelo cumprimento da lei; determinar em face de indício de infração da ordem econômica, a instauração de averiguação preliminar; referendar o arquivamento de averiguação preliminar; impugnar atos de concentração de empresas perante o CADE; propor, perante o CADE, denúncia por infração da ordem econômica na forma estabelecida em decreto; defender e sustentar oralmente e por escrito suas razões nos procedimentos, processos administrativos em trâmite no CADE, na forma estabelecida em decreto. Este é um aspecto importante que temos ressaltado em diversas conversas com os senhores que, no momento do julgamento, há a voz da empresa requerente e a decisão do juiz. A nossa voz não é ouvida no CADE, apenas apreciam o relatório que enviamos o que no passado era tratado como uma mera opinião, hoje em dia, é visto com um pouco mais de respeito. A idéia é que o Diretor geral defenda o ponto de vista estabelecido em seus pareceres, nos pareceres da agência junto ao Conselho como se fosse, de fato, um promotor da concorrência; também, responder consultas sobre matérias de atribuição da agência; celebrar o compromisso de cessação de prática sobre a investigação *ad referendum* do CADE e fiscalizar seu cumprimento; requerer ao plenário do CADE medidas preventivas que conduzam a cessação de prática que constituam indício de infração da ordem econômica; celebrar acordo relativo ao controle de concentração de empresas *ad referendum* do CADE e fis-

calizar o seu cumprimento; celebrar acordos de leniência e determinar ao Procurador Geral a adoção de medidas judiciais.

São competências dos Diretores: emitir voto nas questões submetidas à diretoria colegiada; instaurar e promover a instrução dos feitos de sua competência; sugerir a propositura de ação civil pública para a defesa da concorrência nos termos da lei n.º 7347; propor normas e ações da agência relacionada a sua competência e exercer outras atribuições no termo do regimento interno.

Competência dos Conselheiros: emitir voto nos processos e questões submetidos ao plenário; proferir despachos e lavrar decisões nos processos de ato concentração em que forem relatores nos termos estabelecidos em decreto; requisitar, *ad referendum* do plenário, informações e documentos de quaisquer pessoas, órgão, autoridade, entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sobre sigilo legal quando for o caso; determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; propor ao plenário reexaminar os atos- concentrações de empresas não impugnados pelo Diretor Geral; exercer demais competências previstas em regulamento; submeter ao plenário do CADE as medidas preventivas que conduzam a cessação de prática que constitua indício de infração da ordem econômica.

A Procuradoria Geral será dirigida por um Procurador Geral de notável saber jurídico etc. São atribuições da Procuradoria Geral: representar judicialmente a agência; prestar consultoria e assessoria jurídico a autarquia; promover a execução judicial de decisões da autarquia e do julgado do CADE; promover acordos judiciais nos processos relativos a infração da ordem econômica mediante autorização do Diretor Geral, ouvido o plenário do CADE; emitir parecer quanto a legalidade e constitucionalidade nos processos de competência da ANC.

A Procuradoria Geral será composta por subprocuradorias gerais, com atribuições definidas pelo regulamento da agência. A Procuradoria Geral participará das reuniões do CADE, sem direito a voto. Ocorre a perda do mandato pelos impedimentos que são os habituais.

Agradeço aos senhores a atenção e passo a palavra ao Dr. Paulo de Tarso, que falará sobre as mudanças que eu mencionei quando abordei a questão da agência. Muito grato.

PAULO DE TARSO

Bom, bom dia a todos. Gostaria de agradecer ao IBRAC a oportunidade, e porque não dizer, a alegria de estar aqui entre companheiros, pessoas

que de alguma maneira tem dedicado a sua vida ao tema do Direito Econômico e a defesa, por essa via, do próprio consumidor.

Eu gostaria de fazer uma apresentação, o mais breve e objetiva possível. Na verdade, durante a reflexão que fizemos na secretaria sobre a necessidade de apresentar e explicitar os critérios que estavam orientando a formulação das alterações na lei, nos pareceu quase impossível fazer essa inflexão, sem uma contextualização adequada no contexto do projeto, de modo que fique suficientemente claro para os senhores, a mecânica que se estabeleceu e pela qual se busca superar aquela, que já foi chamada a Tríade dos três órgãos de defesa da concorrência ou o condomínio, como já me falaram, e que por tantas vezes seria responsável por sobreposição de funções, tricefalias e correlatos.

Evidentemente, os senhores sabem que o atual sistema brasileiro é integrado pela SDE pela SEAE e pelo CADE, sendo que a SDE e a SEAE possuem outras competências além da antitruste. No caso da SDE a competência de aplicação do Código de Defesa do Consumidor através de seu departamento de proteção e defesa do consumidor. Os fundamentos da reforma foram todos caracterizados, em primeiro lugar, pelo subdesenvolvimento institucional. Pela constatação de que não temos meios, que é um truísmo, uma vez que os senhores todos a realidade e as dificuldades que as secretarias tem em promover investigações.

O país muda o seu marco regulatório, a economia brasileira assume um forte conteúdo de mercado, não possuímos mais o SIP, a SUNAB e nem outros mecanismos de controle de preços no país, reforçando a necessidade de um organismo antitruste forte. A desregulação da economia tem um impacto extraordinário, porque quando o país abraça uma economia de mercado, supõe-se a introdução de eficiência econômica, produtividade e também uma ética de princípios no relacionamento de mercado.

Eu diria, portanto, que a ambição da agência, no sentido da defesa econômica, é a disciplina jurídica do poder do mercado. Não imaginamos que a agência possa ser um organismo de fomento industrial, nem um organismo de política a orientar as alocações. Ao contrário, esta agência, diferentemente das agências reguladoras, com as quais estamos acostumados a lidar, é fundamentalmente uma agência de defesa, se me perdoem a redundância, uma agência de aplicação jurisdicional do Direito. No sentido de que a disciplina jurídica do poder de mercado é garantida as eficiências que a economia persegue e que o modelo institucionalizado está a formular. Eu diria, por isso mesmo, que ela é muito mais um organismo institucional na linha do que os americanos chamam um *enforcement model*, do que propriamente um *regulatory model*. Nós não temos a ambição de regular a atividade econômica através do antitruste, no sentido léxico da expressão. Ao contrário, a ambição é defender

a economia da conduta anticompetitiva e, nesse sentido, aplicar o Direito naquelas relações que estão assim postas.

A preocupação com o abuso do poder econômico, evidentemente, não se restringe a essa mecânica da legalidade. É também um instrumento de desenvolvimento econômico e o Ministério da Fazenda tem sempre levantado essas questões. A preocupação com o abuso do poder econômico é muito grave na sociedade brasileira, que não tem uma tradição de cultura da concorrência. Ao contrário, a tradição brasileira é de controle de preços. Uma tradição, porque não dizer de sesmarias, que nos leva a imaginar que a concorrência é algo muito incômodo para ser levada a sério. Às vezes é preferível dividir os mercados, você cuida do seu mercado que eu cuido do meu e a gente não briga.

Por isso, me pergunto se o homem cordial do Sérgio Buarque de Holanda não é um pouco este homem avesso à concorrência, avesso ao bom conflito. Ora, numa sociedade, no entanto, extremamente estratificada como a brasileira, onde a necessidade do desenvolvimento econômico é fundamental. A necessidade da introdução de mecanismos que garantam a eficiência econômica, é ainda maior. Nós temos denúncias na Secretaria, algumas com muita dificuldade para investigar que não tenho dúvida de dizer que abarcam todo o leque da atividade econômica, desde a agricultura, passando pelo setor de serviços, pelo comércio, pela área dos bancos, pela indústria de química fina. Enfim, eu diria que estas denúncias precisam ser investigadas e que nós precisamos através delas, dotar a economia brasileira dos mecanismos necessários ao *take off* do desenvolvimento.

Ainda, nos aspectos gerais, eu diria que o abuso do poder econômico é uma violência insidiosa. É preciso muitas vezes alertar a sociedade brasileira de que essa violência se manifesta de uma forma sub-reptícia, porém muito intensa. Eu ousaria dizer que é tão criminoso o abuso do poder econômico como o furto e o roubo que apenas é notado adequadamente quando se percebe a maquiagem de produtos, quando se percebe alguma outra forma, aí já na seara das relações com o consumidor, como por exemplo o cartel. O Brasil recentemente assinou a declaração contra os cartéis intrinsecamente nocivos da OCDE, entendendo, portanto, que o combate aos cartéis é uma prioridade política no país, mas para isso nós precisamos dos meios.

A idéia da agência é exatamente prover esses meios da melhor forma possível. As reformas propostas resolvem o problema do subdesenvolvimento institucional, dotando a agência dos quadros de que precisa para garantir o papel do Estado como defensor da cidadania econômica, função reputada como essencial pelos países integrantes da OCDE. O papel de defesa da cidadania econômica me parece um papel extraordinário. A ambição de gestão do mercado, não no sentido mais ortodoxo da expressão, é a ambição de ter um

mercado a um só tempo justo e eficiente. É nessa díade, *fair and efficient market place*, no jargão utilizado que podemos perceber que o tema da concorrência é vinculado às relações de consumo, sobretudo à ética de princípios que deve presidir esse consumo, não bastando boas intenções, eu sempre costumo dizer que de boas intenções o inferno está cheio. É preciso que essa economia seja eficiente, também não basta que ela seja apenas eficiente, não basta uma concepção engenheira da economia que nos leve a dizer que o provimento das necessidades do consumidor resolve o problema da eficiência econômica e da sua defesa na sociedade. É preciso que essa eficiência e esse provimento sejam acompanhados, necessariamente, de uma disciplina jurídica que imponha os princípios da relação econômica na sociedade. As principais dificuldades encontradas no sistema foram a reduzida ênfase na repressão de condutas anticompetitivas e a inadequação dos critérios de notificação.

Sabem os senhores que nesses anos todos que o país teve tantas reformas antes de encontrar a estabilização do plano Real, nós tivemos durante esses quase 30 anos apenas um caso clássico de cartel clássico condenado pelo sistema. Entendemos que essa realidade não é culpa nem de A nem de B nem de C. Não estou querendo demonizar nenhuma instituição, mas apenas dizer o seguinte: que este fato é uma evidência da insuficiência do sistema para atender a realidade de uma economia complexa, de uma sociedade que tem traços de industrialização muito intensos e que, portanto, não pode se contentar com uma repressão cosmética às infrações a ordem econômica.

Outro pressuposto que orientou também a formulação das alterações da lei, é de que os critérios de notificação de atos de concentração estavam inadequados, congestionando o sistema. Os estudos empreendidos no âmbito do sistema, demonstram que mais de 50% dos casos apresentados não demandariam qualquer análise antitruste. Esse é um pressuposto importante, até porque, do ponto de vista estatístico, mais de 95% dos atos de concentração em geral são atos aprovados sem maiores restrições. O que nos leva a constatação de que o ato de concentração, basicamente, é um ato de gestão negocial da empresa e deve ser objeto da tutela do Estado sempre que ameace a ordem econômica. Não havendo necessidade, em função disso, de que todos os atos sejam objetos de uma análise num modelo judicante baseado no contraditório, mas apenas aqueles que, potencialmente, apresentem lesão à economia.

As principais dificuldades, portanto, são o controle de concentrações *a posteriori*, já que hoje no Brasil há um incentivo a postergação na apresentação das informações que gera o chamado, fato consumado. Embora mais eficientes, os condicionantes estruturais raramente foram utilizados pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência. Nós temos notado na imprensa discussões mais recentes sobre casos anteriores em que se verifica que a imposição de remédios comportamentais foi absolutamente inócua, gerando um

custo de fiscalização intenso. Na verdade, o remédio aplicado não foi capaz de impedir o abuso do poder econômico, a concentração exagerada.

Há outra contradição, uma dificuldade que criava problemas muito intensos para a instrução e averiguação dos processos. O fato de que o contraditório se dá, hoje, predominantemente frente a autoridade que tem o papel de acusar, é outro pilar da concepção institucional da agência, isto é, nós entendemos que haveria necessidade de separar adequadamente a investigação da adjudicação, evitando que a seletividade das investigações pudesse se orientar por critérios decorrentes de injunções políticas conspurcando, com isso, a decisão que a agência viesse a tomar. A idéia é que quem investiga, acusa, tem a liberdade, a gana, a disposição de efetivamente acusar. Esse é o modelo da jurisprudência milenar que tem sido hesitoso em situações de conflito.

Nos parece muito mais importante que o processo seja conduzido por uma autoridade isenta, no caso, o conselheiro relator, como mostrou o próprio CADE, como mostrou o Dr. Cláudio. E que ao Diretor geral da Agência caiba o papel de acusar e, portanto, de solicitar ao plenário do CADE a instauração de processos administrativos contra aquelas empresas que estejam praticando delitos da ordem econômica.

O fato do contraditório acontecer perante o Secretário de Direito Econômico hoje, traz dois problemas: o primeiro, um direito do jurisdicionado ser ouvido por quem vai julgá-lo. Problema muito comum, que as vezes chega no CADE e o conselheiro diz que a SDE ouviu o diretor financeiro e ele queria que ela tivesse ouvido o diretor comercial, ou que ela tivesse ouvido a testemunha A, B ou C, por isso, volta para instruir. Naturalmente, isso cria um custo de transação burocrática muito intenso que leva a entropia do sistema; o segundo, o direito do julgador, que deve querer a produção daqueles provas reputadas fundamentais para proferir a decisão no processo. Logo, no projeto, procuramos fazer com que essa discussão seja feita perante os julgadores.

Ainda, entre as principais dificuldades estão a eficiência administrativa, pela existência de três órgãos distintos, o que leva ao alongamento do prazo da análise dos processos; o fato de que o órgão colegiado analisa todos os casos de concentração que entram no sistema com uma ausência de seletividade, não dando a devida atenção aos casos mais complexos. Esse é um ponto que me parece importante colocar porque a idéia de que o órgão colegiado viesse a analisar todos os casos se revelou, estatisticamente (e não é uma estatística privilegiada do Brasil, mas mundial) desnecessária, visto que na verdade, muitos casos que sequer constituem atos de concentração são objetos de uma apreciação colegiada, com um rito especial, em regime de contraditório, que muitas vezes só faz onerar o serviço público e a atividade do Estado sem nenhum efeito concreto. O que acontece porque a idéia de um tribunal

não é para que ele homologue transação privada, mas quando há o conflito, quando alguém, no caso o Diretor da agência, entender que exista um problema de concentração econômica. Neste caso, eu desafio a operação de concentração perante um tribunal, para que ele diga se a operação é legítima ou ilegítima. Se não há o desafio, isto é, aquelas operações corriqueiras não representam nenhum entrave a atividade econômica, elas devem ter um *fast track*, porque de outra forma, estando o controle prévio institucionalizado, como é a idéia, vamos travar a economia e criar problemas ao invés de soluções.

As soluções apresentadas, portanto, no projeto são: o fortalecimento do combate a condutas de alto potencial ofensivo. Isto é, os cartéis serão considerados infrações independentemente de ponderações acerca de seus efeitos, decisão que tem a ver com a necessidade de uma percepção mais intensa dos cartéis. As demais práticas serão analisadas naturalmente sob a ótica da regra da razão, com a ponderação dos custos e benefícios envolvidos. Haverá também uma obrigatoriedade de apresentação prévia dos atos de concentração, o que exige um organismo burocrático apto, sem o que nós teremos o incentivo ao burocratismo, e não a decisão correta. A idéia é que o incentivo seja dirigido com celeridade na apresentação das informações, viabilizando as medidas estruturais mais efetivas que as meramente comportamentais o que, também, nos parece uma mudança de inflexão importante. Ou seja, os órgãos de defesa da concorrência não se preocupem com as medidas comportamentais, que no mundo inteiro se tem revelado insuficientes e ineficazes na repressão do abuso do poder econômico, mas que comecem a cogitar daquelas medidas estruturais que permitem uma concorrência mais sadia.

Ainda, nas soluções apresentadas, a idéia do compromisso de cessação. Ele poderá ser celebrado em averiguação preliminar e poderá ser proposto ao Diretor Geral em qualquer fase. Alguém pode questionar sobre a prematuridade do compromisso na fase de averiguação preliminar, quando ainda não se tem a imputação da prática. A reflexão que esteve por trás disso é que a averiguação faz as vezes do inquérito. Nada impede que a empresa, sentindo-se investigada, procure a autoridade responsável pelo inquérito e diga que quer fazer um compromisso de cessação, até porque o compromisso supõe o não reconhecimento da ilicitude, embora não haja a acusação, há a investigação e a empresa pode, a bem de não ter problemas, nessa instância já propor um compromisso de cessação, que não importe, como é da natureza do instituto, em reconhecimento da ilegalidade da conduta. Nós entendemos fundamental que o compromisso de cessação pudesse ocorrer também em sede de processo administrativo. A idéia foi a propositura pelo Diretor Geral, até 15 dias após a apresentação da defesa pela empresa, porque há uma idéia generalizada no grupo de trabalho que não faz sentido que o Estado promova investigações ao longo de vários anos com custos e todo tipo de diligências e que ao final

desse período, quando o representado perceber que não terá outra alternativa a não ser, muito provavelmente, a condenação, ele procure a autoridade para propor um compromisso de cessação e obtenha, com isso, um salvo conduto. O compromisso de cessação poderá ser proposto, sim, imediatamente após a defesa. Se após a defesa a empresa perceber que é preferível celebrar o compromisso de cessação, ela o propõe. A autoridade também terá um prazo de 60 dias para celebrar o compromisso, a partir da data da proposição. Com isso, resolvendo a pendência imediatamente, não deixando que o compromisso de cessação venha a se protrair no tempo de maneira indeterminada.

Ainda também, entre as soluções apresentadas, o aperfeiçoamento dos critérios de notificação dos atos de concentração já foram mencionados pelo Dr. Cláudio. Nova sistemática de análises de concentração. É importante colocar para os senhores a idéia foi tentar estruturar o processo de análise de forma que ele seja, a um só tempo, célere e justo. Existem aqueles casos que a gente chama de *early termination*, rito sumário. Casos simples que uma vez apresentados ter-se-á 30 dias para não se opor a operação ou solicitar informações complementares. Se nesses 30 dias, o Diretor Geral não se opuser a operação ela é entendida como autorizada. Se ele solicita informações complementares, indicativo de que já há dúvidas com relação a viabilidade da operação, proíbe-se a consumação da operação por 30 dias, até o envio das novas informações. Quer dizer, são solicitadas informações, a empresa as envia, voltando a correr o prazo de 30 dias para que autoridade decida sobre essas novas informações. Se a operação for impugnada, desafiada perante o CADE, ela será decidida pelo próprio CADE. Se ela não for impugnada pelo Diretor geral, de novo a autorização negativa, ela se entende aprovada.

Para evitar questionamentos acerca da transferência do juízo colegiado para o juízo monocrático, levantando suspeita de captura, prevaricação ou até improbidade administrativa, colocamos um mecanismo de freio e contrapeso pelo qual o CADE poderá, a partir da decisão do Diretor geral, não se opondo àquela operação, deliberar sobre a necessidade do reexame do ato. Retirando do tribunal, com isso, boa parte dos atos que, por natureza, não demandam, uma análise judicante em razão de sua própria condição. Por outro lado, orientando a atividade do tribunal para à repressão e prevenção do abuso do poder econômico nos atos de concentração que efetivamente representem possibilidade de lesão a sociedade.

Teremos o seguinte fluxo de tramitação que eu coloco para os senhores: 1, 2 e 3 são os três estágios. O primeiro, a notificação prévia do ato de concentração, com isso resolve-se boa parte da discussão em torno do prazo e da tempestividade, devendo o ato ser notificado previamente à celebração do negócio jurídico. Em até 10 dias, haverá publicação do edital com os termos

do ato para a manifestação dos interessados. Não havendo impugnação pelo Diretor Geral e não se enquadrando, a operação, no parágrafo 5º e em até 15 dias, aprova-se o ato cabendo ao plenário do CADE decidir pela necessidade do reexame do ato a partir de requerimento de qualquer conselheiro.

De modo diverso, se houver necessidade da requisição de informações adicionais em até 30 dias contados a partir da notificação, nós passamos para o segundo estágio. Isto é, havendo a requisição de informações adicionais, em até 90 dias, os requerentes apresentam as informações adicionais solicitadas. Presume-se, obviamente, a desistência da operação quando não se enquadrar no parágrafo 5º ou atender as condições do parágrafo 6º. Em até 15 dias, mais uma vez, o plenário do CADE pode decidir pela necessidade de reexame do ato a partir do requerimento de qualquer conselheiro. E aí, nós passamos para a terceira fase do processo, onde a operação é impugnada perante o CADE. O Conselheiro Relator intima o requerente para apresentar a manifestação, que o fará em até 10, podendo, o Conselheiro requisita provas complementares, em até 5 dias a manifestação do requerente e da autoridade acerca das provas produzidas, caso entenda necessário, mantendo-se o contraditório perante o CADE que proibirá a operação, total ou parcialmente, ou a aprovará, evidentemente que também total ou parcialmente, em até 45 dias contados a partir da primeira manifestação das partes. Em linhas gerais, esta é a proposta do fluxo de decisão burocrática da agência.

Ainda entre as soluções apresentadas, nos parece relevante destacar a necessidade de independência da direção, autonomia administrativa e financeira e independência técnica e decisória do plenário do CADE. Tenho dito sempre que essa é uma questão muito sensível, eu diria até, nevrálgica do sistema. Se não houver condições de garantir a independência técnica, administrativa, financeira do órgão julgante e, *mutatis mutandi*, da própria diretoria da agência, não teremos como viabilizar o modelo proposto. Portanto, a idéia é que o plenário do CADE seja autônomo e independente em termos técnicos e decisórios.

O Dr. Cláudio apresentou as diretorias, eu apenas permito-me nominá-las. A idéia é que haja uma diretoria específica de repressão a cartéis e uma diretoria de repressão às outras infrações a ordem econômica. A ponderação organizacional fala por si com relação a inflexão no combate ao abuso do poder econômico, quer dizer, as infrações à ordem econômica, dentre as quais os cartéis são seguramente a espécie mais nociva, possuem duas diretorias. Uma diretoria de repressão às infrações a ordem econômica que trabalhará, sobretudo, sob orientação dos critérios de regra da razão e a diretoria de repressão aos cartéis, destinada especificamente a seu combate. Por fim, há a diretoria de controle de atos de concentração. Os órgãos básicos da agência já foram colocados pelo Dr. Cláudio e a composição da diretoria foi explicitada.

O CADE passa a ser o órgão decisório, com estrutura colegiada composto por 6 conselheiros e 1 presidente indicados pelo presidente da república e aprovados pelo Senado, com direito a mandato de 5 anos para o conselheiro e presidente, sem direito à recondução. O Diretor Geral é indicado pelo presidente da república, tem mandato de 4 anos, é aprovado pelo Senado federal, lhe é permitida uma recondução, é o representante legal da agência, que deve zelar pelo cumprimento da legislação. O Procurador geral da agência é responsável pela representação judicial da agência e pela emissão de pareceres quanto a legalidade e constitucionalidade nos processos de competência da agência.

Essas, em linhas gerais, eram as colocações que eu queria fazer, dizendo aos senhores que, evidentemente a intenção do grupo foi tentar definir, da melhor maneira possível o melhor modelo organizacional, foram pesquisadas várias jurisdições no mundo inteiro. Evidentemente o projeto tem imperfeições e nós estaremos sempre abertos a corrigi-las. Mas nós quisemos trazer aqui para o plenário do IBRAC, que é um foro de especialistas, a primeira apresentação do projeto, de modo a poder colher dos senhores as sugestões mais adequadas, mais pertinentes. Muito obrigado, eu agradeço a todos.

UBIRATAN MATTOS

Dr. Paulo, muito obrigado. Nós vamos fazer um intervalo. Eu peço, na verdade eu imploro, para que sejamos bem pontuais. Será de 15 minutos, retornando em seguida para darmos início aos debates.

Senhoras e senhores, retomando os trabalhos, eu passo a palavra ao ilustre conselheiro do CADE, Dr. Roberto Pfeiffer, aqui representando o presidente do CADE, para que faça seus comentários sobre os projetos apresentados.

ROBERTO PFEIFFER

Inicialmente, bom dia a todos. Eu gostaria, tanto em meu nome como em nome do CADE, agradecer a oportunidade de fala. Primeiro, parabênizo o IBRAC por mais esse evento que, sem dúvida nenhuma, é o mais importante no calendário brasileiro.

É uma grande honra participar deste evento. Agradeço, principalmente, o fato de participar de um painel específico. Estou aqui, um pouco por acidente, dada a impossibilidade do Dr. João Grandino Rodas, presidente do CADE e membro da comissão que elabora o projeto, de comparecer.

Início as minhas ponderações destacando, como todos sabem, que não faço parte especificamente da comissão, muito embora, principalmente após a minha entrada no CADE (um pouco antes também como consultor jurídico do Ministério da Justiça), eu tenha participado de algumas reuniões do grupo de trabalho. Porém, quero de público manifestar a minha especial admiração por todos os membros dessa comissão, que revelaram uma grande capacidade técnica e um enorme espírito público durante toda a tramitação desses trabalhos. De público reconheço a seriedade e profundidade com que foi analisado todo o material advindo da consulta pública. Também rendo minhas homenagens a todos aqueles que fizeram e se dispuseram a atender essa audiência pública fornecendo materiais, muitos deles, estudos bastante aprofundados, inclusive de vários membros do próprio IBRAC. Os senhores puderam observar pela exposição dos dois Secretários, como muitas dessas observações acabaram restando acatadas.

Agora, e isso é uma das virtudes da democracia, é evidente que o próprio CADE tem algumas observações a fazer quanto aos pontos. Há diversos pontos que nós entendemos absolutamente pertinentes, entretanto há outros, que eu vou suscitar aqui, que talvez mereçam uma reflexão mais detalhada e um eventual aperfeiçoamento. Quero novamente destacar que não falarei em nome próprio, houve uma reunião específica de todos os membros do atual plenário do CADE a respeito desta matéria que resultou na elaboração de uma manifestação por escrito dirigida aos demais membros desta comissão e são exatamente esses pontos que eu vou abordar. Por isso, não faço uma crítica pessoal, mas advinda do próprio plenário. Saliento, também, que todas essas observações são feitas num espírito absolutamente construtivo. Não há qualquer forma de se chegar a um projeto o mais elaborado o possível que não a da construção. Logo, todas as observações que eu farei devem ser tomadas dentro do espírito da mais ampla colaboração e dentro do espírito mais amplamente positivo. Tanto isso é verdade, que eu vou iniciar destacando alguns aspectos que nós entendemos absolutamente positivos e inspiram todas essas modificações efetivadas.

Eu iniciaria destacando a questão da resolução dos problemas graves que afligem o sistema brasileiro de defesa da concorrência, no que pertine aos aspectos financeiros, orçamentários e principalmente de recursos humanos. Acredito que isso seja absoluta unanimidade entre todos os integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência e também entre todos os profissionais da iniciativa privada que trabalham com o sistema, a constatação de uma absoluta carência de uma carreira específica, carência de pessoal, de carência efetivos recursos financeiros e orçamentários para fazer frente às pesadas e complicadas atribuições que nos são destacadas. Neste ponto, o projeto tem todos os méritos porque visa a criação de uma carreira específica, o que é

sempre difícil num país que tem problemas como restrições orçamentárias. Se não absolutamente ideal, ele esboça soluções quanto a esses dois aspectos de recursos humanos e financeiros bem melhores que os atuais. Outro problema que foi bem tratado pelo Dr. Paulo, é a questão dos fluxos entre os diferentes órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência, hoje longe de serem ideais, leva em muitas hipóteses à triplificação da mesma atividade, gerando desperdício de recursos que a serem aplicados mais racional pela lógica do projeto. Outro aspecto positivo é e que definindo-se melhor os fluxos e principalmente dotando-se de uma estrutura adequada, é da maior importância partir para esse passo, a realização, *a priori*, da análise dos atos de concentração.

Sem dúvida nenhuma, a observância da experiência mundial revela que essa é a melhor forma de se abordar atos de concentração. Eu sempre ressalto quando falo desse tema, a necessidade de se combinar celeridade à profundidade nas análises, a mesma profundidade com que hoje são feitas, porque caso contrário o órgão será um atrasamento ao desenvolvimento econômico. A melhor forma de se fazer o controle de atos de concentração é através de uma estrutura que combine *expertise* técnica profundamente apurada com a necessária celeridade, conforme se revela nos modelos mundiais, que permite, inclusive, maior facilidade na imposição de remédios estruturais, melhores remédios para prevenir eventuais abusos do poder econômico, segundo demonstra a mesma experiência. É óbvio que a análise *a posteriori* muitas vezes estimula a concretização de fatos consumados, incentivando a aplicação de remédios comportamentais em detrimento aos estruturais.

A definição mais detalhada e aperfeiçoada do que seja um ato de concentração é outro grande mérito do ante projeto. Óbvio que ao se discutir detalhes do que está escrito não há dúvida de que ele entra em maiores detalhes do que a atual lei e justamente essa falta de detalhamento da atual lei, tem gerado inúmeros problemas de interpretação que todos os senhores que trabalham com o sistema brasileiro de defesa da concorrência conhecem. Ainda, a questão do controle *a priori* eliminará, ou pelo menos reduzirá significativamente, os problemas com tempestividade, um problema absolutamente lateral na função de defesa da concorrência. Sem dúvida nenhuma, está longe de ser uma função importante do sistema brasileiro de defesa da concorrência, definir se um ato é tempestivo ou não, mas que infelizmente, em virtude do controle *a posteriori*, e dessas outras má definições da lei quanto ao conteúdo do ato de concentração em si, acaba gerando inúmeros problemas interpretativos, que consomem muito tempo, criando situações que poderiam ser evitadas, não falo só em meu nome, mas de todo o plenário. Não há nenhuma comodidade, não há nenhum prazer em ver a realidade que se dá em relação a intempestividade.

Também, há outros fatores bastante importantes na lei, como o cuidado que se teve na possibilidade de buscar o judiciário. Se por um lado, é lógico que é o foco da lei, a questão do poder público reprimindo ou prevenindo abusos ao poder econômico; por outro lado, se tem a possibilidade daqueles que tiverem danos individuais acarretados por abusos de poder econômico praticados por alguma empresa, buscarem o judiciário para reclamar uma concreta indenização. Já havia isso na lei 8884, mas a nova lei prevê, entre outras coisas, a possibilidade de indenização correspondente ao triplo do dano. Aí está mais um fator de desestímulo aos abusos do poder econômico. Assim como, por exemplo, a previsão e o disciplinamento da má-fé na representação por condutas infrativas à ordem econômica importante na medida em que também favorece a ida do judiciário para o reclame de justa indenização.

Feitas essas considerações, passo a destacar alguns pontos que segundo a perspectiva do plenário do CADE merecem maiores reflexões. Como o primeiro desses aspectos, eu ponderaria a questão da independência administrativa do CADE. Acho que o Dr. Paulo, já com bastante felicidade, salientou que este é o aspecto modal de toda e qualquer introdução que se queira fazer ao sistema. Não há como se pensar em defesa da concorrência sem um órgão absolutamente independente, tanto no aspecto decisório, quanto no aspecto financeiro e orçamentário. Há algo dentro da lei e sabemos que o Ministério do Planejamento está trabalhando para ampliar essa possibilidade de independência, mas entendemos que mereça certa ênfase a criação de mais mecanismos, dentro da própria lei, que destaquem e amplamente assegurem a absoluta independência do órgão colegiado que é irrenunciável, inalienável e absolutamente imprescindível para todo o sistema. Não há a mais leve possibilidade de ameaça a essa autonomia pela figura do Diretor Geral.

Passo para um segundo ponto, que é a questão do Procurador geral. O Procurador geral do CADE foi transformado pelo ante projeto, aliás uma decorrência lógica, em Procurador Geral da Agência. Porém, foi-lhe suprimido o mandato fixo e está estabelecida a sua vinculação funcional ao Diretor Geral, sendo por ele inclusive demissível *ad nutum*. Como o Procurador Geral proferirá pareceres em todos os processos administrativos a cargo da Agência, obviamente incluídos aqueles que serão julgados pelo CADE, sejam processos administrativos ou atos de concentração que cheguem ao CADE, via impugnação ou via advocatória, nos parece inadequada tal forma. Um Procurador Geral que irá funcionar como *custus legis* da legalidade de atos, estar vinculado ao Diretor Geral e dele dependente administrativamente. Numa situação, por exemplo, de absoluto conflito se o Diretor geral tem voz e também o tem o Procurador Geral, segundo esse projeto, é óbvio que a voz do Procurador Geral, normalmente, será a mesma do Diretor Geral, já que dele é dependente

administrativamente. Esse é um ponto que entendemos estar relacionado com a independência que mencionei.

Outro ponto que mereceria reflexão diz respeito à questão das consultas. Hoje resposta a consulta sobre atos, acerca de todas as matérias pertinentes a atuação de concorrência é uma atribuição do CADE. Pelo ante projeto, esta atribuição passaria a ser do Diretor Geral. No entanto, quando o Diretor geral responder consultas sobre matérias de atribuições de agência, como faz o CADE hoje, ele estará realizando uma interpretação autêntica da lei, criando vínculos para a administração e para o próprio CADE que posteriormente irá julgar infrações contra a ordem econômica e também atos de concentração, que sejam impugnados ou sejam avocados. Logo, dependendo do conteúdo de respostas a determinadas consultas vincula-se o órgão judicante propiciando uma infringência à própria autonomia administrativa do órgão.

Outro aspecto pontual, foi que propostas de modificação do regulamento da agência que seriam efetivadas pela diretoria colegiada. Sempre que o anteprojeto apontar o vocábulo regulamento, está se referindo ao decreto presidencial não desconheço o fato de que é mera proposta a ser feita ao Presidente da República que antes ouvirá a consultoria jurídica do Ministério ao qual estiver vinculada a Agência e a Casa Civil, havendo outros agentes intervindo no processo. Porém, não podemos desconhecer que esse decreto, pelo conteúdo da lei, necessariamente disporá sobre aspectos relativos a atividade do CADE. Consequentemente, faz bastante sentido que, ainda que a elaboração dessa mera proposta seja submetida ao Presidente da República seja necessária a participação do órgão colegiado no processo de regulamentação de matérias que acabarão afetando sua própria atuação.

Gostaria também de salientar outros aspectos. Um deles diz respeito à supressão de diversos exemplos de condutas que configurem infração contra a ordem econômica. Na construção de nova redação, os artigos 20 e 21 hoje, no anteprojeto são deslocado para o inciso 4º do artigo 20, havendo um enxugamento dos vários exemplos que lá consta em relação ao que anteriormente estava no 21. Parece adequada a técnica utilizada, porque se procurou uma melhor sistematização e redação. Logo, o que se pretendeu foi conferir maior ênfase aos exemplos clássicos que configuram infração a ordem econômica, pela análise da jurisprudência do CADE e de outras leis e em atenção aos exemplos mundiais. Porém, é necessário deixar clara na exposição de motivos que se fizer, que essa supressão não se deu segundo entendimento de que os exemplos que foram retirados deixaram ou nunca constituíram infração à ordem econômica, mas sim em razão exclusiva da melhor sistematização da matéria. Caso contrário, poderemos ter problemas posteriormente com alega-

ções dizendo que a retirada daquele exemplo constitui a intenção do legislador de que aquilo deixe de configurar infração à ordem econômica.

Um outro aspecto bastante salientado pelo Dr. Paulo, é a atividade probatória nos processos administrativos, que é dada com maior ênfase ao CADE. Nós ponderamos que também essa transferência encerra inúmeros aspectos positivos. Como a participação do conselheiro e a maior participação do julgador na confecção de provas que a se colher. Muitas vezes se percebe que algumas provas que para o julgador não eram importantes e outras provas que seriam importantes para a manifestação de sua decisão acabaram não sendo produzidas ao longo dos vários anos de investigação. Por isso, faz sentido a coordenação do conselheiro relator da atividade probatória. Porém, talvez seja necessário pensar em uma fórmula mais detalhada para não sufocar o órgão ao ganhar nova atribuição. Nós necessariamente entendemos necessária a busca de uma fórmula que esclareça a participação das diretorias, a fim de que tenha maior estrutura para na atividade de colheita das provas, porque do contrário o órgão julgador será sufocado em tal atividade, inviabilizando, muitas vezes, sua própria atividade.

Um outro aspecto que merece reflexão, é a distinção no tratamento dos prazos de mandato dos diretores e dos conselheiros. Ressalto esta questão, para que não pareça uma atitude corporativa do CADE ou mesmo uma indesculpável advocacia em proveito próprio. Eu concordo, absolutamente, com as restrições impostas aos conselheiros do CADE. A impossibilidade de recondução e uma quarentena para uma eventual volta ao exercício de qualquer outro cargo é uma vitória, não vejo com bons olhos a figura da recondução que traz inúmeros problemas. Acho absolutamente pertinente a forma como foi retratada toda e qualquer vedação de qualquer natureza a figura do conselheiro. Ninguém do CADE é contra a impossibilidade de recondução e a quarentena estipulada, apenas causa um pouco de estranheza a assimetria no tratamento. É óbvio que o grupo de trabalho tem bons argumentos para se defender, mas não se pode deixar de destacar esse aspecto, sem prejuízo dos bons argumentos que o grupo tem como justificativa.

Suscito outra polêmica. A questão dos acordos em atos de concentração e o compromisso de ajuste de conduta. Hoje temos a figura do acordo em controle de ato de concentração, que não se confunde com o atual compromisso de desempenho. O compromisso de desempenho é entendido como uma decorrência de decisão do CADE, através da qual se disciplinam mecanismos para a implementação de uma decisão que permanece com outro nome, e ainda que retirado o vocábulo desempenho o compromisso mantém a mesma idéia, mantida, também, a atribuição de CADE. É a forma encontrada de implementar decisão que pode ser condicionar à aprovação a elaboração desse compromisso, criando-se, primeiro, a possibilidade do acordo prévio em

controle de concentração e mantendo a figura, já clássica, do compromisso de cessação de conduta. Essas duas atribuições restam exclusivas ao Diretor Geral.

Isso foi objeto de inúmeros debates no âmbito do grupo de trabalho. Eu não quero ressuscitar estes debates, apenas ponderar para que se pense em até estender a ele, entretanto há razões ponderáveis para que não o seja. Porém me parece que essa atividade, de mero referendo, ou seja, aprovar ou desaprovar, talvez não seja a melhor solução, visto que poderão haver perdas de economias de escala. Ou seja, situações em que o CADE, muito embora não concorde integralmente com um eventual acordo em controle de concentração, pode até entender, por exemplo, necessária a imposição de maiores restrições ao que consta no acordo, eventualmente, elaborado. Suponha o exemplo de uma grande fusão de empresas, a alienação de ativos ou uma alienação de uma marca ou duas marcas, o CADE pode entender que aquilo não é suficiente e o Diretor Geral e a empresa elaboram um acordo em controle de concentração dizendo que empresas tenha esta fusão aprovada fusão deveriam alienar duas de suas marcas. O CADE, por outro lado, entende que mesmo com a venda de duas marcas ainda haverá um período de posição dominante, sendo melhor a alienação de três ou quatro marcas e diante deste fato ele aprovaria a operação. Assim, talvez fosse melhor que o Conselho apontasse as mudanças ao invés de, simplesmente, negar referendo ao acordo em controle de concentração o que desperdiçaria enorme tempo e custo. Esta é outra reflexão do CADE.

Encerrando minha intervenção, eu destacaria o problema da entrada em vigor dos dispositivos modificadores da lei 8884, visto que o ante projeto estabelece que a modificação introduzida nos artigos 54 e 58, que tratam basicamente de atos de concentração e da nova figura do acordo em ato de concentração, entrariam em vigor apenas após a instalação da agência. Por seu turno a instalação da agência é prevista no ante projeto para até 4 meses após a elaboração do regimento interno da diretoria colegiada. Seguindo esta lógica, ao entrar em vigor apenas as modificações do 54 a 58 com a instalação da agência, haveria um descompasso na aplicação da lei, até porque são feitas modificações em outros dispositivos de suma importância, como os dispositivos referentes às infrações contra a ordem econômica. Então, não nos parece adequada esta fórmula de só uma parte da lei entrar em vigor imediatamente.

Eu encerro aqui minha suscitação à reflexão novamente ressaltando que o faço no espírito da mais absoluta contribuição, sem prejuízo de outras sugestões que possam surgir através do debate. Em meu nome e em nome do CADE, agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.

UBIRATAN MATTOS

Muito obrigado, Dr. Pfeiffer. Passemos aos debates, apenas solicitando que as pessoas que queiram formular perguntas se identifiquem em razão de que este evento está sendo inteiramente gravado. Seria interessante que as pessoas se identificassem, fizessem perguntas curtas e pontuais e evitassem o discurso. Abro os debates dando a oportunidade ao Dr. Furlan, ilustre Procurador Geral do CADE para, querendo fazer a colocação da Procuradoria Geral a respeito dos projetos além das perguntas que deseje fazer à mesa.

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Bom dia. Gostaria de agradecer a deferência do ilustre Presidente do IBRAC. Não farei pergunta, apenas algumas considerações a respeito do projeto. Eu gostaria de tomar de empréstimo de uma manifestação muito pertinente do Dr. Paulo de Tarso que afirmou que a consolidação do papel do Estado como defensor da cidadania econômica se torna muito importante no Brasil.

É exatamente neste ponto que considero a atividade de defesa da concorrência uma atividade típica de Estado em contraposição a uma atividade de governo. Precisamos fazer a diferenciação entre a aplicação da lei ou *law enforcement* e a implementação de políticas públicas ou *policy making*. Neste ponto eu acho que a criação da nova autarquia vem em boa hora porque até então, com exceção dos conselheiros presidentes do CADE, os outros titulares dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não detinham mandato o que os deixava mais sujeitos à injunções políticas visto que eram titulares de órgãos do governo, diferente do CADE que é um órgão de Estado. Portanto, eu acho que a nova Agência vem em boa hora, quando passa a estipular um mandato para todos os seus dirigentes. Nesse ponto relevo que, exatamente, por ser uma atividade típica de Estado e não de governo, deva nova Agência ser vinculada ao Ministério da Justiça e não ao Ministério da Fazenda. Exatamente pelas suas atribuições e pelos órgãos a eles subordinados e vinculados, o Ministério da Justiça é um órgão mais de Estado, com características mais de Estado do que de governo.

Especificamente com relação a Procuradoria, considero que se deve aprofundar mais a consideração, os debates e a discussão em relação à configuração da Procuradoria dentro da estrutura da agência. Pelos organogramas colocados, a gente vê que a Procuradoria da Agência está mais vinculada a Diretoria Geral da Agência e não ao Conselho, ao CADE. Muito embora a

Procuradoria oficie em processos da competência do Conselho do CADE. Considero positivo o aprofundamento dessa discussão para que se encontre uma solução institucional mais adequada. Nesse sentido, deveríamos considerar que a falta de uma estrutura institucional mais adequada, ou seja, se o mandato do Procurador Geral deva ser retirado ou deva continuar existindo, em vista de suas atribuições perante ao CADE e perante os processos em que atua. Estes são os breves comentários que eu gostaria de colocar. Agradeço a oportunidade.

UBIRATAN MATTOS

Muito obrigado, Dr. Furlan. Agora passamos efetivamente aos debates. Tem uma mão levantada ali. Nós temos as mocinhas com os microfones.

LAÉRCIO FARINA

Laércio Farina, advogado e diretor do IBRAC. A primeira colocação que eu gostaria de fazer, até enaltecendo a presença do conselheiro Pfeiffer e do Procurador Furlan, é o registro de que nos nossos sete anos de seminários do IBRAC em matéria de concorrência, é a primeira vez e, num momento tão importante, que estamos com a ausência do Presidente do CADE. Desde o primeiro seminário Dr. Rui Coutinho, então recém empossado, inaugurava uma tradição de participação efetiva do CADE e, principalmente, de sua presidência no debate de todas as matérias. Parece que esta é uma matéria de extrema importância e que recomendaria a toda evidência, volto a dizer, enaltecendo a presença do conselheiro Pfeiffer e do procurador Furlan, a presença do Presidente do CADE.

Outro registro a ser feito, refere-se, com base nas exposições feitas pelo Dr. Paulo de Tarso e Dr. Considera e comentários do conselheiro Pfeiffer, a respeito do acolhimento ou pelo menos da consideração de todas as opiniões ou de grande parte das opiniões que foram apresentadas durante esse ano, já estamos a mais de um ano discutindo o projeto da agência e, ao que consta, há poucos registros em matéria de formulação legislativa nesse país de debate tão profundo a respeito de determinada matéria. Na verdade, valho da apresentação das secretarias, porque não sei precisar quantas dessas sugestões ou críticas terão sido incorporadas, até porque nós tivemos pouco tempo para ler o projeto e advogado sempre precisa de um prazo para se manifestar sobre algum documento, mas sem dúvida as exposições demonstram que ao menos das 20 e tantas sugestões apresentadas pelo corpo do IBRAC, a grande maio-

ria foi acolhida ou, pelo menos, foi considerada. Pontualmente, como dito, é muito difícil se fazer observações ou discussões sem prazo para analisar o projeto.

A pergunta que eu gostaria de colocar trata do ponto de vista estratégico em matéria de formulação legislativa. Nós ouvimos o Conselheiro Pfeiffer, o Dr. Furlan e, certamente, ouviremos dos demais também algumas dúvidas, algumas questões ou algumas propostas de reflexão. A pergunta é: há algum prazo, há a expectativa de algum prazo para a futura discussão desse projeto que nos foi apresentado? Formalmente não há consulta pública, por isso pergunto: Qual é o próximo passo?

UBIRATAN MATTOS

A quem é dirigida a pergunta, Dr. Laércio?

Pode ser ao Dr. Paulo de Tarso ou ao Dr. Cláudio Considera. Imagine que ambos gostariam de abordar essa questão.

LAÉRCIO FARINA

Então a presidência decide. Dr. Paulo de Tarso, por favor.

PAULO DE TARSO

Bom, sendo objetivo eu diria que o grupo de trabalho está encerrando as suas atividades. Naturalmente que deixando aos senhores a discussão aberta para eventuais sugestões tópicas ou pontuais que possam ser feitas. Se imagina, exatamente, que o projeto tenha um grande nível de consenso em torno do grupo e que o próximo passo vai ser, naturalmente, coordenado pela Casa Civil no sentido do envio do projeto ao Congresso Nacional. Onde o ante projeto deverá ser como encaminhado como projeto de lei tendo o tratamento e a discussão legislativa subsequente. Não há, no âmbito do executivo, idéia de estender a discussão além do prazo que está colocado.

CLÁUDIO CONSIDERA

Eu gostaria de adicionar um pequeno ponto sobre essa discussão de reabertura do grupo de trabalho. Muitas das discussões, inclusive essas que

foram trazidas pelo Dr. Furlan e Dr. Roberto, foram travadas no âmbito do grupo. Esses assuntos não deixaram de ser discutidos no âmbito do grupo. Como funcionava isso? Evidentemente que toda essa discussão pode ser levada *ad eternum*. E você tem um prazo para que esse trabalho termine. Então, chegavam momentos de impasse dentro do grupo a Casa Civil e um jurista, que é hoje Secretário Executivo do Ministério da Justiça que decidia e dizia: vai ser isso ou aquilo.

Depois de muita discussão e de ouvir vários argumentos ele decidia a favor ou contra a SDE, SEAE ou o CADE. Isso aconteceu o tempo todo. Existiu uma decisão de governo sobre o que foi aqui tratado. Recuperar essa discussão agora, eu poderia fazê-lo sob o ponto de vista dos aspectos em que fui derrotado, pretensamente, porque cada um de nós foi derrotado num dado processo de discussão do projeto. Portanto, não vou aqui recuperar pontos em que fui derrotado na discussão, porque elas acabaram. Elas acabaram com a decisão do governo, do Presidente da República representado pela Casa Civil dentro do grupo. Eu entendo que o processo de trabalho foi encerrado. Assim como fui derrotado em muitas outras coisas que depois, retornaram por conta da própria Presidência que manifestou a favor da posição.

Por exemplo, a separação das duas Agências. Eu sempre fui contra, mas quando o governo me disse, você vai defender isso, eu defendi o que me foi colocado como decisão do governo. Depois o governo decidiu outra coisa: separar as duas Agência. Aqui está a decisão da separação formulada para os senhores. Muitos dos pontos podem ser discutidos por toda a vida: mandato ou não para o procurador geral, artigo 20 e 21, artigo 54. Muitas dessas coisas podem ser discutidas. Entretanto, houve uma decisão de governo. Existia uma pessoa lá dentro responsável por decidir isso. E nós nos curvamos a essas decisões. Não vou levantar aqui, portanto, objeções a essas ponderações que foram feitas. É evidente, que elas foram feitas dentro do grupo de trabalho, como bem disse Dr. Roberto Pfeiffer. Foram feitas ponderações minhas a respeito de aspectos em que fui também derrotado. Nós, o grupo de trabalho, respondendo ao Farina, demos por encerrado seus trabalhos. Isso está na mão do Ministério do Orçamento e Gestão que colocará uma estrutura pessoal dentro da Agência e o projeto estará pronto para ser enviado. A menos que o próprio governo decida outra coisa: reabrir as discussões. Aí, novamente a Presidência da República diz ao grupo de trabalho que retome os trabalhos e faça tudo outra vez. Seria um outro problema, mas a decisão é do governo e eu sou um funcionário público obediente.

Eu gostaria de fazer uma pequena observação sobre a questão de abuso de preços que fizemos questão de retirar do projeto. Existe, no âmbito da Fazenda, uma concepção de que esse conceito é um conceito de controle de

preços. Controle de preços não existe mais no país. Ou tem concorrência ou tem controle de preços. Onde tem controle de preços não tem concorrência, tá certo? Portanto, aí reside a noção de abuso de preços Vou fazer um comentário que os consumeristas ouvissem, provavelmente, me colocariam numa cruz: este conceito está errado, também, no Código do Consumidor. Na concorrência fizemos questão de retirar isso para que não existe a figura do controle de preços e do abuso de preços. Existe abuso de posição dominante, existe acordos entre empresas, mas não existe abuso de preços. Os preços são livres no país à exceção de dois ou três pontos: 1- Agências Reguladoras, porque são monopólios naturais. 2- Medicamentos. 3- Planos de Saúde. Só existe controle de preços nessas três setores por lei do governo, porque de resto os preços são livres e a concorrência deve dar conta delas, porque do contrário estaremos num outro mundo e poderemos voltar ao SIP. Obrigado.

MARIA TEREZA MELO

Maria Tereza Melo, do Instituto de Economia da UFRJ. A minha pergunta é sobre o artigo 20 e a diferenciação que se está propondo entre os dois tipos de infração. Parece que o atual artigo 20 é suficientemente amplo e genérico para contemplar diversas situações e hipóteses de infração, sendo que o CADE tem dado outra interpretação que confere sentido concreto. Consciente que as disposições legais, sabidamente genéricas, não tem a obrigação legal expressa de considerar efeitos compensatórios nas condutas e tão quanto a obrigação de não os considerar, comprometendo a capacidade de avaliar ou não efeitos compensatórios conforme a análise econômica recomende ou não a análise desses efeitos.

Ora, eu fico pensando se não seria inconveniente estabelecer essa diferenciação na lei entre *per se e rule of reason*? Deixe-me esclarecer a minha objeção. Eu não sou contra que se considere certas condutas sob uma perspectiva mais *per se* e outras tenham análise de seus efeitos compensatórios. A minha questão é sobre a conveniência de se colocar tal diferenciação na lei que engessa, perde flexibilidade e cria necessidade de uma decisão preliminar fundamental no processo administrativo, sobre se determinada conduta investigada vai ser enquadrada no artigo 20 ou no 21 do projeto, o que determinaria as linhas fundamentais do próprio processo. Já que no caso do artigo 20 há a necessidade de se avaliarem efeitos compensatórios e no caso do artigo 21 não há essa necessidade. Portanto, o processamento vai ser diferente, as provas a serem produzidas e tudo o mais será diferente.

Essa decisão preliminar da autoridade é uma decisão fundamental e pode ser objeto de contestação judicial. Eu chamo atenção, inclusive, para as

inúmeras condutas que aparecem no mundo real e são mistas, difícil de dizer se é um cartel puro ou se é uma outra prática qualquer. A autoridade vai ter que tomar uma decisão que pode ser contestada judicialmente e essa contestação judicial não existe na legislação atual. Eu gostaria de entender, do grupo dos autores do projeto, as razões pelas quais eles julgam conveniente fazer essa mudança no artigo 20? Eu sei que há a necessidade de sinalizar a importância da repressão aos cartéis e eu concordo com isso, mas a minha objeção é: seria conveniente colocar isso na lei? Será que não se está criando problemas? Não é melhor deixar como está o artigo 20?

UBIRATAN MATTOS

O Dr. Paulo poderá responder a pergunta

MARIA TEREZA MELO

Para terminar. Há algum problema detectado, efetivamente, na redação do artigo 20, que tenha impedido a repressão aos cartéis?

PAULO DE TARSO

Muito obrigado, professora Maria Tereza pela indagação. Ela de alguma maneira reproduz, uma conversa que há pouco tinha com o Dr. Magalhães sobre este problema. Eu gostaria apenas de fazer a seguinte ponderação.

No processo penal, o enquadramento feito pelo delegado com relação a determinada conduta que a gente chama tipificação legal, é sempre suscetível de alteração, seja pelo ministério público, seja pelo juiz. No caso concreto, quando se tem a análise, pode-se ter a evidência de um cartel a partir de uma denúncia sobre um determinado acordo ou tentativa de acordo para fixação de volume, quantidade, preço etc. Esse enquadramento inicial, ao longo do processo, vamos supor que seja enquadrado em cartel, que por uma decisão legislativa entendeu-se que deva ser objeto de apreciação, independentemente da regra da razão. Se o CADE, em razão da defesa apresentada contra a acusação formulada pelo Diretor Geral, entender que não se trata de um cartel e que o enquadramento está errado, a exemplo do processo judicial, o CADE pode perfeitamente determinar o reenquadramento.

Com respeito a sua indagação em relação a tipificação legal e às mudanças nos artigos 20 e 21. Em primeiro lugar, decorre de uma decisão polí-

tica no sentido de dizer: olha, não havendo essa modificação, a análise dos cartéis no país continuará a ser feita pautada pela regra da razão que se revelou, do ponto de vista legiferante, inconveniente para a política do governo. O governo entende que cartel deve ter uma repressão mais intensa, independentemente dos efeitos possivelmente compensatórios que aquela ação possa ter. Por isso, a decisão de colocar isso no artigo 20 e 21, ela é exatamente afirmar que a repressão aqui vai independe dos benefícios ou das eficiências, no entanto, cria-se um problema concreto, um problema organizacional porque há duas Diretorias. A senhora poderia dizer: para que Diretoria irá? Ela irá para aquela diretoria que receber a denúncia. A agência recebeu a denúncia e a denúncia é de cartel, o enquadramento inicial é da Diretoria de Cartel. Caso na análise a Diretoria de Cartel diga: isso não é o caso, é um caso de regra da razão, segue para outra diretoria.

Talvez haja necessidade de um aprimoramento burocrático técnico, no regulamento da Agência, de modo a fluidificar melhor isso. O que me parece claro, entretanto, é que a decisão de repressão aos cartéis está colocada na lei porque é uma decisão política, cujo enquadramento legal poderá ser revisto, sempre, pela autoridade judicante no caso, o CADE.

UBIRATAN MATTOS

O Dr. Paulo Corrêa acredito que queira fazer uma complementação e depois dele teremos o Dr. Túlio e o Dr. Rodrigo.

PAULO CORRÊA

Obrigado. Muito brevemente, só complementando os comentários do Dr. Paulo de Tarso. Acho que há uma confusão e não me refiro necessariamente ao comentário da Professora, sobre o que se está definindo como cartel. Considero importante ser um pouco mais preciso aqui. Eu reconheço que existe uma série de acordos horizontais cujo efeito sobre a concorrência não se pode definir *a priori*, mas de forma alguma se está tentando legislar sobre esse conjunto de casos, e sim sobre um subconjunto particular e muito específico cujos efeitos são inequivocamente nocivos e nefastos ao bem estar.

Que situações são essas? São casos de acordos para fixar preços determinados independentemente pelos agentes econômicos para dividir mercados geográficos, alocar consumidores e acordos do tipo *bid rigging*. São casos em que hoje, internacionalmente, reconhece-se como condutas ou cartéis cujos efeitos são intrinsecamente nocivos. É com referência a esse subconjun-

to que, num certo sentido, se está de fato engessando a interpretação. Esse engessamento, é feito sobre um subconjunto de casos que ao meu modo de ver não eliminam a flexibilidade necessária à avaliação. Por exemplo, casos que se chamaria de paralelismo consciente com um *plus*. Casos que certamente tenderão, no âmbito da agência, a começar como casos de abuso de posição dominante ou algo assim e que com o andar das investigações, na medida em que se caracterize de fato como um caso de paralelismo consciente com um *plus factor*, o caso passe a ser investigado pela área de cartéis.

O que se quer dizer é o seguinte: uma vez caracterizado o paralelismo consciente, esse é um fator a mais identificado, tem-se um cartel a ser considerado intrinsecamente nocivo que inicialmente seria avaliado como uma conduta normal. O engessamento, queria reforçar esse ponto, se faz sobre um subconjunto muito particular de casos onde eu acredito exista muito pouca dúvida sobre os efeitos intrinsecamente nocivos.

Um segundo comentário, também na linha do que a Professora tinha comentado. Há várias situações, especialmente na fase de instrução onde o problema maior ocorre, como no nosso caso clássico da condenação do cartel do aço, em que eu até reconheço a dificuldade de definição de mercado relevante e de outros conceitos.

Então eu acho que, para resumir o ponto: 1- Esse engessamento não é um custo, porque ocorre sem prejuízo à flexibilidade necessária para se analisar os outros casos. 2- Você garante uma sinalização que é importantíssima, como o Procurador do CADE mencionou, uma lei não é algo que deva mudar a cada governo, uma lei deve sinalizar os incentivos que se quer definir numa sociedade para investimentos a longo prazo. Essa é uma sinalização importante de que investimentos produtivos vão ser mais rentáveis, pelo menos se pretende que sejam mais rentáveis, do que investimentos improdutivos feitos em casos de cartelização clássica. Acho que essa sinalização, do ponto de vista da institucionalidade de um país, do ponto de vista da constituição do capital institucional, é necessária e essencial ao crescimento econômico, especialmente ao crescimento com equidade. Em 3- lugar, o último benefício seria a economia e a celeridade no processo de instrução e no processo de investigação.

Agradeço a mesa pela oportunidade.

UBIRATAN MATTOS

Vários pediram a palavra, seguindo a ordem. Chico, você tem uma posição a respeito desse assunto, não é? Então sinta-se a vontade para ditar e, em seguida vou passar a palavra para o Dr. Túlio e o Dr. Rodrigo.

FRANCISCO MAGALHÃES

Bem, realmente minha colocação já foi feita pela Dra. Maria Tereza, depois foi bem colocada pelo Dr. Paulo de Tarso, com uma vontade política do governo em haver a separação mais severa e mais direta no que diz respeito a cartéis. O Dr. Paulo Corrêa esclareceu mais ainda, entendendo a questão que é uma área cinzenta de infrações que poderiam estar entre cartel e uma conduta paralela não consciente, como a que ele citou, por exemplo.

O processo se iniciaria dentro da Diretoria Geral de condutas, vamos falar assim, depois se fosse o caso, seria remetido para a diretoria de cartéis e então se resolveria o problema dessas infrações, dessas condutas que estariam nesta área cinzenta. Acho que já foram feitas todas as colocações, mas ainda me resta a preocupação.

É necessário fazer esta colocação porque, no início do processo, nas avaliações preliminares, não existe uma definição do que realmente seria a infração. Existe a denúncia, terá que se apurar os fatos, terá que se investigar para depois se enquadrar naquela hipótese que seria de cartéis. Eu acho que de início, todos os processos deveriam ser colocados nessa Diretoria Geral de condutas para depois passar para a Diretoria de Cartéis. Esse seria o único cuidado. Aproveitar para fazer outras colocações para não voltar a tomar o tempo dos senhores.

Eu queria manifestar a minha opinião pessoal e acredito que de grande parte da platéia, de que houve realmente um excelente progresso no que diz respeito ao aperfeiçoamento do anteprojeto. Vejo algumas colocações que ainda merecem ser analisadas. Aquelas feitas pelo Dr. Roberto Pfeiffer e também sobre o mandato da Procuradoria. A consulta a ser respondida pelo órgão final, já que comprometerá todo o sistema, deveria ser respondida pelo órgão final decisório ou então *ad referendum* a essa consulta, fazer um recurso, se for o caso. De qualquer forma, realmente houve muito progresso e se esses últimos aperfeiçoamentos pontuais forem feitos, acredito que o ante projeto estará realmente pronto para se transformar num projeto de lei e ser remetido para o congresso, finalmente, quebrando com a expectativa que há anos temos da mudança da falta de uma definição.

Outro ponto que realmente merece reflexão mais detida é a figura do acordo em casos de concentrações, nova aqui no Brasil mas há tempos é feita com excelentes resultados lá fora. Trata-se de uma inovação realmente muito boa, apenas gostaria colocar alguns pontos. Primeiro, não há motivo para que a celebração apenas na fase preliminar, oportunidade que é apresentado pela Diretoria Geral. Antes é necessário que o processo se desenhe, caminhe para

um ato de concentração, principalmente, para aqueles de maior gravidade, afim de que realmente se verifiquem os termos em que o acordo possa ser feito. É preciso, inclusive, uma análise mais detida dos casos para depois se fazer o acordo. Não vejo porque ele tenha que ser feito antes da impugnação, seria ótimo que fosse feito dessa forma já resolvendo tudo de início, mas eu acho que essa figura deva ser estendida até o fim do processo, até o julgamento, visto que ela busca atingir os casos mais complexos que exijam uma análise mais detida. Além do mais, seria preciso um compartilhado desse acordo através de um referendo do CADE ou a apresentação pela Diretoria ao CADE. Como ela vai apresentar os outros casos, apresentar esse acordo ao CADE para ali ser finalmente, num órgão colegiado, ser referendado. De forma geral, essa são as opiniões que eu gostaria de manifestar sobre o anteprojeto.

UBIRATAN MATTOS

Muito obrigado Dr. Magalhães, Dr. Túlio.

TÚLIO DO EGITO COELHO

Túlio do Egito Coelho, Trench, Rossi, Watanabe. A minha preocupação relaciona-se ao compromisso de cessação de prática. Porque o projeto, pelo que vejo, reduz substancialmente a possibilidade da negociação do compromisso quando impõe uma limitação temporal de 15 dias após a apresentação da defesa. No entanto, há uma quantidade grande de práticas, por exemplo, restrições verticais em que há acordo de exclusividade ou sugestão de preço de revenda que exigem o uso da regra da razão para precisar se, eventualmente, produzem um efeito negativo ou se as eficiências advindas são capazes ou não de limitar esse efeito negativo. Fatos que se constatam no curso da investigação que seriam prejudicados pela limitação do compromisso para até de 15 dias da apresentação da defesa.

Com tal imposição limita-se muito a habilidade e o direito que terá o investigado de negociar o compromisso depois de haver exercitado o seu direito de defesa na sua plenitude e seus argumentos terem sido ponderados pela autoridade. Obviamente, que isso não se faz num prazo de 15 dias após a apresentação da defesa. Essa limitação, ao meu ver, confere uma certa inutilidade ao compromisso de cessação de prática, visto que impossível a sua celebração num prazo exíguo de 15 dias, embora, o compromisso de cessação de prática, como o conhecemos, seja extremamente útil no direito da concorrência. Em jurisdições como o Estados Unidos, fala-se que cerca de 90% das

investigações antitruste são encerradas com um *consent creek* que é o compromisso de cessação de prática que eles tem lá.

Também outra questão levantada pelo Dr. Paulo de Tarso falou, foi o salvo conduto. Não sei se deve usar essa expressão salvo conduto para o compromisso de cessação de prática, porque na verdade não é bem isso. Na medida que aquele que se compromete, fica vinculado com um título executivo, inclusive extra judicial, que a qualquer momento pode ser executado. A idéia é que se pare imediatamente a prática, restitua-se a concorrência e se recupere o custo de uma eventual disputa judicial. Porque a empresa poderá ir às vias judiciais para levar os seus argumentos que, eventualmente, não tenham sido aceitos pela autoridade na esfera administrativa.

Essa é a preocupação que dirijo ao Dr. Paulo de Tarso para que discuta as razões que levaram a comissão a essa redução do compromisso. Obrigado.

PAULO DE TARSO

Meu caro Dr. Túlio, a idéia do prazo de 15 dias é apenas para a propositura do compromisso de cessação de prática. É apenas para que ele seja proposto neste prazo. Agora, o compromisso deverá ser celebrado, salvo engano da minha memória, em 60 dias quando, evidentemente, serão analisados as circunstâncias que envolvem a regra da razão no caso concreto. Isto foi o que pareceu melhor ao grupo, embora eu particularmente achasse que esse prazo poderia ser um pouco maior, na verdade 90 dias, e esta também foi outra discussão bastante intensa no grupo, no fim entendemos que 60 dias é um prazo razoável, uma vez que a empresa já apresentou sua defesa. Naqueles 15 dias ela fez uma proposta e a análise com relação a regra da razão e os todos os critérios é feita nesse prazo de 60 dias.

Eu poderá dizer: olha, vamos fazer o compromisso. Ou a autoridade diria: olha, eu não concordo com isso e eu vou desafiar e eu vou continuar processando e o CADE decide.

A idéia do modelo é um relaciona-se um pouco como o acordo de concentração, com isso respondo um pouco a pergunta do Dr. Magalhães. No acordo de concentração viabiliza-se a possibilidade de medidas estruturais *ex ant*, porque a empresa tem interesse em ver aprovado o acordo de concentração antes. Se não se chega ao acordo, não é com o Diretor Geral, é com o corpo técnico da Agência, o Diretor diz: olha, as condições que você apresenta não são suficientes para elidir os efeitos perversos combatidos pela lei 8884. Eu vou desafiar a operação perante o CADE e ele que determine se é aceitável ou não o que você tá propondo. Imaginou-se que isso *ex ant* é muito

salutar, tanto para a empresa que tem celeridade nisso, quanto para o poder público.

Também, nesse sentido, não há um alijamento do CADE, quer dizer eu vou ler, se não me equivoco, é o artigo 58 do projeto, que diz exatamente o seguinte: *O Diretor geral, ad referendum do CADE, poderá antes de impugnar a operação, firmar acordo com os interessados que submetam atos a exame na forma do artigo 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação.*

Esse é o juízo da autoridade que investiga, que eventualmente acusa e que é uma espécie de promotor da concorrência. Ele diz: olha, antes de impugnar, eu vou tentar chegar num acordo. A empresa A quer se fundir com a empresa B, tudo bem, venda os ativos tais, tais e tais. O que será sempre *ad referendum* do CADE. Se por qualquer razão o CADE entender que as restrições são excessivas, ou o CADE entender que as restrições são insuficientes, o CADE poderá decidir sobre o acordo.

O que não nos parece muito adequado, é que aos julgadores seja cometida a tarefa de negociar acordo porque isso, objetivamente, retira a isenção do julgador. Os senhores imaginam uma hipótese em que os julgadores tentem fazer um acordo com uma empresa e não consigam fazer, depois o julguem. Independentemente da boa ou da má-fé do julgador, a isenção já foi comprometida. A idéia é que se faça o acordo de concentração, o acordo prévio, antes da impugnação. Impugnada a operação, o tribunal exerce a atividade jurisdicional e diz: olha, essa operação está aprovada desde que sejam feitas as seguintes modificações. Ou essa operação está aprovada, ou acordo está aprovado. A idéia do referendo é a idéia de um juízo integral sobre o acordo de concentração. Pois não, Dr. Magalhães.

FRANCISCO MAGALHÃES

Concordo integralmente, mas por que não até o final?

PAULO DE TARSO

A razão de não ser feito até o final, me parece e se os colegas da mesa quiserem complementar, se sintam a vontade. mas a razão de não fazer até o final se dá em face do custo de oportunidade antes de impugnar a operação. Quer dizer, antes da autoridade se insurgir contra os efeitos potencialmente nefastos daquela operação, existe uma intensa negociação com a empresa. Depois disso, depois que o diretor já ofereceu a denuncia, já desafiou, só cabe

uma decisão também ponderada pela regra da razão, dos julgadores. Porque se não, você protraí a negociação *ad eternum*, e com isso diminui a idéia do *enforcement of law* que é a idéia que está por trás do projeto. Parece-me que este é o argumento.

CLÁUDIO CONSIDERA

Provavelmente, nesse caso, a empresa vai estar mais disposta a negociar com o julgador a questão que afinal ela não conseguiu negociar com a diretoria, percebe?

UBIRATAN MATTOS

Dr. Fernando...

FERNANDO MARQUES

Nessa matéria, raciocinando o artigo 53 que fala de qualquer fase do processo administrativo, aqui nós estamos falando de qualquer fase das averiguações preliminares...

PAULO DE TARSO

O Sr. está falando de conduta ou de acordo em ato de concentração que foi a pergunta do Dr. Túlio?

FERNANDO MARQUES

No artigo 53, a lei atual fala em qualquer fase do processo. Aqui nós estamos falando em qualquer fase das averiguações preliminares...

PAULO DE TARSO

Ou do processo administrativo, só que 15 dias depois da apresentação da defesa.

CLÁUDIO CONSIDERA

Ou seja, ele não pode ir a julgamento e fazer acordo de cessação quando o processo está sendo julgado, como hoje ocorre. Isso não será mais possível.

FERNANDO MARQUES

Mas eu posso fazer o compromisso, quer em averiguações preliminares, quer em processo?

PAULO DE TARSO

Até 15 dias após a apresentação da defesa. Só que no processo administrativo tem essa limitação, até 15 dias depois de oferecida a defesa contra o libelo acusatório do diretor geral.

FERNANDO MARQUES

Tá certo.

PAULO DE TARSO

Aí eu queria acrescentar um comentário ao Dr. Túlio. A idéia do salvo conduto é, de fato, uma expressão um pouco forte, mas esse é o efeito necessário de um compromisso de cessação que seja celebrado ao final da investigação. De alguma forma, a acusação que pendia contra a representada e que poderia ter fundamento, na medida em que foi celebrado, um compromisso de cessação pelo qual a prática vai ser finalizada e não vai mais continuar. O que não representa a admissão de culpa que encerra a investigação do Poder Público, evidentemente ela permite à representada sair incólume daquilo que o governo, em princípio, quer reprimir, que é o abuso do poder econômico.

UBIRATAN MATTOS

Dr. Rodrigo.

RODRIGO CARNEIRO

Rodrigo Carneiro, Pinheiro Neto advogados. Dr. Paulo, o Sr. mencionou que com o projeto aprovado e com a possibilidade de notificação *a priori*, haveria mais segurança aos jurisdicionados. Eu tenho uma dúvida.

PAULO DE TARSO

Desculpe, eu não entendi.

RODRIGO CARNEIRO

A notificação se tornando somente *a priori*, não há mais a possibilidade de notificação de atos de concentração *a posteriori*, o que daria mais segurança aos jurisdicionados nas discussões com relação a multas e momento da notificação.

O parágrafo 1º do artigo 54 menciona que as notificações à Agência deverão ser feitas previamente à celebração do negócio, na forma estabelecida em regulamento. Eu entendo que um regulamento, ainda a ser redigido, tratará da forma em que notificação deverá ser feita. E por forma eu entendo: o formulário, o local de protocolo, o horário, a informação que deverá conter ou não, mas não, porque aqui é uma questão de lei de competência legislativa, o que se deva entender por celebração do negócio nas submissões *a priori*. A realidade diz que as partes negociam, conversam, assinam documentos. Assinam até documentos para, uma vez assinados e atingido um patamar, tratem de outras questões prévias à celebração final do negócio. Na verdade, nós temos o flerte, o namoro, o noivado e aí teríamos o casamento que seria a *joint venture*, a celebração, a compra, o que seja. O que se entenderá, o que se deve entender por celebração do negócio? Essa é a minha pergunta, por favor.

PAULO DE TARSO

Objetivamente, a celebração do negócio é tecnicamente colocada como a formalização da operação. A idéia é que não haja meia gravidez, ou houve a gravidez ou não houve a gravidez. A idéia é que com isso se encerre a discussão em torno a tempestividade e que se tenha um critério mais objetivo. Nós optamos por não entrar no detalhamento dessa circunstância por duas razões. Primeiro, porque de fato, isso poderia criar problemas intransponíveis

de racionalidade burocrática até no Congresso. Como, também, pelo fato de que você tendo mais flexibilidade para definir isso, você ajusta conforme o que as outras jurisdições vem entendendo. Você mantém a possibilidade do executivo poder sempre aprimorar determinados aspectos circunstanciais. O mérito, entretanto, é a idéia é que seja prévio à celebração do negócio, no sentido jurídico da expressão.

LAÉRCIO FARINA

... consumação do negócio do § 4º ?

PAULO DE TARSO

Celebração do negócio.

LAÉRCIO FARINA

Digo, o § 4º poderia contribuir para a explicação? Ele diz no caput: *não poder ser consumados...* Eu acho que essa é a consumação sobre o ponto de vista formal. Em outras palavras: *due diligence*, não representa consumação de ato. Na verdade, nós estamos mudando a questão do *dies a quo* para *dies a quem*. Estamos mudando o latim, mas o problema remanesce. Parece que o § 4º...

PAULO DE TARSO

O problema é de legiferenda, não é? A idéia foi não colocar na lei uma discussão tópica sobre esse problema. A idéia básica, é que seja anterior à celebração do negócio. Tudo o mais poderá ser discutido na elaboração do regulamento.

UBIRATAN MATTOS

Ou do regulamento ou da própria jurisprudência o que parece correto.

LAURO CELIDÔNIO

Lauro Celidônio. Nesse mesmo sentido, nessa mesma preocupação, ou seja, o regulamento será definido ainda no futuro. Quer dizer, a pergunta primeira é: como é que está a elaboração deste regulamento? Os senhores, provavelmente, já discutiram isso e devem ter alguma previsão, alguma sugestão.

E nesse mesmo sentido, me parece que o conceito da notificação prévia vai um pouco em sentido contrário ao que prevê o parágrafo 7º desse mesmo artigo que estabelece a publicação de um edital, 10 dias após a apresentação da notificação. Parece que tratando-se de uma notificação prévia poderão haver sérias questões de sigilo e que a publicação desse edital, inclusive, poderia prejudicar a negociação, a própria operação em si, especialmente se estiverem envolvidas empresas de capital aberto, vinculadas a CVM. Acho que eram essas as duas observações.

CLÁUDIO CONSIDERA

Isso ocorrerá da mesma maneira como ocorre em todo o mundo hoje em dia. As ações baixam, as ações sobem. É um risco que tem um ato de fusão, não é verdade? Nós chegamos a pensar em dispor na lei, como o Dr. Paulo falou, algumas cláusulas do que seria essa celebração de negócio, até pensamos em utilizar a lei da CVM que fala sobre esses aspectos. No fim, achamos que fica melhor isso constar em regulamento que poderá ser alterado muito mais facilmente do que uma lei. Infelizmente, não tivemos tempo e, provavelmente, não teremos até que isso vá efetivamente para o Congresso. Quando isso acontecer começaremos a discutir o que serão os regulamentos da Agência porque com o prazo normal do Congresso temos tempo para fazer o regulamento.

UBIRATAN MATTOS

Nós temos várias mãos levantadas. Paulo, Bete Farina e Renê Medrado.

PAULO CORRÊA

Um segundo para complementar. Acho que há uma preocupação básica de preservar as informações sigilosas que evidentemente o serão. O que não pode ser sigiloso nesse momento é a própria operação, por isso a idéia da celebração. Tem que notificar antes da celebração, mas depois do ponto em que a divulgação do fato não inviabilize a ocorrência do próprio fato. Se tem um compromisso de namoro sério, ou já são noivos, antes de casar, avisa, essa é a idéia. Logo, a divulgação de informações sigilosas que forem submetidas serão tratadas da maneira usual. O que não pode ser sigiloso é a divulgação da ocorrência da operação que caso ameace a ocorrência da operação, é porque ela ainda está numa fase pouco madura. Por exemplo, se empresa vai fazer um *hostile takeover* que é público ou uma *joint venture* com outra empresa, tem que notificar antes de realizada a operação, mas já no momento em que essa divulgação não afete sua concretização.

UBIRATAN MATTOS

Professora Elizabeth Farina.

ELIZABETH FARINA

Eu ainda não estou muito convencida, apesar de entender que o grupo de trabalho tinha que terminar o trabalho em certo momento, a respeito da preferência do critério de valor das operações de atos de concentração em relação a idéia do poder de mercado e da participação de mercado. Além de eu não estar convencida, eu estou me sentindo desconfortável em relação a um valor que há um ano a gente discutiu aqui, R\$ 150.000.000,00. A menos de que a gente esteja convencida de que zero não é igual a zero e que, portanto, a gente tem inflação zero. Esse valor já diminuiu muito do momento em que se discutiu até agora e, provavelmente, até o momento em que esse projeto seja discutido no Congresso e saia, esses R\$ 150.000.000,00 serão um valor muito baixo para critério de apresentação das operações. Assim, não seria o caso desse valor ir para regulamento e ficar flexível ou nós vamos deixar ele na lei e fingir que a gente não tem inflação?

CLÁUDIO CONSIDERA

Esse mesmo problema já tinha com a lei anterior com os R\$ 400.000.000,00, não é verdade? Nós tínhamos o problema de uma eventual inflação nos quatrocentos milhões, só que eram quatrocentos milhões.

Pelo critério de R\$ 150.000.000,00 várias das submissões que foram feitas durante esses dois últimos anos, não teriam sido feitas pelo critério de R\$ 150.000.000,00, no país. Agora está claro que são R\$ 150.000.000,00 no país, o que era o espírito da lei dos R\$ 400.000.000,00 que foram interpretados como sendo R\$ 400.000.000,00 no resto do mundo, em todo o lugar. Erroneamente, foi interpretado dessa forma e vários atos até R\$ 400.000.000,00 que não tinham sentido de serem submetidos o foram. Desta forma, o R\$ 150.000.000,00, isentaria vários atos que foram apresentados ao sistema, desde que fosse interpretado no país, como o foram. Colocamos a trava adicional dos R\$ 30.000.000,00.

Essa discussão de percentual de mercado visa a dar segurança ao administrado, como é o controle prévio atualmente. Porque suponha que ele resolva que não tem 20% do mercado nacional e o órgão diz: o seu mercado é local e o senhor tem 60% desse mercado local. O senhor está multado e desfaza o negócio porque o senhor fez um negócio ilegítimo. Veja o risco que o administrado corre quando se permite que ele defina qual é o percentual de mercado.

A garantia é que vários casos sairão, como o Dr. Paulo já apontou, mais de 90% dos casos serão feitos em 30 dias doravante porque não haverá o mesmo processo de análise que existe hoje. Em 30 dias vocês terão aprovados a maior parte dos casos o que dá maior segurança ao administrado.

LAÉRCIO FARINA

O parágrafo 2º do artigo 54 que trata da possibilidade de aprovação por motivos preponderantes de economia nacional, do bem comum, foi excluído. Nós já tratamos aqui, o próprio Dr. Paulo e o próprio Dr. Furlan, ressaltaram o fato de que a própria alteração, o espírito da modificação, está alinhado com a caracterização, a constatação de que se trata de uma função de estado e não propriamente de governo. Essa supressão do parágrafo 2º está relacionada a isso também, ou haveria alguma outra razão?

PAULO DE TARSO

Desculpe, eu não compreendi.

LAÉRCIO FARINA

OK. O parágrafo 2º, artigo 54, que trata da aprovação mais fácil. Eu diria, sem obedecer os quatro critérios, hoje, do artigo 54, por motivos preponderantes de economia nacional e bem comum.

PAULO DE TARSO

E você está falando o que a propósito disto?

LAÉRCIO FARINA

Estou dizendo o seguinte: já foi dito aqui que um dos espíritos que iluminou o próprio trabalho do grupo, é a constatação de que a defesa da concorrência ou a política antitruste, seria uma política de estado, e não propriamente de governo. Então, a supressão desse parágrafo está ligado a isso ou à outra razão também.

PAULO DE TARSO

Até onde me é dado conhecer, a idéia do parágrafo 2º, do artigo 54, na forma que estava anteriormente, era de considerar legítimo, desde que pelo menos uma daquelas condições dos incisos fosse observada e que não implicasse em prejuízo ao consumidor. Ocorre que o conceito de relevante, de interesse nacional, ou preponderante na economia nacional é suficientemente vago para não dizer nada. Quer dizer, o que é de relevante interesse para a economia nacional é um contínuo que vai de zero a mil. O que gerava uma instabilidade e uma possibilidade de revisão, segundo critérios outros que não aqueles positivamente explicitados na lei, se entendeu que seria melhor explicitá-lo. Quando houver uma situação excepcional, ela terá o tratamento excepcional, mas nada justifica a excepcionalidade *ex ante*. É o mesmo que você dizer: são admitidos nesse desfile, a cor azul, vermelha e amarela e como alternativa, todas as demais cores do arco-íris. A idéia é essa, de que a vagueza que revestia o parágrafo, impossibilitava sua aplicação a partir de critérios técnicos.

UBIRATAN MATTOS

Paulo, você tem uma pergunta a fazer?

PAULO CORRÊA

O que não quer dizer que a política antitruste seja mais importante do que emprego, desenvolvimento industrial ou qualquer outro objetivo que um governo possa ter. Apenas quer dizer que exceções à legislação antitruste devem ser discutida no Congresso Nacional porque este é o fórum de debate de quais seriam as prioridades de um determinado governo, de uma determinada sociedade, em um determinado momento. Não cabem, no âmbito da lei antitruste, estabelecer uma possibilidade de exceção em aberto a todo e qualquer caso.

UBIRATAN MATTOS

Mais alguém?

FLÁVIO BELLIBONI

Flávio Belliboni, Pinheiro Netto Advogados. Vou pedir desculpas, mas gostaria de voltar ao tema do momento da submissão. Dr. Paulo de Tarso, Dr. Cláudio Considera, Dr. Paulo Corrêa, se puder. Nós temos a submissão prévia em outras jurisdições bem conhecida. Muitas vezes, você tem contratos celebrados, negócios celebrados, com condições para sua consumação, o seu fechamento. Os contratos são assinados lá fora, e as operações são submetidas previamente às jurisdições estrangeiras, independentemente do negócio estar celebrado porque ele está contratado, ele vai depender de algumas condições, às vezes, à própria aprovação do órgão antitruste.

Esta situação frente ao que está escrito, eu acho que mantém uma insegurança jurídica, porque entendo que para a celebração do negócio basta um contrato assinado. Com condições ou não, o negócio está celebrado. Pergunto: vou ter que submetê-lo antes de assina, mesmo que tenha condições de fechamento? É isto que a lei está querendo dizer?

CLÁUDIO CONSIDERA

Volto a chamar a atenção. Nós queríamos colocar na lei vários esclarecimentos sobre a celebração do negócio, mas achamos que não deveríamos colocá-los dada à dificuldade de se estabelecer várias dessas etapas. Chegamos a pensar em usar a lei da CVM para isso. Resolvemos que faremos isso em regulamento para tentar conferir esta segurança jurídica a que você está se referindo. Existem várias jurisdições que têm algo relativamente estabelecido. Nós vamos recorrer à elas, mas vamos colocá-los fora e não dentro da lei. A idéia é que a celebração de negócio seja devidamente esclarecida no regulamento ou em decreto e regulamento.

UBIRATAN MATTOS

Dr. Darwin.

PAULO DE TARSO

Dr. Darwin, ex-Diretor do DPDE, não preciso apresentar, ele teve uma participação muito grande na elaboração do projeto até sua saída do Departamento para trabalhar como advogado.

DARWIN CORRÊA

Eu vou fazer uma intervenção bem rápida, dado o adiantado da hora, sobre a questão da fórmula: a celebração do negócio. Eu tive oportunidade de dizer para a Elisa, para o Paulo. Na versão que deixei em setembro, antes de sair, a fórmula era antes da celebração do acordo, a conclusão do acordo que e a fórmula do regulamento da União Européia. Acho que isso resolve, não tem porque manter a expressão celebração do negócio e não botar a conclusão do negócio, ou conclusão do acordo deixando todo o resto para o regulamento. Acredito que assim eliminaria muito a confusão ficando o critério análogo ao de uma grande jurisdição.

Eu teria só três perguntas rápidas para o Roberto Pfeiffer, a título de esclarecimento. A primeira é bem simples. Ele criticou uma regra de direito intertemporal que está na lei e diz que só entrará em vigor a parte que altera e institui o controle prévio do artigo 54 quando a agência estiver instalada, o que no grupo sempre foi a preocupação. O sistema atual não está aparelhado para trabalhar com controle prévio. Caso entre o controle prévio em vigor com o sistema do jeito que está montado, com todo esse rito: entra na SDE,

vai para a SEAE, sobe ao CADE, nesse caso, o controle prévio demoraria quatro, cinco meses, o que em casos banais é inaceitável. Quatro, cinco meses nas outras jurisdições é para se definir um caso complexo. A idéia foi ter o cuidado de que a lei só entraria em vigor nessa parte, quando a Agência estivesse instalada porque hoje não se tem aparelhamento para tratar deste assunto. Não entendi a crítica do Pfeiffer, se ele acha que toda lei só pode entrar em vigor quando a Agência estiver instalada, inclusive na parte de conduta ou se a crítica é pelo fato de tudo não entrar em vigor imediatamente?

O segundo ponto, é a questão da consulta e a resposta da consulta pelo Diretor Geral. A idéia da consulta que está na lei, é mais ou menos, similar à idéia do Business Review Letter, do direito americano. Ou seja, você pergunta ao órgão que tem titularidade da ação acusatória: eu estou fazendo isso, tem alguma coisa errada? Eu quero fazer aquilo, você acha que isso seria uma infração à lei? Porque, na verdade, ele é o titular da ação e se ele disser que acha, você já sabe que se fizer, ele vai te processar. Logo, como no projeto o Diretor Geral é o titular dessa função acusatória, ele diz: olha, essa sua conduta não tem nenhum problema e eu não vou te processar por isso. Obviamente, isso não vai vincular o CADE, porque está é a lei e quem aplica a lei é o CADE, talvez pudesse haver algum aperfeiçoamento, por exemplo, as consultas não vincularem o CADE. O que não daria certo é, ao contrário, o CADE dizer que aquela conduta não tem problema e o titular da acusação achar que tem. Então, ele vai e processa o cidadão porque ele acha que tem problema e o CADE, por sua vez, fica numa situação muito delicada. Assim, eu queria um esclarecimento do Pfeiffer, sobre qual o sentido de sua crítica à consulta?

Finalmente, sobre a atividade probatória. Eu lembro que a gente discutia isso enquanto você ainda era consultor jurídico, depois você chegou no grupo como Conselheiro, a questão da presidência da instrução pelo Conselheiro. Foi uma preocupação, que levantei logo depois que a gente retomou os trabalhos, depois da consulta pública. Imagina que eu tenho um caso aqui do departamento, onde o departamento ouviu 58 testemunhas. Eu fico imaginando um Conselheiro do CADE ouvir 58 testemunhas. Isto foi feito durante quase 3 meses, semanas seguidas, semanas e semanas a Dra. Paula ouvindo testemunha. Por isso, a idéia foi o CADE instaurar o processo e fica na lei que o Conselheiro vai ter algum papel nessa instrução, deixando para o decreto regulamentar o processo administrativo e esclarecer como vai isso ser. Porque se o Conselheiro tiver que viajar pelo interior do país para ouvir testemunha, como fazem os técnicos da SDE, porque eu não tenho o poder de coagir a testemunha a gastar uma passagem para Brasília para ser ouvida tenho que ir lá onde ela está, diferentemente do representado, que é obrigado a gastar a

passagem. Eu não sei como é que você vislumbra encaminhar esse problema, porque a solução, até então, é deixar para o decreto fixar o procedimento.

UBIRATAN MATTOS

Nós estamos realmente avançados na hora, e gostaríamos muito permanecer a tarde toda aqui. Só que nós temos um painel todo. Inclusive é o painel dos nossos convidados estrangeiros, que estava previsto para começar às 14h. Ele vai começar às 14h30 em ponto. Passo a palavra ao Dr. Pfeiffer, para ele querendo, fazer brevíssimos comentários a respeito da intervenção do Dr. Darwin. Ao fim, estaremos de fato encerrando este painel.

ROBERTO PFEIFFER

Vou cumprir essas determinações bem claras do Presidente. Em relação à parte de instrução, eu concordo com as ponderações. Foi isso o que me levou a colocar o medo de se interpretar com extensão que a instalação implique em presença física do Conselheiro em todo o tipo de prova o que inviabilizaria o trabalho do Conselho. Meu único temor, isto é um convite à reflexão, se a fórmula como está na lei pode levar a essa interpretação ou se seria melhor já deixar alguma coisa amarrada para o Decreto sob pena de eventuais impugnações ao Decreto. Não sei, posso estar enganado.

Quanto à questão do prazo, na realidade eu não sou contra, que haja essa *vacatio legis* em relação às alterações dos artigos 54 a 58, muito pelo contrário. O que eu estou defendendo é que a *vacatio legis* seja estendida às demais alterações, apenas isso. Até porque, com a modificação do processo administrativo, obviamente, viriam muitos casos. Por isso eu acredito na necessidade de se remeter esses casos ao CADE, até a elaboração do regulamento que defina a atividade instrutória que de suma importância para que não haja insegurança jurídica na aplicação da lei, em relação aos processos administrativos. Eu entendo que essa *vacatio legis* deva ser estendida a todas as alterações efetivadas.

Finalmente, em relação às consultas, ponderei, justamente, o perigo dela vincular o CADE. Continuo entendendo, com todo o respeito às ponderações, que o ideal é que tais consultas sejam feitas pelo órgão julgante que é quem vai dar a palavra final nos processos administrativos e nas impugnações, casos *hardcore*, atos de concentração e nos casos difíceis. Por isso, eu entendo que deva ser o órgão julgante.

UBIRATAN MATTOS

Muito obrigado ao Dr. Pfeiffer. O Dr. Rivière encerrará o painel com seus comentários finais e suas impressões sobre o que aqui ele ouviu, levando em conta as alterações que estão sendo feitas na União Européia. Dr. Rivière.

JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTI

Muito obrigado. Vou fazer comentários absolutamente pessoais, porque a Comissão Européia não pode inferir num projeto brasileiro, como vocês podem compreender. De toda forma, foi muito interessante para mim escutar os comentários da maioria de vocês. A impressão que tive é que o projeto tende a melhorar a organização institucional e a rapidez do processo. Esses são os grandes avanços deste projeto. Entretanto, não entendo, talvez pela minha falta de conhecimento da lei brasileira, até em que ponto há uma mudança substantiva na interpretação do que são as infrações e se existe, na base da prática brasileira dificuldade de prática dos profissionais, tais dificuldades aflorarão na nova lei, de toda forma. Vejo, também, aspectos muito positivos como, por exemplo, a tentativa de reduzir o aumento de casos de concentração. Muito interessante ver a idéia da notificação *a priori* que é uma mudança interessante, tanto para as empresas, quanto para a instituição da concorrência, podendo apresentar a operação antes de consumá-la. Talvez o debate havido seja pelo fato de a celebração do negócio ser um acordo difícil de interpretar e que conviria definir. Para nós que fazemos o mesmo, a notificação *a priori* nas concentrações está claro que as empresas condicionam qualquer efeito do negócio que vão fazer à autorização. Portanto, tenha o nome que tiver a operação essa não se conclui a não ser que tenha a autorização da instituição. É verdade que qualquer notificação que não seja completa dará lugar falhas, Portanto, já é visto na prática atual é muito importante que as notificações sejam o mais completas possíveis desde o início, para que o processo se acelere.

Outro aspecto que me chamou muito à atenção e que me parece um problema substantivo, é o que o Dr. Túlio falou sobre o compromisso de cessação. Há dois aspectos, o da instrução em que se pode corrigir os efeitos negativos ou anticompetitivos de uma operação e outro aspecto mais complexo. Se este projeto quer desenvolver o controle das práticas de cartéis, deve-se consubstanciar-se sobre as multas, na medida em que as práticas de cartéis hoje não se controlam apenas por inspeções diretas, mas sim pelos processos de confissão das empresas que vêm afirmar a infração. Este é um tema que

certamente terá que ser melhor analisado em face da idéia de coibir cartéis, contribuindo talvez para a distinção do que seja um compromisso de cessação de prática, do caso de acordo de concentração que não implique multa, visto que é apenas a confissão de uma prática existente que deve terminar.

Por fim, à medida que se discute vão surgindo pontos e não digo isto para dar mais trabalho aos amigos, talvez seja interessante, ao mesmo tempo em que se faz um projeto de lei ou modificação da lei, dar uma explicação do conteúdo dos regulamentos de aplicação que vão acompanhar este projeto, porque assim alguns problemas são evitados. Ainda, considerando que caso as novas instituições não tenham os meios adequados e as pessoas suficientes será difícil que funcione melhor. Espero que tenham êxito neste projeto, lembrando que sempre haverá a lei anterior para resolver os problemas pendentes. Acredito que isso seja o que eu entendi. Desde já vou estudar seu trabalho Obrigado a todos.

UBIRATAN MATOS

Dr. Rivière muito obrigado. Em nome do IBRAC, eu parablenizo pelo alto nível dos debates e pela qualidade das apresentações. Muito obrigado a todos.

PAINEL II - CARTÉIS - CARACTERIZAÇÃO E REQUISITOS PARA A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL - CARTELS, ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL PENALTIES**MAURO GRINBERG**

Senhoras e Senhores, muito boa tarde. Vamos dar início a mais esta seção do Seminário Internacional do IBRAC. Antes de fazer a apresentação inicial, quero transmitir aos senhores alguns avisos que me pede a coordenação do seminário.

Em primeiro lugar, quero agradecer em nome do IBRAC, o esforço enorme do Sr. Julian Peña, da Argentina, que face ao fechamento da fronteira, não pode passar pelos meios normais e teve que fazer uma longa viagem de barco, inclusive com família, um filho pequeno, para conseguir chegar aqui. Eu queria louvar seu esforço para o fazê-lo. Também, após esta seção, haverá a outorga dos prêmios Esso. Feito isso, vocês tem isso no programa, haverá o pré-lançamento do livro da Dra. Alejandra Herrera, “Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações no Brasil”, que ocorrerá ali no saguão. Ainda, o IBRAC estará oferecendo a todos a Noite da Caipirinha. Obviamente, depois da seção, não confundam com Tarde da Caipirinha.

Senhores Membros da Mesa, Senhores Membros deste Seminário, Senhoras e Senhores. Este evento é muito agradável para mim e nesta mesa eu me considero sentado entre amigos. A origem desta composição de expositores estrangeiros está em alguns encontros internacionais a que comparecemos que contaram com as participações efetivas, tanto do Gary Spratling quanto do Martin Low, que posteriormente me apresentaram ao Gerwin Van Gerven. Daí os convites que foram feitos e eles gentilmente aceitaram, para nossa satisfação.

Sempre que eu ouço falar em julgamentos, e note que falo aqui em julgamentos e não em condenações referentes a cartéis, nu único e bem conhecido caso de 1999 vem à mente. Claro que penso em cartéis envolvendo grandes empresas e não empresários de pequeno porte, menos sofisticados. Evidente que nós não podemos de pronto imaginar que o que é bom para o hemisfério norte é necessariamente bom para nós, mas certamente há exemplos que podem servir de base para as nossas discussões. Até porque, os grandes cartéis internacionais afetam o mundo todo, inclusive o Brasil. Bem, isso já faz parte da exposição do Gary, que estou adiantando um pouquinho.

Aqui sou apenas o coordenador desta mesa e portanto, não é a mim que vocês devem ouvir. Apenas quero dar uma explicação rápida a respeito da

nossa programação. Primeiro, será exibido um filme que relata tudo o que foi feito para investigar o cartel da lysina. É um *leading case*, que deu origem à grande investigação que depois será explicado a vocês no curso do fato. É um fato real, trata-se de um filme feito pelo FBI e talvez, até por isso, não tenha uma perfeição técnica tão grande quanto seria ideal. Em seguida, terão lugar as apresentações individuais dos três expositores estrangeiros e também um pequeno debate entre eles. Isso intermediado pelo nosso intervalo para o café. Depois será aberto o debate.

Quero fazer a apresentação dos expositores estrangeiros. À minha esquerda, Martin Low. Ingressou no Department of Justice do Canadá em 1974 e durante 10 anos trabalhou na Human Rights Law Section; de 1995 a 1999, ele foi Senior General Counselor no Competition Bureau do Canadá; hoje é sócio do escritório McMillan Binch, de Toronto. Quero deixar claro para vocês que essa contagiante simpatia e esse sorriso cativante não revelam o que ele foi como perseguidor de cartéis, cujos integrantes tiveram que pagar somas altíssimas, como multas. Enfim, ele prestou um grande serviço ao país dele.

O Gary Spratling é sócio do Gibson, Dunn & Crutcher, sediado em San Francisco, na Califórnia. Foi promotor durante 20 anos no Departamento de Justiça, até janeiro de 2000, foi Deputy Assistant Attorney General, o cargo mais alto de carreira na Antitrust Division. Ele foi o responsável pela supervisão de todas as investigações criminais e processamentos, inclusive, tudo que se referia a cartéis internacionais. Recebeu o Presidential Rank Award, a mais alta condecoração dada a funcionários do governo nos Estados Unidos, e o fez duas vezes, a primeira recebeu do Presidente Bush (antigo), a segunda do Presidente Clinton, o que revela que ele é muito eclético. Outra coisa quero esclarecer, tenho escrito aqui o número de condenações e de multas que eles aplicaram, mas eu me recuso solenemente a dizer aqui quais são porque isso seria muito provocativo para nós. Vou apenas dizer quantas multas e condenações eles obtiveram.

O Gerwin Van Gerven é sócio do Linklaters & Alliance, em Bruxelas. Estudou direito e economia em Louvain, na Bélgica e em Harvard, nos Estados Unidos. É o sócio encarregado do antitruste há 15 anos, tanto no que diz respeito a controle de atos de concentração, quanto em matéria de cartéis.

Creio que para esta platéia não preciso fazer a apresentação específica dos debatedores. O Dr. Considera e o Dr. Paulo, de qualquer maneira, já foram apresentados hoje de manhã. O Dr. Laércio Farina e o Dr. Franceschini são figuras conhecidas nossas, membros da Diretoria do IBRAC e advogados muito conhecidos. Então, a primeira parte desta nossa seção mostrará o filme que falei anteriormente. Os membros da mesa caso queiram, podem sentar-se

aqui para não atrapalhar a exposição do filme. Eu deixo a palavra com Gary Spratling, para a exposição do filme.

GARY SPRATLING

Good-afternoon., Thank you, Mauro, for that very nice introduction. It's a pleasure to be here. Thank you very, very much for the invitation. As Mauro said, we thought we'd start this afternoon by giving you, a courtesy of the United States Department of Justice: a insider's look at an international cartel. Specifically cartel meetings and cartel operations.

Some of you in this room are prosecutors and have heard about the meetings and the operations of a cartel from informants and cooperative witnesses. Others here, are in corporate counsel and private practitioners, who have heard about cartel meetings and cartel operations from the firms and executives that you represent. Some of us have heard about cartels and their operations in both settings, but I dare say that no one in this room has ever attended a cartel meeting, or at least, I hope not.

Today, we are going to give you an inside look at several cartel meetings, and these are meetings of the same cartel mentioned at the moment And you're going to see this, through the lens that was mounted in a camera inside of a table lamp and videotape and in the case of audio tape you will see transcriptions of the tape. Recorded by FBI agents, with the help of a cooperating witness, the tape captures members of an international cartel fixing prices and allocating territories among themselves, in a product called lysine which more Mauro mentioned, but what he didn't tell you is that, lysine is a feed additive, that is used by farmers around the world who raise poultry and swine. This cartel is commonly referred to as the ADM case, standing for Archer Daniels Midland, one of the primary actors in the cartel. And you will see the executives from the United States, European and Asian countries, conspiring the fixed prices to their customers, using a slogan "our competitors are friends, our customers are the enemy" and operating a cartel so powerful, that was able to fix the price of lysine in every country of the world, effective the next day in their meetings, and every country in the world obviously includes Brazil. There are a total of 8 tape segments. These segments run from one minute in length to four minutes in length. And each segment selected, demonstrates a particular common characteristic of a cartel. We've limited the number of characteristics we're going to point out to you, to a total of 8.

Let's look at, let's jump into those, what the first of those is: United States Department of Justice officials say that the one of the most common characteristics of international cartel is - and these are their words - the bra-

zen nature of the conspiracies and the – again, their words – contempt that cartel participants typically show for any trust enforcement. Now I confess that when I was with the Department of Justice I may have used those same words. In fact, I may have started using those words. But now that I'm in private practice, representing participants in cartels, I find those words unusually harsh and condemning. So whether, you find them harsh, or whether you find them brazen and contemptible, the facts remain the same. And the facts are, that executives involved in cartels, believe that they are above the law and that they will not get caught. The Department of Justice reports that in every international cartel that they've prosecuted, everyone single one, the executives from foreign countries engaged in those cartels knew that they were violating the law of the United States and the laws of other countries that prohibit cartels. They try to conceal their actions with such tactics as, using code when they were talking to one another, making telephone calls from one home to the other home, instead of using the business telephones. Meeting in secret locations. Giving explicit instructions after meetings, to destroy all of the evidence of the meeting, or in the event of an investigation, a pact among themselves that they would destroy all the evidences. Another characteristic of a cartel that ducktails with this you will see in this first segment. It is that typically, very high level executive, sometimes the highest level executives of the companies are involved. They almost always have had antitrust or competition compliance training and in many of the cases prosecuted by the United States Department of Justice, the person who was responsible for the cartel, was the same person in the organization that had responsibility for compliance with the antitrust laws of that firm. Let's turn to the tape.

As I said, this is a courtesy of the Department of Justice, so you would expect an advertisement. All of the tapes segments that you will see today, will be recorded as I mentioned, as a part of the lysine cartel and the first segment shows a meeting, where all the members of the cartel are getting together. Representatives of the 5 dominant producers of the cartel in the world are all meeting in a hotel room in Atlanta, Georgia, in 1995. You will see that they took steps to conceal the fact that they were meeting, by staggering one after the other their arrival and departure times. So no one would see them all going into a room together, or leaving the room together. You'll even, I'm not sure that if it's in this tape, but in one of the tapes, they talk about wearing hats coming in, and wearing dark glasses, so they would not be seen. The members of the cartel had reason, had special reason to be careful at this first meeting we are going to see, and that's because it was occurring at the same time and in the same city as the meeting of the Poultry Trade Association. These are they customers, who are in the same city meeting. In

fact, that fact influences some of the things you are going to see said on this first tape. For example: as the meeting begins, you will hear conversation about them, who the empty chairs are for; one of them jokingly says that one of the empty chairs is for Tyson's. Tyson's is the largest purchaser of lysine in the world They were joking that was one of the customers that was going to be there. The prices that they were fixing to Tyson's. That another chair was for ConAgra, another very large purchaser. Then you will hear one member talking that some chairs are for the Federal Trade Commission and some are for the FBI.

The FBI is in the next room controlling the camera.

The knock at the door, at the end of the tape segment, when one of the gentlemen said FTC ,was in fact an agent of the FBI, disguised as a hotel employee. the reason for the knock on the door was, he was bringing a briefcase to the room that had been left by the FBI's cooperating witness, Mr. Withaker on the tape, had been mistakenly left at the table at breakfast. This briefcase had in it, a directional microphone to assist in picking up, so it was the FBI disguised in a hotel employee that brings the briefcase to the cartel meeting and the briefcase is then put on the desk for the rest of the meeting.

The next tape segment demonstrates another common characteristic for cartels and that is the reluctance of foreign members to conduct cartel activities in the United States for fear of detection by the United States Enforcement Officials. What you are going to see is the transcription of a telephone call. The conversation is between an ADM – Archer Daniels Midland executive at their headquarters, in the United States. The person who was cooperating witness, Mr. Withaker, in the investigation. An executive from a Japanese firm, named Giamoto. They are discussing the location of the next cartel meeting and you will see that the japanese executive is clearly reluctant to meeting in Hawaii, but ultimately agrees to meeting there because it is convenient for the people involved, because of the attraction of nice golf courses close to the meeting place.

As you will see from the next tape, the Japanese executive's reluctance to go meet in Hawaii was a well placed reluctance. The meeting in Hawaii was taped. Another common characteristic of international cartels is one that was actually alluded to in this tape, but is discussed specifically in the next tape, and that is using trade associations as a "coat cover", as a cover for illegal activity. This next tape segment is from the Hawaii meeting that was just discussed there. You will see an ADM executive talk about using trade associations as the "perfect cover".

The gentleman that was saying at the end, that it was a perfect cover is Mr. Wilson, of ATM and we will have more to say about him later. Later

on that tape, we've cut them all down for purposes of this meeting but later on that tape they talk about the preparing of false agendas and the preparation of the complete false minutes of the meeting. That people would not know, in fact, later they prepare pages of minutes completely fictional about the meeting. Another thing that occurs to me that I have insert right here is that the camera was very close to the shoulder of on person and then pinned around the room to another person. One of the things that was difficult for the FBI, in setting this up and putting the lamp in each room, was to arrange the room to make sure that nobody would sit in front of the lamp, and therefore, block out the pictures. Another common characteristic of international cartels is its power to control prices around the globe. On worldwide basis you change prices almost immediately. Executives from around the world you will see in a moment gathered in a hotel room and agreed upon on the delivery prices to the penny per pound for lysine sold in the United States. Then agreed to the - in equivalent currency and weight measures - agreed to the price in every other country of the world, including every country in South America to be effective the very next day. In this particular tape segment, because the actual segment where they agree upon prices for all the countries of the world runs more than three hours, you're seeing a particular portion of the tape where they are talking about the United States and Canadian prices.

You heard them say a dollar and sixteen cents, not a dollar ten, not a dollar twenty, but a dollar sixteen to the penny or pound. They made those same determinations for every country in the world. You heard them say that it was already night time, they were in Hawaii and it was already night time in Canada. They were making the prices that were announced effective in every country in the world the next day (the evidence the trial shows that that in fact happened). The next morning, the price for the commodity changed, in every country in the world. The members of most cartels come to realize that their price fixing conspiracies work much better if they also allocate volume among themselves. And so cartels typically meet in what sometimes they call budget meeting, and sometimes they call something else. But cartel participants typically meet to determine how much each producer has sold during the previous year. They then calculate what the total market was for that year. In all cartels, they then estimate what the amount is going to be in growth for the following year. Then, they divided it back in growth themselves. That's the way they allocate it. In this next tape segment, you're going to see the cartel members having decided already that the growth for next year in the cartel market is going to be £14,000 (fourteen thousand pounds). That's the number you're going to see here several times, and what they are doing is they're deciding among themselves how to divide up that £14,000 (fourteen thousand pounds)

among themselves, because those will be the new numbers in the new budget for the cartel for this coming year. They've already been operating on an old budget, these are the new numbers:

It is common for members of a cartel to keep one another in line, or to keep one another in compliance with their agreement. by actual or threatened retaliation if someone gets out of line. So one cartel member will drop its price, or increase its volume in a manner to hurt the business of another cartel member if that cartel member is doing something that they haven't agreed to. Sometimes the threat of retaliation is enough to make people come in to line in the first place or to keep them from getting out of line. And in this next tape, you're going to see an ADM executive – this is the same meeting that we have just had – this is Mr. Wilson speaking again, you are going to see the ADM executive pose a threat to get his co-conspirators to go on with the proposed volume allocation agreement and to stick with it.

In the next, another common feature is the compensation scheme to discourage cheating. A compensation scheme works like this: a cartel gets together...^(*)

(...) prosecution in the United States, is what my colleague, former colleague from Canada, Martin Low, refers to as the (...) and three years in jail for having evidence like that. There is one more common characteristic that we have on tape. We had agreed to limit this section to 45 minutes, by my watch we're now at 40 minutes, and this is a long segment and it also takes a bit to set up. Let me deal with it in one minute, and we're going to skip it. It has to do with budget meetings and how a cartel sets up a budget for itself. The vitamins prosecutions which you are all familiar with. All the companies in the vitamins prosecutions got together. The executive from the various divisions got together and computed a budget for the cartel, just as you would compute a budget for firm. From that budget, come things like compensation scheme, volume allocation agreement, and so on. In the three minutes we have left before the 45 minute deadline, let me just give just an epilogue of the things you saw on this tape.

All of the companies, or their corporate parents, that were in the lysine cartel, eventually pled guilty and paid large criminal fines. I will talk about the fines in the United States and in their presentations I believe that both Gerwin van Gerven and Martin Low are going to talk about the fines in Canada. ADM ended up paying one hundred million dollars. At that point, and now it sounds like not very much money, with fines of five hundred mil-

^(*) Problemas de gravação

lion dollars floating around. But at that time it was seven and one half times larger than the highest fine that had ever been imposed in any trust case before. The three ADM executives were convicted at trial. Mr. Andreas that you saw, Mr. Wilson, and Mr. Withaker, were convicted at trial. They were sentenced to financial fines up to three hundred and fifty thousand dollars and jail sentences.

In the case of Andreas and Wilson three years and thirty months in jail. Mr. Withaker, who is a cooperating witness, at this time got an even longer jail sentence because he violated his cooperation agreement with the United States Department of Justice. While he was cooperating and assisting in the making of these tapes, he was embezzling more than 10 million dollars from ADM. Lost the protection of cooperation agreement, therefore received his protection on the antitrust offense, was sentenced in that offence, also received a sentence for his embezzlement and fraud and is currently serving a term of more than 8 years in a United States prison.

The other gentlemen you saw on the screen, Messrs. Yamamoto, from Giamoto, Yamamoto, from Kyowa, the two Japanese companies, Mr. Kim, from Sea One. All agreed to plead guilty and paid heavy fines. Mr. Yamada, the Giamoto executive who was at the volume allocation agreement, on behalf of the Asian competitors. He was speaking on behalf of both Korean and Japanese competitors. He did not agree to plead guilty. He did not subject himself to the United States jurisdiction, was therefore indicted and he is now an international fugitive, subject to arrest for in the United States and subject to extradition from Japan. This is the end of segment number one and if the panel will please come back, we'll begin segment number two. So, this is the end of the movies.

MAURO GRINBERG

Senhoras e Senhores, eu quero fazer uma observação. Duas observações, desculpem. Primeira, o Fernando Marques numa conversa que nós tivemos ontem, na diretoria do IBRAC fez referência a este filme como um filme de terror. A segunda referência, que existe um livro, escrito por um jornalista chamado Kurt Eichenwald, *The Informant*. Não tem nada a ver com aquela história dos cigarros. Ele que conta este julgamento, o processo em detalhes e no meu escritório ele se tornou leitura obrigatória para os jovens advogados e estagiários. Eu quero agora, passar às exposições individuais, de cada um dos três convidados estrangeiros a começar, já que ele está no pódio, pelo Gary Spratling, a palavra é sua.

GARY SPRATLING

Martin, and Gerwin and I are each taking 15 minutes to talk a bit about these tape on cartel enforcement and immunity, amnesty, or leniency policies as they may be called in each of our respective jurisdictions, the United States, EU, and Canada.

But first, I'm going to take just one minute to tell you something that may be apparent from what you've seen in this tape and it may not. Enforcement authorities have found, around the world that cartels, like the lysine cartel, because the lysine cartel is a good model, involving literally scores of products, are operating everywhere on every continent of the planet. And enforcement officials are doing something about it. Around the world, international cartel prosecutions are soaring. Competition authorities everywhere are targeting international cartel participants in unprecedented efforts and going after the maximum penalties allowed by the law in their jurisdictions. In the last several years, authorities from countries all over the globe have brought international cartel prosecutions in thirty industries.

Turning to the United States, my assigned topic, for the last few years, senior officials in the United States Department of Justice as an Antitrust Division have stated that international cartel enforcement is the Antitrust Division highest criminal priority. They've done things that reflect that language. Just in the last fiscal year, the US Department of Justice has brought charges stemming from international cartel activities against 14 corporations and 18 individuals; prosecuted cases involving 10 separate cartels, including many cartels that affected Brazil; and obtained over 280 million dollars in fines. Currently, over 30 grand juries are investigating suspected cartel activity in the United States. Fifty percent of the corporate defendants in cases brought by the Antitrust Division of the Department of Justice in the last had been foreign based. And nine percent of all the fines collected had been as result of international cartel prosecutions.

The Antitrust Division has uncovered cartels operating in a broad spectrum of industries and you have heard of many of them, some of them, you may not be familiar with. Auction houses, constructions, vitamins, food addictive in addition to the feed addictive, lysine, chemicals, graphite electrodes, which are used in steel making, marine construction, transportation, and so on. The Department has obtained 1.5 billion dollars in fines from international cartels prosecutions as US\$1 billion, US\$ 500 million in just the last three years. Including fines of US\$ 10 million dollars or more against US, Dutch, German, Japanese, Belgium, Swiss, British and Norwegian based

companies. In case you think that the senior executives are getting away with it, the Department of Justice has brought criminal cases against individuals, executives from Germany, Belgium, the Netherlands, England, France, Switzerland, Italy, Canada, Mexico, Japan, Korea, and most recently Spain, many of those sentences involve incarceration in the United States prisons.

The subjects or targets of the US Department of Justice investigations are located in more than 20 different countries on 5 continents. Those investigations have already revealed meetings of international cartels in 35 countries and over 100 cities. So this is a massive investigative effort. I divide the United States Department of Justice' s program directed at international cartels into a three part plan.

This is something that I divided since I left the Department, they may not refer to it at the same way. The first part of the plan is simple: provide the ultimate reward, immunity for the corporation and its employees and the opportunity to get off the hook, if they come in and self-report. The second part of the plan is increasing the severity of the consequences for companies and executives who failed the report. A pretty simple counter-balance. And the third part of the plan is to enhance the risk that the violations are likely to be detected. Because you see, no matter how severe the penalties, if there's not a high risk that they're going to be detected and prosecuted, it means nothing. People will not come in and self-report, if there's not a high risk of getting caught. And each of those are developed at length in my paper and I'm going to focus just on one those.

That's the first part of the Department of Justice's plan, which is to provide the ultimate reward to those who self-report. That is done through the Department's Corporate Leniency policy, also called its amnesty policy. It is the Department of Justice's most effective generator of cartel cases. Is believed, according to the Attorney General of the United States to be most effective generator of large commercial cases in the United States history. Cases of any type. Over the past five years, the Corporate Leniency Program has been responsible for producing more cartel cases, than all of the search warrants, audio and video tapes that you saw, informant and cooperating witnesses combined. The majority, far more than 50% of the international cartel cases have been advanced through the cooperation of an applicant in the Amnesty Program in the United States. Amnesty in the United States is available to organizations to self-report before and after a Government investigation has begun. But only the first organization to come and to cooperate can get amnesty.

In 1993, the Antitrust Division revised its Amnesty Program to make it easier and more attractive to companies coming in and it was different

than the old program in three ways and these are three critical elements. The first is that, if you come in before investigation has begun, amnesty is automatic; no prosecutorial question involved. Number two, if you come in and you cooperate, and the company gets the amnesty, then officers, directors and employees of the corporation who cooperate also get amnesty (a complete pass from prosecution). The last is, that amnesty is still available after an investigation has begun. When I used to talk about the Amnesty Program with the Department of Justice until the year 2000, when Canada changed its Program, I was able to say, unfortunately, that those three elements not only made the Antitrust Amnesty Program unique in the United States, it also distinguished it from all other Amnesty Programs in the world. There was not an Amnesty Program in another country that was the same. Now as you will hear Martin say the Canadian Amnesty Program is virtually identical and highly successful. You'll hear Gerwin say that the EU is moving in that direction. There are other jurisdictions in the UK, Ireland and other jurisdictions that we know are working but not public, that they are moving into that direction as well.

The reason why is because the financial benefits are just huge. To take the vitamins prosecution that most of you know about, and I believe that Gerwin referred to because of the action that was taken by the EU two days ago. There are the Amnesty applicants Ron Pollack received zero dollars in fines, no criminal convictions, all the individuals got a complete pass from prosecution. Yet Hoffman La Roche paid 500 million dollars, BASF paid 225 million dollars. Three executives from each firm served time in the United States prisons. That's the difference between Amnesty and no Amnesty.

We said we were going to keep one another honest on the 15 minutes. Let me tell you in addition to the Amnesty Program itself, two other things that the United States has done to make this a race to the prosecutor's jurisdiction, because defense counsel when they talk about the United States Amnesty Program they talk about it in terms of a race. Why? Because the Department of Justice has revealed that in many instances, there has been only one day between the time the first person came in and the time the second company came in. In some cases, less than a full day, only a few hours, between applications. I personally was the recipient in three cases, where there was one day or less than a day between the applications. So, it is a race.

The other two things the Department of Justice has done to enhance the race to the prosecutor and increase the likelihood are: number two, they've announced a policy and published the statistics on the great benefits for coming in second. So, if you come in second, you haven't lost everything. You still get very valuable rewards that are just not as good as the amnesty applicants rewards. The third thing that they've done is they developed a policy

called Amnesty Plus, which works like this: if you're in an investigation, and you're in negotiations with the Department of Justice. You've reached the bottom line figure and the department says "I'm sorry the lowest fine you can get, with all the credit we can give you for everything you've done, the lowest fine you can get is 43 million dollars, hypothetically. Unless, of course, you can tell us about a whole new cartel. If you tell us about a whole new cartel, we will give you amnesty in the new one, *plus* we reduce your fine in the current cartel from 43 to 19 million dollars. The Amnesty Plus has been very effective working with the Amnesty. In fact, one half of all international investigations, conducted by the Department of Justice are outgrowth of current investigations. That's all to conclude.

MARTIN LOW

Thank you very much. I was a terrible disappointment to my mother. Because she thought I should be a priest. So from time to time, I try to make up for it by giving a little sermon in a dance of doing a presentation like this. You have all been witnesses to a crime today in viewing those tapes. I have had the experience in prosecuting these offences of judges and people at the other side of the television camera asking me what the big deal is with cartel offenses. Judges who have said why shouldn't parties get together and establish reasonable prices altogether.

When we prosecuted the vitamins case.. I said: well, let me just tell you how immoral these offenses are. In North America where the vitamins manufacturers raised their prices. The people who used vitamins, the makers of cattle feed, people who used vitamin pills to provide essential supplements, so their children don't go blind or suffer from rickets or degenerative diseases of the nervous system, people had to stop using them. When people stopped using them, if the conditions are bad enough, people die. Cattle don't develop, chickens and pigs do not grow. It's not just an economic cost, it's a social and a human cost. And I said, these are just as much crimes as if these executives from Switzerland, Germany, France, came along and put their hand in your pocket and stole your money.

So, cartels are not just bad for business. They're bad because they're criminal. When you're dealing with criminals sometimes in our society people ask questions about leniency. What the policy desirability of letting a criminal go, because he's going to turn an informant and tell what they know against their co-criminals. In Canada, United Kingdom and America for over 300 years society has wrestled with this problem and we have accepted. In order to

detect and to prosecute serious covered economic and other crimes, the most effective evidence is that of a co-conspirator. It enables not just detection, it enables us to prosecute the people who are really responsible. The people don't actually have their fingerprints on the scene of the crime, the key executives who dreamed it up in the first place.

Let me begin by describing with that little sermon the Canadian experience here. In Canada we have an independent agency, the Competition Bureau, run by the Commission of Competition. We have searches, seizures, wire tapped evidences and we have orders for producing documents. This is a little chart of how things begin and they generally start typically with complaints or the Bureau may begin itself, they conduct an investigation through market place contacts, targets, or industry experts. These days, they conduct investigations based on applicants for immunity. They take an enforcement decision, negotiate outcomes and they go to trial. The key to this is detection, as I think Gary said, once again, here are the ways in which cartels are detected, customer complaints, unhappy employees. Very frequently, the sixty five year old secretary, who has been traded in for a newer model, but just manages to keep the boss's diaries. Whistleblowers, Mr. Withaker, my description of a turned employee. And once again, these days, leniency or immunity.

Deterrence is the other critical feature in cartel practice, there must be a risk of detection. There must be a certainty of really serious punishment. There must be individual, as well as, corporate exposure – in my view. And the outcome of these offences, once they've been detected. It is certain that there will be very serious management distraction, over a very extended period of time while managers deal with people like Gary Spratling and Martin Low in our former capacities.

In Canada, corporations are liable to a fine of 10 million dollars per count, or for some offenses like bid rigging, unlimited fines. Same for individuals, but they're also exposed to 5 years imprisonment, private damages and in Canada, there is a significant trend towards stiffer and stiffer sentences.

From 1980 to 2001, there were 54 cartels in Canada that were detected and prosecuted. There were 22 trials and there were 3 successful trials. There were only 3 convictions in that entire period, when the cases went to trial. The total outcome of those three contested convictions were fines of 7 million dollars. Between 1995 and 2001, there were 31 guilty pleas, of which I was responsible for 28 I'm afraid, and total fines of 151 million dollars. The comparison is just staggering. The reason for that chance is this Leniency Program, the Immunity Program. In 1991, the record fine 1.7 million dollars, 1995, it went to 2.5 million dollars, the ADM case – the lysine case - ADM

paid then a record fine of 16 million dollars. Then in 1999, the vitamins case, Hoffman La Roche paid a fine of 50.9 million dollars.

Here are some of the ways in which evidence is obtained in Canada: search warrants, production orders, they can require the production from a local affiliate of evidence that is held by their foreign affiliates. They can search computers for any data that is available through the computer, that is found in Canada. They can engage in wire tap authorizations. Here are some of the outcomes in the lysine case in the US, as Gary mentioned, ADM paid a 100 million dollars, 14 for lysine plus 2 million for citric acid in Canada. In the EU they paid 47 million euro's (I'm afraid that dollar sign is incorrect). Ajinomoto, 10 million, 3.5 in Canada 28 a bit in Europe. Kyowa Hakko was given immunity from prosecution, even though we knew about Kyowa Hakko's involvement in the conspiracy. Kyowa Hakko provided enough evidence to enable us to take proceedings against the other parties. In the case of CHAO or CSA as you saw on the tape, they had no sales in Canada and action against CHAO was not taken. The vitamin's case gets a little more interesting: 500 million in the United States, 48 million in Canada plus some citric acid as well. In Australia a few months ago, 15 million dollars. In the EU the day before yesterday, they were fined in 162 million Euros. In Brazil, if you go down this column, you'll see the cases are pending. I won't spend more time on that except on one feature: in the United States, Rhone Poulanc, or as it now is Aventis, was given amnesty and its evidence resulted in these convictions. In Canada, Rhone Poulanc was the fourth party to cooperate with the Canadian investigation. They were given a very significant discount, but they were required to plead guilty and they paid a fine of 14 million dollars. That was the cost of not being well enough coordinated to decide to seek amnesty in the United States and to move quickly in a coordinated way in other jurisdictions.

The timelines that I mentioned, how difficult it is for manager of these industries to deal with these cases over extended periods of time. Lysine pleads in the United States in between August and December 1996; Canadian pleads came in May of 2000; in the European Union it took years before they got to resolution. Graphite electrodes, similar sort of periods, 1998 the first outcome in the United States through to July of 2001 before matters were resolved in the EU. In vitamins, we've gone from decisions in the United States in May of 1999; in Canada, pleads were achieved a few months later. I think that is the result of a Canadian investigation that had gone on for some time prior to the proceedings in the United States let to the convictions. But from that point to November of this year, things have been under negotiation

in the European Union. I think I said they are pending in Brazil. I understand that proceedings in that cartel are pending in a number of other jurisdictions.

In Canada, this is another critical element to operation of cartel enforcement, and certainly to the operation of the Immunity Policy that is effective, there must be clear protection to the confidentiality of information in order to provide people with the reassurance that they can cooperate with the Enforcement Agency, that is prepared to give them immunity. Without having that information spread out to other jurisdictions where they may not be able at the time to deal effectively with that agency. The further problem with confidentiality is, at least in the United States and Canada, the parties are facing major civil claims by victims of the offenses. So they need to be able to deal with the Enforcement Agencies on a footing of confidentiality. It was well recognized in Canada for a very long time, to preserve the efficiency and the effectiveness of a criminal investigation. A guarantee of confidentiality can be given by the enforcers, then courts will not require a breach of that confidentiality undertaken. That's about fourteen minutes...

Thank you very much. I wanted to say it is remarkable to me, coming from a country where we have had antitrust enforcement confidentiality for over a hundred years. To Brazil, where you've had it for 6 or 7 years and to see a gathering of nearly 200 professionals engaged in this kind of work. I have to say that we would be heart pressed to attract this many Canadians to a Conference of this sort. I think it might be because we don't have a place as nice as Foz do Iguaçu.


Slide 1

IBRAC

“Cartel Immunity: The Canadian Experience”

7th International Seminar on Competition Law
Foz do Iguaçu, Brazil
November 23, 2001

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



Slide 2

Cartel Enforcement: Canada
Competition Bureau

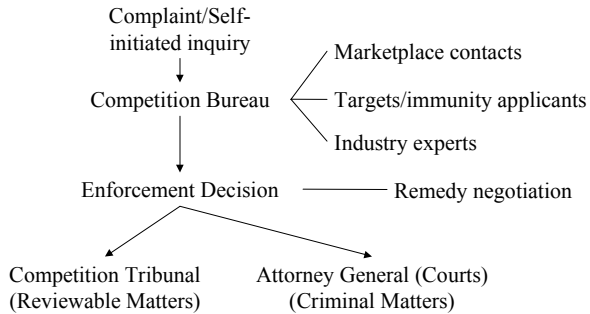
- Independent agency
- CEO Commissioner of Competition
- Investigative and enforcement role
- Enforcement tools - e.g. search, seizure, wire taps and orders for production of documents



Slide 3

Cartel Enforcement: Canada

Competition Act Investigations



MCMILLAN BINCH

Slide 4

Cartel Enforcement: General

Detection

- Complaints from customers
- Disgruntled employees
- Whistleblowers
- “Turned” employees - Lysine investigation
- Strategic analysis
- International cooperation
- Leniency/immunity



MCMILLAN BINCH

Slide 5

Cartels Enforcement: General

Deterrence

- Risk of detection
- Certainty of heavy punishment
- Multiplicity of penalties
- Individual and corporate exposure
- Civil redress/class actions
- Negative customer/public relations
- Significant management distraction over extended period



McMILLAN BINCH

Slide 6

Cartel Enforcement: Canada

- Federal law since 1889: Competition Act
- Criminal offences
- Cartel offences: conspiracies, bid rigging, market/customer allocation; foreign-directed conspiracies



McMILLAN BINCH

Slide 7

Cartel Enforcement: Canada

- Penalties
 - Corporations - \$10 million per count or unlimited fines
 - Individuals - same fines/5 years imprisonment
 - Private damage claims - single only
- Trend towards stiffer sentences and individual prosecution



MCMILLAN BINCH

Slide 8

Cartel Enforcement: Canada

- Record fine levels:

Cartels Prosecuted	1980 - 2001	54
Contested Cases		22
Convictions		3
Fines		\$7 M
Guilty Pleas	1995 - 2001	31
Fines Total	1995 - 2001	\$151 M



MCMILLAN BINCH

Slide 9

Cartel Enforcement: Canada

- Record fine levels:

1991	Canadian Liquid Air	\$1.7 M
1995	Canada Pipe	\$2.5 M
1998	ADM	\$16 M
1999	F. Hoffman-LaRoche	\$50.9 M



MCMILLAN BINCH

Slide 10

Key Canadian Enforcement Tools

- Pre-inquiry
 - case prioritizing criteria
 - market/industry analysis
 - targeting techniques
 - statistical data admissible: ss70-72



MCMILLAN BINCH

Slide 11

Key Canadian Enforcement Tools

- On inquiry:
 - search warrants: s15
 - frequently used, with sealing orders
- Production orders: s.11(b)
 - written returns of information
 - requires production from foreign affiliates
- Oral examinations: s.11(a)



MCMILLAN BINCH

Slide 12

Key Canadian Enforcement Tools

- Computer searches: s.16
 - “...search for any data contained in or available to the computer system...”
- Wiretap authorizations
 - conspiracy
 - bid rigging
 - deceptive telemarketing



MCMILLAN BINCH

Slide 13

Key Canadian Enforcement Tools

- Information obtained by formal powers is admissible and prima facie evidence:
s.69(2)



MCMILLAN BINCH

Slide 14

Key Canadian Enforcement Tools


- S.11 orders: exposure of non-Canadian affiliates
- Wide powers of search and seizure (s.15)
- Foreign directed conspiracies (s.46)
- Evidentiary advantage (s.69(2))
- Information sharing (s.29/MLAT)
- No jury trials for corporations



MCMILLAN BINCH

Slide 15


International Cartel Outcomes			
Fines - Lysine			
	U.S.	Canada	E.U.
ADM	\$100 M	C\$16 M	€ \$47.3M
Ajinomoto	\$10 M	C\$3.5 M	€ \$28.3M
Kyowa Hakko	\$10 M	Pass	€ \$13.2M
Cheil	\$1.25M	No sales/action	€ \$12.2M
Sewon	\$250 K	C\$70 K	€ \$8.9 M



MCMILLAN BINCH

Slide 16

International Cartel Outcomes					
Fines - Vitamins					
	U.S.	Canada	Australia	E.U.	Brazil
Roche	\$500 M	C\$48 M	A\$15 M	C\$462 M	Pending
BASF	\$225 M	C\$18 M	A\$7.5 M	€ \$296 M	Pending
R.P.	Amnesty	C\$14 M	A\$3.5 M	€ \$5 M	Pending
Takeda	\$72 M	C\$5.2 M	---	€ \$37 M	Pending
Daiichi	\$25 M	C\$2.5 M	---	€ \$23 M	Pending
Eisai	\$40 M	C\$2 M	---	€ \$13 M	Pending
Merck	\$14 M	C\$1 M	---	€ \$9 M	Pending



MCMILLAN BINCH

Slide 17

International Cartel Outcomes
Time Lines - Lysine

U.S. pleas	August - December 1996
Canadian pleas	May 1998
European Union pleas	June 2000
US individual sentences	September 2000




McMILLAN BINCH

Slide 18

International Cartel Outcomes
Time Lines - Graphite Electrodes


U.S. pleas	February 1998 - May 1999
Canadian pleas	March 1999 - March 2001
European Union pleas	July 2001



McMILLAN BINCH

Slide 19


International Cartel Outcomes	
Time Lines - Vitamins	
U.S. pleas	May 1999
Canadian pleas	Sept. 1999
Australia pleas	March 2001
European Union	November 2001
Brazil	Pending
Others	Pending



McMILLAN BINCH

Slide 20

Cartels
Interesting Canadian Sidelines
<ul style="list-style-type: none"> • Whistleblower protection: ss66.1 - 66.2 • Interim injunctions to restrain commission/continuation of offence: s.33 • Prohibition orders: s.34 • Ability to reach foreign evidence / defendants ss. 11 (2) & 46




McMILLAN BINCH

Slide 21

Cartels

Statutory Confidentiality Protection

- Prohibition against communication of information received by formal powers; limited exceptions, including where disclosure is for the purpose of the “administration and enforcement of the Act”: s.29
- Broadly interpreted (no jurisprudence)
- MLAT
- Legislative amendments (including “civil MLATS” pending)




MCMILLAN BINCH

Slide 22

Who we are

- McMillan Binch
 - business law firm
 - Toronto-based
 - 160 attorneys
- Leading antitrust practice



MCMILLAN BINCH

Slide 23

Contact Information

D. Martin Low, Q.C.
Suite 3800
South Tower
Royal Bank Plaza
Toronto, Ontario
Canada M5J 2J7
(416) 865-7100
mlow@mcbinch.com

MCMILLAN BINCH

GERWIN VAN GERVEN

Good afternoon. Let me first of all tell you how pleased I am to be here this afternoon. It's my first time to Brazil. I must also admit I had this morning the opportunity to visit already the falls and it's just incredible. I am very, very happy to be here, not only for the falls, but also for this Seminar, which I agree with Martin is quite impressive and it is certainly an idea. We don't do that in Europe and it's certainly an idea I want to take from here. If in a not too distant future some of you may be introduced to something similar in the south of France or Italy, remember me.

There is one thing about leniency that you should know: that best thing to do is to be first. It will probably do if you're second, but if you're third you're definitely at disadvantage. On the other hand, Gary and Martin, we have a compensation arrangement. Gary spoke 30 minutes, Martin, 14. So I have 18 minutes. Anyway, let's talk here. They don't agree, that's the end of our cartel.

Just very briefly, cartels in Europe as you probably know are illegal since a very long time. They are illegal as result of our general prohibition in the EC treaty article 81, that is, restrictive agreement and consented practices are considered illegal. Cartel Enforcement in Europe is not new. The first

cartel case goes back to a decision in 1969, where 8 producers of canine wear at that time had fines of stunning amount of half a million euros. You will see in a second that, Europe has come a long way since then. What is new though, is that the fight against cartels, hard core cartels, is now a much higher priority in Europe. Indeed the European Commission, which is primarily responsible, I should say, for enforcement of European Antitrust Law, is making it really much more a priority and is giving it more resources than before. As a matter of fact, we are in the midst of a significant overhaul of European Competition Procedure rules. One of the reasons why the Commission is doing that, is in order to free resources to dedicate them more to the fight against hard core cartels.

As you may know, the European Commission can only impose administrative fines. So the European Commission does not have the power to impose criminal fines or criminal sanction. It cannot send people to jail for constitutional reasons, it is very unlikely in my view, if not impossible, that it would get those powers in the near future.

Nevertheless, the Commission has significant powers and has significant stick I would say, because it can fine participants in cartels up to 10% of their worldwide turnover. While that was unheard of in, until very recently. There are recent cartel cases in which the Commission has done so, where firms have been fined up to 10% of their worldwide turnover. One thing you should also know is that Commission doesn't have the power to impose criminal sanctions, but some of the national competition authorities that also have the power to enforce their own cartel laws, their own antitrust laws, but also European competition law has those powers that creates a number of interesting issues, but for the moment I will not go into that.

Here you have a short table with the top five cartels fines. I've looked at the five cases, where the highest fines per participant were paid. These are fines for the ringleaders in those cases. As you may see from the paper I have submitted in the materials, I had to adapt, after yesterday, this table in order to take account of the vitamins decision that took the day before yesterday. You will also see what vitamins represent in terms of setting a new record. Until the day before yesterday, the record was 80 million euros (a little bit less – roughly 75 million US dollars). That was a very recent record. As recent as July, that was imposed on the ringleader in the graphite electrode's case. You see, the new record seems, the day before yesterday, is 462 million euros by one of the ringleaders of the vitamin's case. Another thing which I think that is very visible here are that these are all very recent cartel cases, which is an indication that in order to increase the fight, the Commission in recently is significantly increasing the fine levels. A few words about leni-

ency, because the European Commission has a leniency policy and because this discussion we are going to have in a few minutes, is to compare the different leniency policies just to give you a little background on the current Commission Leniency Policy, that goes back to a Commission notice, guidelines in 1996. I'm not going to go in great details of actual conditions are, just that you know, that the 1996 notice, which is by the way under review at the moment. I will come to that in a second, suffers clearly from too conflicting policy objectives, and that you will always have in any leniency notice. First the objective that obviously you want to punish cartel participants severely, and there is a little bit of a friction or tension to let some of these people get off the hook, get away with no fine or a relatively light fine. On the other hand, you want incentivize people to come forward to declare cartels to self-report cartels. Finally the lying balance there obviously is always not an easy task in 1996 for the Commission to do. One of the very things that are important to know about the 1996 Leniency Notice was that it did not guarantee immunity. So even if you met all, if you were in the highest category to say, if you met all the conditions, the Commission was still unwilling to give, to guarantee immunity. It could guarantee immunity, as you know, it has now given immunity in one case, but there was no guarantee and obviously the Commission's leniency policy and results have suffered from that.

There is still a current law, with relatively little transparency and predictability that the Commission wanted to keep a large degree of discretion on its part to decide how much reduction in fines it would give. In my view also, a problem with notice was that it was relatively generous for latecomers. The notice was not only dealing with the people who came first, it provided a system of staggered fine reductions depending on when you came in and how much evidence you gave, you could either receive immunity or a reduction in fine. As a matter of fact, it proved that many people have come in relatively late in the game, after the Commission had started investigation, or the investigation was well on the way, and still that they were entitled to significant fine reductions. These are the conditions that are currently on the books in order to qualify for immunity. Again, immunity is under the current law not guaranteed, but these are all the conditions you would have to meet.

One thing that is very different from, for example, the United States Amnesty Program is that you had to offer decisive evidence and the big question has always been what is decisive evidence and I mentioned that the Commission wanted to keep a large degree of discretion, obviously you can see that there is a lot of discretion in there in terms of what is decisive evidence. Five years down the road, the results of the Commission Leniency Policy, I think there is not much disagreement about that, are relatively mixed. There have been now 12 cases where the Commission since 96, where the

Commission has applied its leniency policy with well over 70 applications that means that there are more than 70 companies in those 12 cases that benefited from some degree of leniency. The majority of these cases were fine reductions between 20 and 10%. There are very, very few cases where actually significant fine reductions were granted simply because the conditions were relatively strict and a number of companies, who really made a difference in certain cases, in cases like lysine, graphite electrodes, and some other cases because they did not meet one of the conditions, one or more of the conditions, never were able to get immunity.

As a matter of fact, when I was preparing for this there was still that until now there was no immunity granted by the European Commission on the leniency policy. The day before yesterday in the vitamin's case, the Commission granted its first immunity to Aventis, sorry, the successor of Rhone Poulanc, who got away with basically zero fine, because it was the first one in the Community that cooperated, offered decisive evidence and did so a pre-investigation. As I said, there were only two other cases where fine reductions were more than 50% were granted but there quite a number of cases where people got 50, 40 or 30%.

In July of this year, the Commission published for consultation a draft leniency notice, that if it is going to be adopted then it will likely be adopted in January or February of next year, will change significantly the Commission's leniency policy. The Commission's leniency guidelines, as Gary mentioned already, will bring them much closer, or much more in line with the US Program, which has proven to be so successful. The major differences with the current program are listed here, one of them and I think that it's probably the major difference is that in certain circumstances, the first applicant will be guaranteed automatic immunity. There is a possibility for automatic immunity, and on top of that, the applicant that meets the condition and he is likely to receive immunity will know so very soon in the game. One of the problems with the current policy is that you will always somewhat in the dark. As a matter of fact, to a large degree in the dark, as to whether or not the application that you made was going to be successful and was going to give you either immunity or a high degree of fine reduction. It is obviously unavoidable, because one of the conditions is that you must offer full and continuous cooperation, as it is the case in the United States. So the final decision of if he can only be taken at the end of the road, where a procedure is finished and when a decision is adopted. But under the new rules it would be possible when you go in the Commission very, very soon. In a matter of days, would be able to tell you what you are going to offer or what you have offered is sufficient to give you immunity, on the condition that you will continue to

cooperate in an open and honest way with the Commission. That you would also, obviously, at the end of the road, it is proven that you meet all the other conditions. I think the new leniency notice really improved the incentives to go in early, creating a much better mechanism for a race that is so important to have an effective leniency program.

What are the new immunity conditions going to be. That is the last slide and I will conclude with that. I see Mauro giving me the sign for one minute. So I think I will make it, maybe a little bit more but not too much. I won't need my three additional minutes, that's certain. The new conditions are here and I think it is also a progressive discussion, it would be good to just spend one minute on it. The current text says that in order to qualify for immunity, the Commission should not yet be aware of the cartel. Now that is a very high standard because in many cases, the Commission may be aware of a cartel as a result of what is going on in the United States or in other jurisdictions. That means that for that reason, the applicant would not qualify for immunity. Now the Commission has already announce, at least informally, that this condition is going to change. It is going to change to what it was to a certain extent before, when the applicant has to come in before the Commission has launched the investigation. It may very well be that the Commission is aware of the existence of the cartel, but when it has not yet launched investigation. In EU jargon, it means when it has not yet carried out "down race". the condition satisfy, that first condition would be met. evidence in order to allow the Commission to start an investigation to carry out a down rate. It will not be sufficient to say I have been a member of a cartel in that sector. It will have to give really some information in terms of documents: who were the participants, etc. In order to allow the commission to carry out a successful down rate at the premises of the participants. The applicant must offer full and continuous cooperation with the Commission throughout the proceedings. It must also, immediately, terminate the involvement in the cartel. At the time it goes in, it must stop its involvements of the cartel and interestingly because we come back to that in the discussion, it should not be a bully. That means it should not have forced all the participants in the cartel to become a member of the cartel or to stay a member of the cartel. So far for my introduction. I thank you for your attention first of all. I hope we can now move to discussion.

<p style="text-align: center;">Leniency in EU Cartel Law</p>

Gerwin Van Gerven
IBRAC
7th International Seminar on Competition Law

EU CARTEL LAW

Article 81 of the EC Treaty

Prohibits restrictive agreements and concerted practices
Applies to hard-core cartels that have an effect in the EU

Antitrust agencies

European Commission (“EC”)
National Competition Authorities (“NCAs”)

SANCTIONS

Only fines

But up to 10% of world-wide turnover
Only firms and their trade associations
1998 Fining Guidelines

No criminal sanctions

But some NCAs have the power to impose criminal sanctions

REFORM OF EU COMPETITION LAW

EC Focusing on

Merger control (with Community Dimension)
International hard-core cartels
Abuse of dominant position and vertical market partitioning (cases with Community interest)

No longer Art. 81(3) notifications !

NCA's will deal with other cases

They will apply EU competition law

Including national cartel cases

TOP 5 CARTEL FINES (by firm)

Industry	Fine	Firm	Year
Graphite Electrodes	€ 80 million	SGL Carbon	2001
Heating pipes	€ 70 million	ABB	1998
Lysine	€ 47 million	ADM	2000
Liner Shipping	€ 41 million	P&O Nedlloyd	1998
Sugar	€ 40 million	British Sugar	1998

1996 LENIENCY NOTICE

- **Section B :100% - 75%**
- First to offer decisive evidence “pre-investigation”
- No immunity guaranteed
- **Section C :75%-50%**
- If the applicant does not apply “pre-investigation” but is the first to offer decisive evidence
- **Section D : 50%-10%**
- If Section B or C conditions are not met

• “SECTION B” CONDITIONS

- **Application must be pre-investigation**
- **First to adduce “decisive evidence”**
- **Immediate termination of involvement in cartel**
- **Full and continuous cooperation**
- **Not a ringleader or instigator**

- **MIXED RESULTS (5 years)**
- **11 cases and over 60 effective applications**
- **Immunity was not yet granted**
- First immunity grant expected soon
- **Only one Section C treatment**
- Lysine case (80% reduction)
- **All other applications yielded Section D treatment**

FINE REDUCTIONS

Reduction	# of beneficiaries
80%	1
70%	1
50%	4
40%	6
30%	8
20%	15
10%	31

- **2001 DRAFT LENIENCY NOTICE**
- **Both immunity and fine reduction**
- Provides for automatic immunity
- **More straightforward conditions**
- Improved clarity and predictability
- **“Status” confirmation early on**
- Conditional immunity in writing
- **Improved incentives to go in as soon as possible**

- **IMMUNITY CONDITIONS**
- **EC unaware of cartel**
- **First to apply**
- **Sufficient evidence to enable “dawn raid”**
- **Full and continuous cooperation**

- **Immediate termination of involvement**
- **No “bully”**

- **NATIONAL LENIENCY PUnited Kingdom**
- Follows US model
- **Germany**
- Follows EU model
- **France**
- Large discretion
- **Some other NCAs are working on a Leniency ProgramROGRAMS**

MAURO GRINBERG

Vocês já perceberam que esse painel tem algumas inovações em relação ao modelo tradicional. Uma delas foi a exibição de um filme. E a outra inovação é o início da sessão, após essas exposições individuais, com um debate entre os três expositores estrangeiros. Eu vou deixá-los livres e a primeira parte disso durará exatamente 15 minutos, e eu vou deixá-los livres para fazê-lo. Gary, você começa o debate?

GARY SPRATLING

Sure, I’m happy to. This is directly to you Gerwin. The United States thought, when it revised its Amnesty policy, that one of the most important aspects of it was that it provide for the opportunity of amnesty after the government had begun an investigation. The experience of U.S. enforcers is that, the majority of the large investigations have been advanced by such amnesty. The ones which were on a short today. Vitamins, graphite electrodes and so on, are all matters that started as result of amnesty after a government investigation. The Canadians changed their policy. The amnesty was available after an investigation had begun. It’s common knowledge. I think it’s fair to say, that the U.S. strongly encouraged the EC to adopt the policy that was similar to the U.S. and Canada. They allow amnesty after an investigation had begun and that was consistency among the jurisdictions. I know that you don’t represent the EC, but do you have any idea why the draft noticed for 2001, the

draft as he noticed, does not allow or provide for the possibility of amnesty after an investigation has begun?

GERWIN VAN GERVEN

Indeed, I think there is a difference with the program in the United States which it is not possible. I must say that I'm not really have an insight why it is done. As a matter of facts, the commission wanted to change, as I mentioned, the condition to being it. Information must be provided pre investigation. The commission should not yet be aware of it and slightly to move back. In my view, this idea, this conflict between the two policy objectives that makes the commission somewhat uneasy to give immunity after an investigation is started, because when the investigation is started, obviously it means the Commission is aware of the cartel. It also means that it has obtained sufficient evidence to start an investigation. Normally that would mean, if the investigation is successful, the commission should probably have the smoking or should probably obtain gun documents, but that can obviously not be guaranteed. So personally I think it would also be a good idea to allow immunity. Certainly no longer guaranteed immunity, because on the U.S. assistant which is also not the case, allow for immunity if an applicant came forward and following an investigation that had not been so successful. As a result of that, they gave the commission evidence that kick started the procedure. It is probably also an addict incentive for applicants to come forward. I think that is a very important incentive. We'll have to see it. As far as I'm aware, I'm not sure that the Commission would add that possibility, but we'll see it.

We will only know when the final text is out. I strongly agree with what Gary is saying. I think a need for aligning these leniency programs and just as an aside a little bit. In Europe it's not only the Commission that is developing leniency programs, also the national competition authorities are developing their leniency programs. UK has one, France has one, Germany, Ireland has one and there is a number of all those who are working on it. It is going to get very complicated, because these cartel authorities can also apply European antitrust law. I think there is a need for some alignment in these policies and in this moment, there is not. I think it allows for a number of tactical games that could be played and I'm my view, is best to avoid it.

MARTIN LOW

Let me just ask about a suddenly different subject, that is the process of cooperation from one jurisdiction to the other. In a perfect world, if you are representing a cartel participant, you would want to be the first to apply to the United States, where your executives would go to jail. You would like to be the first to apply in Europe, if you have significant sales there. You might want to get in to Canada, because your executives would go to jail there. There is a coordination problem. What I'd like perhaps to address is the process by which they cooperate. They have to produce information and evidence in three jurisdictions, and everybody is gonna want to go fast ... Gary, can you just talk about what your expectations would have been, what your former colleagues would now expect?

GARY SPRATLING

Yes, first of all I really didn't know that Martin was going to ask this question but I'm delighted, and it's important to recognize.

MAURO GRINBERG

Nem tudo foi combinado aqui, viu? Not everything was settled before.

GARY SPRATLING

Oh, no.

MARTIN LOW

Spontaneity is very important.

GARY SPRATLING

It is difficult to make an amnesty application. One might say when looking at Martin's chart up there: why was Rhone Poulanc so late in Canada? Was it deliberated? Or was it because they work first in the United States, then they came back and I don't know the answer for that.

The fact is that even if you want to apply in all jurisdictions and your board of directors has made that decision, you cannot do it instantaneously. It's a hard thing to do. Because you have to collect the evidence to make the application to the various jurisdictions. And before I get to what I think the rule is, let me tell you about a process that's allowed in the United States and Canada, and it's not allowed now in the EU. But under the draft notice it will be allowed, which you can approach the jurisdiction and get a marker. What I mean by that is, you can approach the jurisdiction and you would say, for example, the United States Department of Justice authorities: We believe that we have violated the Antitrust Laws and we have authority from our board of directors to provide you the results of our internal investigation and to make an application for Amnesty in the following industry, but we don't yet have all the information, because the information is located in the EU, in Canada, in France and in Brazil. We have to go and talk to people in these jurisdictions to get the information. How much time will you give us? And the Department of Justice might say: we will give you two weeks, or we will give you three weeks. Until you come back with your first production of information in support of that application. Once you do that, the amnesty application and immunity agreement that you reach with the Department of Justice.

The standards for application are pretty close to the same in the United States and Canada, but they're not with the EU. Right now, in the EU you have to have decisive evidence, which is a much different standard than in the United States and Canada. Even under the new standard, you would have to have enough evidence to support a down rate. Not only is that a discretionary standard, as Gerwin mentioned. It's discretionary. So you don't know exactly what it is. It is a higher standard than either in the United States or Canada where the standard simply is produce whatever information you have. When people do that, they qualify for Amnesty. In terms of where you go first, the answer isn't always the same. It's not always true you go to the United States first. I think generally you will, because of the likely exposure of your executives. But there are some situations where you might not have such exposure in the United States, you get huge exposure in the EU too. The question I think one asks is: where am I going? Where is it going to hurt me most to come in second place? That's an analysis of what happens to you in each jurisdiction, if you're second. Wherever that harm is greatest, that's where you go first. Because you want to prevent that harm from occurring to you if you decided you were going to go everywhere. If the answer is the EU, you go there first. If the answer is the US, or if it's Canada, you go there first. Did I get close to answering your question?

MARTIN LOW

Very close. Let me just do a little follow-up. I have a client who has applied to be first in Europe. Gary is quite right. The rule is: you have to come in and be ready to go and have everything tied up in a bow. In fact, without applying the new policy, which is not yet in place, they gave my client three weeks to prepare its submission. Certainly, we get that kind of leeway in Canada. Because I think you find that the enforcers understand which people need to protect themselves everywhere they can. And it is in everyone's interest to enable them to do this in a coordinated way. But what we would expect in Canada is that party would agree that we could consult with other enforcement agencies, where they also had been given immunity. Because typically, it will take you a little bit of time to get in everywhere. After that has occurred, the agencies typically will want to go very quickly and they will not want to have their immunity applicant appearing to drag their feet in their cooperation.

GARY SPRATLING

Martin mentioned another subject. He mentioned it for the second time, which he raised in his presentation, that's with respect to the confidentiality of this. Jurisdictions treat the Amnesty applications, as the most confidential type of communication to an authority and do not disclose that information even to a sister enforcement authority if they ask. If Canada asks the United States information provided by an Amnesty applicant, the United States does not provide that information, nor will Canada, nor the EU. What Martin is talking about is a waiver of that. They are all allowed to talk to the other jurisdiction and jurisdictions may request it or may not. Applicants may or may not, grant the waiver. The reason for that is that I'm involved in a situation, right now, where I have not granted a waiver in response to another jurisdiction's request, even though. Ultimately we will approach that jurisdiction with all the information, because to grant the waiver to the other jurisdiction, would provide them access to information where we hadn't completed our investigation and all of our work in the subject country yet. It would disadvantage our company with respect to that enforcement authority and we have explained that to the jurisdictions which asked for the waiver. So, the waiver may or may not be granted.

MAURO GRINBERG

Nós tínhamos falado em 15 minutos desse debate e já está próximo, mas eu quero antes de passar para a fase seguinte, lembrar que nós temos 4 debatedores e estava previsto que teríamos 30 minutos das apresentações deles. Dividir 30 minutos por 4 dá 7,5 minutos que é meio difícil de contar, mas eu vou tentar.

O Dr. Cláudio Considera vai ter que se afastar em razão de um congresso internacional, e ele me pediu para falar agora. Então a pedido dele farei uma pequena inversão de pauta. Vamos ouvir as observações do Dr. Cláudio Considera e passaremos ao intervalo para o café, que será de 15 minutos. Depois retornaremos para a continuação do debate entre os três expositores estrangeiros e os demais debatedores da mesa. Dr. Cláudio Considera, por favor.

CLÁUDIO CONSIDERA

Agradeço ao Coordenador da mesa a compreensão deste problema. Nós estamos, justamente, indo a um encontro internacional de grupos que combatem cartéis. Nós fizemos um grupo internacional grande e o segundo encontro será agora no Canadá. O primeiro foi em Brighton e este é o terceiro. No Brasil, o quadro que nos foi mostrado há pouco, pode ser razão da nossa vergonha ou orgulho. Vergonha porque há vários casos pendentes que nós não conseguimos julgar. Não conseguimos completar as investigações. Orgulho, por nós termos trazido esse assunto. A equipe que está aqui representada, trouxe esse assunto ao ponto focal do nosso trabalho, ao invés de se dedicar exclusivamente a atos de concentração, como foi no passado. Vocês viram pela própria organização da agência a atenção destinada ao combate a cartéis. Eu gostaria de salientar, a respeito das várias inovações que fizemos na lei, a deficiências em termos de investigação na tentativa de combater cartéis de forma mais eficiente. Temos deficiências materiais, de gente, para a investigação mas temos também deficiência no que se refere à lei propriamente dita. A lei obriga que avisemos uma empresa com 24 horas de antecedência que iremos fazer uma inspeção nos computadores e etc. Obviamente isto algo que beira o ridículo.

A primeira inspeção que fizemos foi no sindicato de postos de combustíveis em Salvador. Eu mandei dois dos meus técnicos para essa inspeção e eles me perguntaram: e se o cara não quiser me deixar entrar? Eu disse: volta para casa. Evidentemente que agora nós temos a polícia federal conosco, que

nos acompanha numa batida que nós viermos, eventualmente, fazer. Ainda assim, temos que avisar com antecedência o que vai se passar. Nesse sentido, estamos buscando auxílio dos Ministério Públicos para tentar que a ordem judicial seja dada sem a necessidade de advertimos com 24 horas de antecedência que haverá busca na empresa. O que se nota na verdade, e não daria tempo para descrever como o processo de trabalho afinal culminou nesta estratégia, é que anteriormente nós pensávamos: teremos uma investigação administrativa e depois isso passa à fase criminal. Caso, por exemplo, do cartel de aço, que foi condenado em termos administrativos e poderá, eventualmente se alguém se interessar, passar a uma fase criminal com ação no Ministério Público para condenar também criminalmente o cartel. Isso não se passou ainda. Não foi ainda para a área criminal esse cartel. Já deveria ter ido. Um ministério público eficiente certamente já teria levado isso para a fase criminal. O que você podem estar percebendo é o seguinte. Nós estamos transformando a questão do cartel. Nós estamos começando, e isso dá para sentir quem tá fazendo esse trabalho, nós estamos começando a fazer uma coisa que é a parte administrativa mais a parte criminal ao mesmo tempo. Ou seja, quando isso foi para o CADE julgar doravante, provavelmente vai estar na corte criminal ao mesmo tempo, porque nós estaremos trabalhando junto com os ministérios públicos e estamos fazendo três experiências desse trabalho, provavelmente os senhores terão notícia em breve a respeito disso. Três experiências desse trabalho de forma a tornar a nossa investigação mais eficiente e não apenas burocrática como a lei hoje nos permite fazer.

Isso deverá mudar no futuro, nós imaginamos que no futuro, as cortes criminais também terão que ser refeitas e termos cortes especiais para esse tipo de problema ser julgado na medida em que eles apareçam com mais frequência. Gostaria de abordar também que o programa de leniência foi muito atacado de forma geral, uma oposição muito grande ao programa de leniência dizia que isso não é da tradição brasileira e etc. Volto a dizer aqui, o que não é da tradição brasileira é os cartéis serem pegos. Na medida em que eles começarem a correr o risco de serem pegos, o programa de leniência vai funcionar. Nós já temos pelo menos três conversações em torno desse programa. Obviamente, não vamos aqui falar a respeito disso. O que nós podemos ver é estamos muito atrasados em termos de caça a cartéis, embora estejamos muito mais avançados do que estávamos a três anos atrás quando começamos.

Gostaria de dar a notícia a respeito de dois cartéis que estão aqui avaliados: lisinas e vitaminas. O de lisinas, evidentemente que todos os senhores são advogados e sabem quais são todas as medidas protetórias para se impedir que um caso avance muito rapidamente. Então a última medida protetória que nos exigia é que os documentos fossem carimbados pelo Ministério da Justiça, documentos esses que são públicos nos Estados Unidos e aqui o

caso foi à corte, ele deixou de existir dois dias atrás quando recebemos todos os documentos carimbados pelo Departamento de Justiça americano. Agora, o caso está com os documentos necessários para seguir adiante, já que eles são oficiais, carimbados pelo Departamento de Justiça americano. Evidentemente nós temos um problema, em termos administrativos o caso está prescrito, mas com certeza com a ajuda do Ministério Público nós vamos levar a ADM para a corte criminal, porque em termos criminais é de 12 anos o prazo de prescrição. No caso de vitaminas, um caso clássico com poucos instrumentos de investigação e com a parca colaboração americana, porque eles não podiam nos dar as informações que queríamos, a respeito de como funcionou na América Latina o cartel e, particularmente no Brasil, nós conseguimos descobrir no interior do Rio Grande do Sul, um dos gerentes de uma dessas empresas, esse gerente nos prestou todas as informações, nós conseguimos levantar exatamente como funcionava o cartel de vitaminas na América Latina e no Brasil em particular, e nós podemos então, graças a ajuda do Departamento de Justiça americana, uma ajuda... pouca ajuda porque eles não poderiam nos dar as informações propriamente dita porque o caso não foi à corte, foi um acordo que houve entre as empresas, uma das empresas pelo menos que aplicou o programa de leniência, mas eles nos puderam responder algumas perguntas que nós podíamos fazer a eles algumas perguntas do tipo: é isto, e eles poderiam dizer sim ou não. Então nós fizemos várias perguntas em que eles nos responderam sim ou não e nos permitiu dirigir a investigação no Brasil e na América Latina. O caso está bem traçado, está na SDE em fase de processamento. Era isso, eu agradeço essa oportunidade e lamento ter que deixá-los.

MAURO GRINBERG

Muito obrigado, Dr. Cláudio. Antes de ir para o intervalo, quero fazer uma observação pessoal, nunca foi tão fácil presidir uma mesa face ao respeito que todos tiveram até agora com relação ao horário. Isso é um elogio aos que falaram e uma lembrança aos que vão falar. Muito obrigado, até já. 15 minutos. Ao público também, 15 minutos.

Senhoras e senhores, vamos continuar aqui o nosso trabalho. Eu quero passar aqui imediatamente ao Dr. Paulo Corrêa para os, desculpem-me, 7,5 minutos de debate.

PAULO CORRÊA

Mais uma vez boa tarde a todos. Eu queria agradecer a oportunidade do IBRAC para participar desse painel. Eu vou separar minha intervenção em duas partes. Farei alguns comentários iniciais e depois algumas colocações para os painelistas principais. A três anos atrás nesse mesmo evento do IBRAC, também num painel sobre cartéis e na companhia pelo menos do Laércio Farina, a gente começou a insistir na importância desse tema, não só do ponto de vista da política antitruste, mas também em termos do impacto que o *enforcement* do antitruste, especialmente com relação a cartéis intrinsecamente nocivos, poderia ter sobre o desenvolvimento econômico.

Já em 1999 a gente deu início ao caso das lisinas, muito inspirado por uma palestra semelhante que o Gary Spratling fez, com um pouco mais de tempo certamente, durante o primeiro *Workshop on International Cartels*, realizado pelo Departamento de Justiça nos Estados Unidos. Em 2000, iniciamos o caso das vitaminas, também contando um pouco com a colaboração bastante informal e certamente criteriosa do Departamento de Justiça Americano, mas contando com algumas pistas e algumas dicas muito importantes de um outro colega de painel que é o Martin Low. De lá para cá bastante coisa foi feita nos no meu modo de ver e eu queria recuperar algumas delas em matéria de cartéis.

Essas iniciativas foram tomadas, em grande medida, seja pela SEAE seja pela SDE ou em conjunto pelos dois órgãos. E aqui vale a pena reconhecer a importância de pessoas que não estão presentes neste momento, Darwin está mas eu queria chamar atenção também para a importância que o Caio, que muito dos senhores conhecem, teve na época que foi Diretor do DBDE, para tocar adiante essas iniciativas. Bom eu queria recuperar, então, muito brevemente o que foi feito de lá para cá. Nós, em primeiro lugar, desenvolvemos alguns instrumentos legais que facilitam ou que dão alguma capacidade de investigação para SEAE e para a SDE. Desenvolvemos um programa de leniência incluindo um programa de *Amnesty Plus*. A SEAE, em particular, criou três coordenações, uma no Rio, uma em São Paulo e uma em Brasília para cuidar apenas desse tipo de infração. Nós iniciamos conversas tanto com a Polícia Federal quanto com o Ministério Público. Acentuamos a cooperação informal tanto com o Departamento de Justiça Norte Americana quanto com outras autoridades antitruste no resto do mundo, especialmente em fóruns como esse *Workshop on International Cartels*, que teve a sua, que terá a sua seqüência a partir da segunda-feira em Ottawa. Nós participamos do grupo de trabalho criado pelo Ministério da Justiça para reformar a lei 8137, discriminando algumas condutas estabelecidas. Fomos o primeiro país não membro da

OCDE a assinar a recomendação sobre a priorização do *enforcement* contra *hardcore cartels* da OCDE, enviamos ou estamos em fase de envio ao CADE de vários casos como o de aço, casos em vários setores que eu acho que não vale a pena mencionar mas que tem impactos econômicos seja para o consumidor final ou para as empresas bastante substantivo.

Um caso que eu gostaria de chamar atenção e correspondente ao que é o caso de lisinas nos Estados Unidos, guardadas as proporções, é o caso de postos de gasolina em Florianópolis, onde por iniciativa tanto da SEAE quanto da SDE, um procurador de bastante talento daquela cidade foi capaz de gravar os acordos e as conversações que donos de postos de gasolina faziam para acertar os preços e as condições de concorrência naquela cidade. É bom frisar que esse caso vai ser examinado agora pelo CADE e se a condenação ocorrer, talvez se torne um *leading case* especialmente em termos de apresentação de evidências mais duras, de *hard evidences*.

Finalmente nós tivemos essa preocupação como um elemento importante da reforma da lei. Toda a simplificação de análise de atos de concentração, nós esperamos, liberará recursos financeiros e humanos para serem investidos nessa área. Os senhores notaram pela manhã que o projeto da agência contempla um departamento específico para tratar deste tema. Não há nenhuma razão teórica por trás disso, apenas a demonstração de uma determinada ênfase que se deve conferir à sugestão de tratar cartéis como infração *per se*. Demonstrando a nossa sintonia com uma tendência internacional de dar absoluta prioridade as infrações do tipo de cartel ou, pelo menos, aos acordos horizontais intrinsecamente nocivos.

Em 1 minuto, eu queria propor algumas sugestões para os panelistas, para o Gary Spratling, seria interessante ouvir um pouco mais sobre os meios de investigação que o Departamento de Justiça tem, outros além da leniência obviamente, nesse caso de investigação de cartéis o que ele se referiu como a terceira parte do plano. Ao Martin, eu talvez me anteciparia a perguntar como é que ele vê a experiência de adoção do programa de leniência no Canadá, sobretudo em termos da aceitação, num primeiro, momento desse tipo de programa. E, complementarmente, como a tradição jurídica canadense afetou a adesão a esse tipo de programa? Ao Gerwin Van Gerven eu perguntaria finalmente, ele se referiu na sua exposição a *high priority* ao combate a cartéis que estaria sendo usada já há algum tempo na União Européia. Eu perguntaria como ele vê essa prioridade, essa ênfase na política antitruste européia com a noção também originária dessa tradição jurídica dos cartéis de crises, ou os *crisis cartels* ? Muito obrigado.

MAURO GRINBERG

Obrigado, Dr. Paulo. Eu quero só fazer uma observação antes de passar para o Franceschini, as respostas dos expositores serão feitas depois dos três debatedores, aquela supressão dos 15 minutos que os expositores estrangeiros ainda teriam, foi feita por sugestão deles mesmos. Eu esqueci de avisar antes, eu peço desculpas. Mas agora, Dr. Franceschini, eu vou pedir que o Sr. siga a tradição dos demais e se mantenha dentro do tempo.

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

Eu acho que meu hábito de extrapolar um pouquinho é bem conhecido, por isso eu havia combinado com o Dr. Paulo Corrêa que ele diria oi e eu diria tchau, assim ficaria mais rápido. Mas, fazendo ou procurando fazer pelo menos um pouco de contraponto, porque todas as vezes em que eu vou em seminários desta natureza e se trata de questões desta ordem, me remonta a idéia do Direito Penal medieval, onde o carrasco mostrava a sua vítima os diversos implementos de tortura e depois seria aplicada a pena correspondente.

Diante desta questão, tentando fazer um pouco de contraponto, eu gostaria de dizer que isto é muito lindo, tudo muito maravilhoso, mas nós temos que atentar para realidades nacionais que demandam alguma preocupação, principalmente, ao respeito dos direitos básicos das empresas envolvidas e dos seus executivos e seus administradores. Isto eu digo porque o Brasil tem uma tradição cartelizante não só por forças de mercado, mas até de políticas governamentais de outrora que incentivavam e criaram a mentalidade de cartelização, de condutas coordenadas, inclusive com a participação própria e direta do governo em seus vários níveis. Atualmente, estamos livres da quase totalidade dos órgãos de controle de preços, de vez em quando há uma certa regressão, como é o caso dos medicamentos, mas o fato é que freqüentemente no Brasil há uma facilidade muito grande de se acusar empresas de cartelização, e isso leva a uma grande preocupação em termos de segurança jurídica. Toda vez que há um problema setorial qualquer, a primeira coisa que se faz é acusar as empresas de cartel, aí se convoca a empresa para fazer uma cartelização com o próprio governo que se não se chega a um acordo, se processa a empresa por cartel. Em seguida, corre-se para procurar prova que afirme se há ou não o tal do cartel. Esta é uma prática comum no sistema jurídico e social

brasileiro que demanda uma preocupação quanto às garantias constitucionais, as garantias legais para aplicação dessa norma.

Eu gostaria de lembrar que o atual projeto de lei, traz avanços inegáveis e deve ser reconhecidamente aplaudido, especialmente após as alterações que foram realizadas. Na realidade, o projeto de lei que está em análise exterioriza coisas que sempre foram ou deveriam ser, mas apenas agora tem uma consagração. Como, por exemplo, a inconstitucionalidade da dicotomia do órgão que julga não é o que instrui e o que instrui não é o que julga, consagrando o papel de acusador que hoje seria representado pelo DPDE. No tocante a cartel, há uma coisa curiosa porque a nossa lei antitruste não considera o cartel tal como definido na economia, uma infração à ordem econômica. No artigo 21, o considera como uma infração meio e não a infração fim do artigo 20. Uma primeira impropriedade que estaria sendo corrigida, inclusive pela atual redação da proposta a ser encaminhada ao Congresso Nacional, o fato de se transformar aquelas infrações em infrações passíveis de serem rejeitadas, ou seja, desconsideradas em termos de se houver eficiências econômicas, há a aplicação da regra da razão, isso sempre foi. Não há muita novidade, apenas uma consagração daquilo que se chamava regra da razão e era um termo jurídico, agora passou para um termo econômico chamado eficiências econômicas.

Uma correção muito correta, o projeto anterior falava que quando houvesse uma eficiência econômica, haveria uma extinção da responsabilidade ou extinção da punibilidade o que está evidentemente errado, porque haveria o reconhecimento de uma infração, apenas se extinguindo a responsabilidade ou a punibilidade. A atual redação, mais adequada, extingue e não reconhece a atipicidade da conduta praticada. A única observação que eu tenho, a título até de cooperação, é que se dá ênfase muito grande a eficiências alocativas, quando nós sabemos que ela é a parte mais pobre de todos os tipos de eficiência. Eu tenho uma visão de preferência muito maior pela visão de Schumpeter, ou seja, aquela destruição criativa que ataca o mesmo e que gera bem estar social a médio longo prazo para o futuro, e não apenas para um momento circunstancial que é o que ocorre com a eficiência alocativa. A preocupação é que se confere a atipicidade da conduta por uma eficiência pobre, que é a alocativa, quando se deveria dar muito mais ênfase para as eficiências de natureza inovativas ou produtivas, que me parecem tem muito mais interesse.

No ponto de vista do cartel, enganam-se, com todo o respeito, aqueles que imaginam que poderá ser tido como um cartel com uma figura, uma infração *per se*. Isto não existe no direito brasileiro. Isto é absolutamente inconstitucional, não só pelas garantias de ampla defesa e do contraditório, que

são garantias previstas no artigo 5º. Com todo o respeito toda vez que alguém fala de infrações *per se* no Brasil eu vejo tremer um pouquinho o artigo 5º da Constituição que trata daquelas garantias constitucionais mínimas do cidadão brasileiro. Também não nos esqueçamos que a legislação antitruste brasileira tem embasamento no artigo 173, parágrafo 4º, que diz: *A lei proibirá o abuso do poder econômico que vise o domínio de mercado*. Altere-se a constituição, mas enquanto a constituição estiver em vigor, este conteúdo teleológico só tem um significado: o impedimento da consideração do delito *per se*. Toda matéria repressiva com responsabilidade objetiva é juridicamente herética. E mesmo, há de se entender, que quando se fala em responsabilidade objetiva, ela não significa apenas uma condenação por indícios, que é muito freqüente. Se apregoa a todos os ventos que no Brasil teve um único caso de cartel clássico condenado, eu diria um dos casos clássicos de condenação equivocada, porque se parte do princípio de que uma empresa foi condenada com base em um indício qualquer e não em fatos como aqueles que foram comprovados ou aqueles que talvez tenham sido comprovados em Florianópolis. Se para condenar eu precise apenas de situações objetivas ou indícios e não de fatos concretos, não preciso do processo. Eu simplesmente acho o indício, não preciso do processo porque eu vou condená-lo por indício. É absolutamente inaceitável que se possa cogitar numa aplicação de norma de infração *per se*, sem as garantias constitucionais de função teleológica e sem o devido processo legal que garanta, inclusive, a análise do conteúdo teleológico. É claro com os aspectos minorados da necessidade do combate ao cartel como tal, e com as garantias mínimas necessárias de uma civilização jurídica de um Estado de Direito. Muito obrigado.

MAURO GRINBERG

Os senhores acabam de testemunhar um fato histórico nos anais do direito brasileiro. O Dr. Francischini ficou dentro do tempo que lhe foi assinado. Isto é um fato histórico, é quem sabe até me habilito a presidir outras mesas em futuros eventos do IBRAC, porque só eu consegui isso.

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

Isso é em homenagem aos palestrantes estrangeiros porque eu ia ficar meio envergonhado se não fizesse. Mas só por esta razão.

MAURO GRINBERG

Dr. Farina.

LAÉRCIO FARINA

Eu posso usar o tempo em excesso que havia sido creditado ao Dr. Franceschini?

MAURO GRINBERG

Não.

LAÉRCIO FARINA

Muito obrigado. Curiosamente, o debate parece ter desviado um pouco. Eu só gostaria de dizer, com todo o respeito que tenho a autoridade do Dr. Franceschini, eu ousar discordar dessa questão da ordem constitucional, da questão inconstitucional relativa a infração *per se*, me parece que há uma confusão grande entre o Direito penal e mesmo o Direito administrativo. Esquecemo-nos, talvez na maior parte das vezes, quando estamos tratando de cartel e penalidades impostas pelo CADE, nós estamos tratando de matéria de direito administrativo, imposições de penalidades administrativas. Autores como Eli Lopes Meireles, por exemplo, sustentam que a penalidade administrativa independe de dolo ou de culpa.

Neste momento, nós estamos tratando realmente sobre um enfoque diferente a infração do que aquele que nós fazemos perante às cortes, a matéria penal que é tratada pelo poder judiciário em decisões que fazem coisa julgada, o que não acontece na decisão de direito administrativo. Alguns autores chegam até a denominar a penalidade administrativa de discricionária. Então há extremos. Mas, de fato, nós estamos em campos distintos. Essa discussão, me parece que é extremamente válida na medida em que ela afeta um tema que foi tratado pelos nossos convidados estrangeiros e um tema em foco que é o da leniência. Porque, de fato, como afirmou o Dr. Cláudio Considera, o instituto da leniência não é da tradição, não é da cultura jurídica brasileira. No entanto ele até poderia funcionar. Qual é o mote da leniência? O que faz com que alguém traia seus pares? É o medo de um prejuízo maior, evidentemente.

Ora, como é que os agentes econômicos podem ser levados a este tipo de temor, de modo a lançar mão do instituto da leniência? Com credibilidade do sistema de defesa da concorrência.

O sistema de defesa da concorrência brasileiro adquiriu credibilidade no que toca a concentrações. No entanto, em matéria de apenamento administrativo, nós estamos muito mais na forma, no campo do processo, como demonstra um levantamento do CADE que ilustra que entre 1993 e 1999, das multas aplicadas, quase 68% eram relativas a intempestividade, em matéria de concentração. Outros 20,58%, ou quase 21% eram relativas a inexatidão ou recusa na entrega de informações. Apenas 15,74% de ilícitos antitruste.

Em suma senhores, o sistema ainda não tem credibilidade perante os agentes econômicos para fazer aquilo que é a sua função precípua. Isto é, normatizar o sistema econômico. Trazer a função do agente econômico o mais próximo possível do modelo ideal de mercado ou de concorrência quase perfeita. Quando nós temos indícios de cartel num determinado setor, não há a menor dúvida de que este setor está sofrendo efeitos econômicos negativos, pela simples existência dos indícios. Se o agente econômico se preocupar em remover o simples indício, eu não estou falando do cartel puro, ainda que o cartel não seja terminado, encerrado, se é que ele existe. Mas a simples remoção do indício já traz resultados líquidos positivos para aquele setor de mercado. Ora, o agente econômico tem que se preocupar com a inexistência do indício dentro dessa lógica de raciocínio e dentro do raciocínio de que a discussão se trata exclusivamente no âmbito do direito administrativo e não do direito penal, porque é da multa administrativa que nós estamos falando, a repetição de infrações impostas pela autoridade antitruste, trará inevitavelmente ao mercado um efeito líquido positivo. Ora, tratar, julgar um caso com base em indícios não significa retirar deste caso o devido processo legal. O devido processo legal é o direito ao contraditório. Quando o julgador avalia um indício e o eleva a categoria de evidência convincente para o seu julgamento, ele não está negando o devido processo legal, se o acusado teve o direito de se defender. É uma questão de valoração da prova. A crítica que se tem feito a excessiva preocupação com relação a criminalização das condutas de cartéis, faz com que o julgador administrativo se preocupe em obter e exigir aquelas provas que seriam exigidas no processo penal. Quando vai proferir uma decisão para a qual independe o ato principal de culpa ou de dolo, quando vai proferir uma decisão que não faz coisa julgada. Ora, a partir do momento em que o julgador se convencer, o julgador administrativo se convencer de que o seu papel precípua na economia é muito mais de regulação, que seja pela intimidação, volto a dizer os resultados líquidos serão positivos. A reiteração de multas administrativas, sejam ou não difíceis de serem cobradas em juízo, em função de aspectos puramente formais, trará credibilidade ao sistema, porque

elas impõem um custo de transação aos agentes econômicos, ainda que seja o custo de transação da defesa perante o judiciário. Eu tenho impressão que meu tempo acabou.

MAURO GRINBERG

Terminou, terminou agora.

LAÉRCIO FARINA

O Sr. demorou tanto para pegar o microfone que o tempo terminou. Mas eu preciso fazer a minha pergunta, e eu gostaria de dirigi-la ao membro da Common Law, é um sistema jurídico completamente diferente do nosso. Gostaria realmente de ouvir a sua opinião a respeito dessa colocação, lembrando o seguinte: o sistema da União Européia é muito parecido com o nosso, nesse particular, a decisão é administrativa. Me parece que essa é uma matéria de reflexão porque envolve outras questões além daquelas de ordem constitucional levantadas pelo Dr. Franceschini, de quem aliás, eu peço vênia para discordar e o faço com muita honra, na medida em que as lições do Dr. Franceschini tem sido sempre um norte de atividade dessa nossa atividade. Muito obrigado.

MAURO GRINBERG

Dr. Laércio, muito obrigado. Nós temos perguntas já feitas aos senhores expositores estrangeiros. Em seguida as respostas que eles derem, vamos passar ao público.

MARTIN LOW

My usual rule is that I only accept one question at a time because questions to retrieve. Paulo asked me a number of questions, which I think Gary will comment as well. What are the other investigative techniques that are used in Canada? How is the adoption of leniency programs accepted in Canada? When it was brought in? And what's the tradition in Canada regarding these kinds of leniency or immunity programs?

Well, other investigative techniques, the competition bureau has a monitoring body, which analyzes what's going on in the economy and in particular industries that we generally think of as cyclical in their participation in cartels. My rule of thumb was that every five years there will be a cartel in the concrete industry, somewhere in Canada, that's the way it is. The sugar industry is prone to this sort of problem, but typically you will find that any product that is a commodity where sales depend primarily on price rather than qualitative aspects, is sometimes prone to be cartelized, it's easy to do, relatively speaking. And the Bureau monitors the industries that have those characteristics, for suspicious price increases, that sort of thing, that takes some time and effort, but apart from that, apart from the economic analysis and monitoring unit, the usual things are insiders who complain, complainants among customers, one of whom broke open the therm of fax paper conspiracy in Canada, by taping conversations with their suppliers, which demonstrated that they had gotten together in the United States and fixed prices. We gave the evidence to the Department of Justice and that launched about four years of investigation. With respect to the other program, the questions about the leniency program, initially, the leniency program in Canada got off to a very bad start. The Attorney General, who prosecutes these cases was suspicious of this kind of program, the program was set up so that it gave no guarantees of immunity, there were discretionary elements of it, and it simply didn't work, as you saw from my slide show, there were really only a handful of applications, they were made by people who were effectively insiders with the Competition Bureau and it really was not publicly accessible.

From 1995 to 1998, well, we just went ahead, we did it, we didn't worry about the former policy. We realized that the American policy was working well and we tried to make it administratively and prosecutorial decisions that emulated the finest points of the American program. Now, since September last year, when we adopted a new formal policy, immunity applications are being made at the rate of one a month, previously there were no domestic Canadian cartels that were notified to the Competition Bureau under the leniency or the immunity program, now I'm told that out of the 14 applications that have come in the last year, 6 of those have been domestic Canadian cartels. It has become accepted very, very well by the BAR and the business community. Was there a tradition? There is no tradition at all in Canada about this. The judges have accepted the evidence of co-conspirators as a necessary evil, in my paper I've cited a judge who said this: "The State when it moves into prosecute those who have allegedly committed crimes, does not have the luxury of picking and choosing their witnesses. The State may have to rely on drunks, prostitutes, criminals, perjurers, paid informants, as well as solid citizens to prove the case".

It is sometimes distasteful to exonerate some who is a criminal, but as you have seen from the record of improved enforcement, in both the United States and Canada and other jurisdictions, sometimes you have pay heavy price in order to restore competitive conditions in the market place, which is the primary purpose of this after all, it's not necessarily to penalize people, but it is to avoid the economic effects of cartels in our societies. No tradition, but historical acceptance. Just about Dr. Farina's point about the administrative rather than the civil process, Canada is both a Civil Law jurisdiction and a Common Law jurisdiction, administers the Civil Law in Quebec and we understand the difference, we have in the Competition Act both, administrative penalties with lower burdens of proof for some kinds of offenses, but we are talking as I said earlier about cartels and we can rationalize it as regulatory or administrative offenses, but if you consider that damage is done to people and to economic conditions, we should not assume these are not real crimes and when we find the kinds of offenses that are hardcore cartels, price fixing, bid rigging, volume market and customer allocation, there is no excuse for these offenses, they are clearly criminal and they are prosecuted with all the severity that the law can bring to bear and I don't wish to give you advice but I think that your economy would be improved, it would be better if that were the overall approach of your, to enforcement of these cases.

GARY SPRATLING

The specific question put to me by Paulo was the other investigative techniques in the Department and Martin mentioned that few other cases come to the Canadian Government those are also avenues by which cases come to us. But, specifically with respect to investigative techniques. We, of course, as was evident from the tapes you saw, make use of the Federal Bureau of Investigation. The FBI is an investigative arm of the Department of Justice and therefore is available to the Antitrust Division in these cases. While I was Deputy Assistant Attorney went through a lot of work with the FBI. We got the FBI to make Antitrust a priority, one of its tem priorities for enforcement in the United States and that made a huge difference in the amount of the FBI resources available. In addition to that the Antitrust Division is the only division of the Department of Justice which has FBI agents assigned to individual offices and so, when you go into some offices of the Antitrust Division a resident FBI agent is there to assist attorneys in the initial investigation of criminal type matters, which of course cartels are. Secondly, with respect to resources the Department of Justice, the Antitrust Division has about 350 attor-

neys that doesn't account economists, and paralegals, and investigators and so on.

So, you get an idea of the resources involved in this. Paulo said, during his remarks that there's just the need for more funds and the need for more staff. Clearly, that is required if I have any understanding of what is the situation in Brazil. I said during my prepared remarks that there must be a high likelihood of detection and they are also there must be a high likelihood of prosecution and imposition of sentence. If there isn't either one of those, then nothing's ever go anywhere. You can't do those without people, you can not. There is not a high risk of detection and a high risk of prosecution and imposition of sentence without sufficient staff to do it.

Paulo did not put the tradition point squarely to me, but since Martin mentioned and two of the other speakers did, I would like to say something about tradition. I think the United States is generally viewed as, it's part of the tradition to be a stool pigeon. Or as they say, to squeal on somebody, because in the movies from the United States you've seen it in bank robbery cases, in drug cases, the "mafia" cases and so on. You've seen that. But let me tell you what did not use to be the case. That is people who reported in white collar crime, that did not use to be the case. In fact, when the Antitrust Division first proposed its revised leniency policy, I was called into the office of the Attorney General and asked to explain it. How it made sense? When the Attorney General finally gave authorization for the policy, we were asked to try to explain it to the United States Attorney's offices across the country, who thought we had gone mad. Who thought we were completely crazy to be doing something like this. Over the course of a few years, it now is touted, not by people in the Antitrust Division, not by my former colleagues, but people outside of the Antitrust Division, as the model for enforcement, when you have more than one person committing a crime.

Amnesty doesn't make any sense in a bank robbery. Amnesty doesn't make any sense in an environmental crime, because one person can commit the crime. But when you have a conspiracy, and one party can come forward, and can tell you about the rest and give you a blue print for prosecution of the rest. Especially one that's the type of crime that we know that otherwise often time goes undetected and unprosecuted by anybody. Then it makes sense, to point now that other Government Agencies in the United States have announced new Amnesty Programs.

I don't know if you saw the Financial Times recently. The Financial Times talked about the new Program at the Securities and Exchange Commission, which they admit was modeled on the Antitrust Division Program. It was yet one of the agencies when the Antitrust Division first came out they thought we were nuts to have an Amnesty Program. There was not a tradition

for this. I know Dr. Farina quoted, Dr. considered an early remark about a tradition in Brazil against it. I would only say, at the risk of offending anybody here and I don't mean to, because I'm a foreigner, what do I know. Traditions change. They have changed in other countries in the world. They have changed in the last three years. They have changed in countries that said three years ago this would never work, in countries that three years ago said there was no possibility of criminal sanctions for antitrust violations, now they're talking about the United Kingdom. They now have an Amnesty Program that mirrors Canada and the United States. This week, they proposed their criminal sanctions for any antitrust violations. A jurisdiction that three years ago said it would never happen.

The reason why is because this is an idea whose time has come in the world market place. An idea whose time has come among enforcers around the world. If one has any doubt of that, talk to the people who are going to beginning in Ottawa on Monday. The convention of antitrust enforcers on cartels from around the world and the number of countries that are currently developing sanctions for Antitrust violations and Amnesty Policies.

GERWIN VAN GERVEN

I had one specific question from Paulo on the crisis cartels. I must say that, philosophically, I do not believe in crisis cartels, but nevertheless I will answer the question. It's the idea that there may be good cartels and bad cartels. Europe has flirted with that idea for some time, as a matter of fact. The European Commission I think is somewhat involved in the crisis cartel and the steel industry for some time. As far as I can tell, whatever you've used on crises cartels, whether such a thing is possible, leniency applies only to secret cartels. So a crisis cartel must be a cartel that is organized in the open in Europe would what is still possible on the current rules be notified to the European Commission to have its use. I think it is very difficult to engage in secret crisis cartel, because if you're purpose is to really keep it a secret. In my view, it's hard to see how you can consider that cartel to be beneficial or to be "a good cartel".

There is only one very short comment I want to make on leniency debate, whether we should have it. Leniency is not only a tool to deal with it or to make sure that existing cartels are brought forward. I use the leniency policy also in compliance training that I give from time to time. I think it's a very good tool to prevent cartels in the future. In the past we had to say to business executives: Look, do not engage in a cartel, don't sit down with your

competitors about prices, because it's against the law, and the Government may find out about it. That did not always do the trick, I'm afraid. If now we can say to business executives: Look, if you're going to sit down with your competitors and talk about prices, there is one thing that you should know for sure. One of these days, one of the people you are going to sit down with will betray you. The famous quote from the movie, "your friends are your enemies". I think that is a very powerful message for a business executive. I personally believe that also in that sense leniency is good policy.

MAURO GRINBERG

Senhores, antes de passar para as perguntas do público, eu quero fazer uma pequena explicação. Tenho uma solicitação dos debatedores da mesa e lamentavelmente, uso aqui minha autoridade de presidente da mesa, para dizer que eu ficaria com pena de perder a oportunidade de explorar um pouco melhor os nossos convidados estrangeiros, já que é tão difícil ter um trio desse quilate e dessa importância disponível. Isso vale também para mim, eu estou me retraindo ao máximo para não emitir as minhas opiniões. Estou tentando me comportar, rigorosamente, como presidente da mesa, apenas mediando os debates. Eu quero passar para as perguntas. Priscila, por favor:

PRISCILA BRÓLIO GONÇALVES

This morning we have been discussing the convenience of introducing an explicit *per se* prohibition for cartels in the Brazilian Antitrust Legislation. Now during the afternoon, listening to the speeches of representatives of three very important foreign countries, US, Canada and the EU, we have been presented arguments and facts, to affirm that it is essential to have enforcement instruments and resources in order to investigate and convict cartels. So, in this context, I would like to ask the expositors: what is the *per se* rule in the successful application of antitrust policy against cartel in their countries. I would also like to ask, maybe Paulo Corrêa may help me with this question, what is the level of cooperation between Brazilian antitrust authorities and the authorities of these countries which are represented here in regard to cartel investigation.

MAURO GRINBERG

Repetir a pergunta.

PRISCILA

The rule of *per se* prohibition?

GERWIN VAN GERVEN

I think that in Europe there is no. I mean, technically speaking there is no *per se* prohibition of cartels. I mean, this *per se* concept that is so often used throughout the world, coming from the United States, but technically speaking, we don't have *per se* prohibitions in Europe. Theoretically I would say and it has happened in the past, you can have a cartel you can notify it to the European Commission and ask that it be approved. That is typically the crisis cartel XXXX that is made. The fact that we do not have a *per se* prohibition. I think a strong policy of the European Commission, that finds that hardcore cartels, the things we talked about here, in secret fixing prices, sharing volume, are considered illegal and that leniency policy is an useful tool, in order to fight against these types of cartels.

MARTIN LOW

In Canada, we do not have a *per se* offense. The offense in Canada is to prevent or lessen competition unduly. The word unduly implies that there must be an economic effect that is sufficiently severe in the economy to want the prosecution. We have to prove that effect. That makes a cartel prosecution exceptionally difficult in Canada. I gave you the statistics about our very low rate of success. Prior to the adoption of a leniency or immunity program and access to the evidence of co-conspirators. The Commission of Competition at the moment is seeking to amend the section of the competition act that creates the offense, to delete the requirement for an economic effect test. I'm not at all sure that's necessary. In policy terms, when you have that economic effect shown you know that the cartel that you're dealing with, is invariably one of the most severe and pernicious. We'll see what policy unfolds, it would make it certainly easier to prosecute.

GARY SPRATLING

Obviously in the United States, we do have a *per se* rule. The Supreme Court has to find over years what offenses are *per se*. You perhaps, whether you know it or not, have asked one of the most difficult questions that there is to answer. Because there is often confusion between *per se* as a category of offense and what is prosecuted criminally, because they are different. *Per se* refers to what proof is required in the courtroom. As Martin just suggested, in Canada they have to show undue effect and in the United States we do not. That is a tremendous advantage. Even then, cartel cases are very hard to prove beyond reasonable doubt, some of the toughest cases that there are. It would be very difficult if an addition to that you would have to prove the undue effect, because often times effects are so hard to trace in a cartel, other times it would be easy. You've got documents, many times it would be hard.

The matters that the Department of Justice pursues criminally are more narrow, it's a narrower classification than the matters which are *per se*. There are some matters which are *per se* illegal that the Department of Justice does not prosecute criminally. Price fixing; bid rigging; customer allocation; territorial allocation and volume allocation. That's what the Department goes after criminally. There's no doubt, as Martin said, in his earlier answer, no doubt about the effect of those offenses. If you prove the offense, there's no doubt about the consequences. There are other things which are *per se*. I mean believe it or not, resale price maintenance is *per se* illegal in the United States, but no one would go after it criminally. Because then you would have all the difficulties you talked about.

MAURO GRINBERG

Dr. Paulo Corrêa?

PAULO CORRÊA

Vou me deter apenas à parte de cooperação. Temos um acordo, chamado acordo de primeira geração, com os Estados Unidos. Ele está na nossa *home page* e acho que inclusive na do CADE. Não sei se o Roberto tem informação sobre isso, mas na da SDE e da SEAE, certamente, você pode encontrar. É chamado Acordo de Primeira Geração porque ele prevê o início de uma relação institucional entre os dois jurisdições que levará, num futuro próximo, a um acordo mais sólido em termos de intercâmbio de informações. Inclusive a uma relação mais próxima, mais estreita, no que diz respeito à

produção de evidências, provas. Enfim, um auxílio na investigação. Isso com os Estados Unidos. Com o Canadá, infelizmente não temos nada. Com a União Européia começamos através do Mercosul um acordo de cooperação técnica também, como o Dr. Rivière já tinha mencionado na parte da manhã, um Acordo muito próximo do de Primeira Geração.

Agora, no estágio em que nos encontramos, acho que a cooperação informal tem sido muito frutífera. Claro que se busca aprofundar as relações com os outros países, mas a cooperação informal realmente tem sido muito útil. Como mencionei, nos dois últimos eventos que tive oportunidade de participar, nesses dois *workshops* sobre cartéis internacionais, fizemos contatos informais que nos levaram, não só a conhecer a possibilidade de iniciar casos no Brasil, como também, em algumas circunstâncias, encaminhar a investigação desses casos. Foram contatos informais baseados, às vezes, em conversas que iniciadas em *coffee breaks*. Assim, eu diria que embora não tenhamos, ainda, uma relação muito aprofundada com esses países, tem-se tido bastante êxito na cooperação informal.

Não sei se o Mauro me dá mais um minuto... Eu acho que houve uma pequena confusão do Franceschini com relação à noção de eficiências. Em nenhum momento existiu uma dicotomia entre uma eficiência alocativa ou produtiva no projeto de lei, primeiro porque eles não são contraditórias. Claro que se reconhece a eficiência produtiva, e nem poderia ser diferente, como uma ligação, um efeito positivo muito importante no que se refere a condutas ou atos de concentração. Obviamente essas duas coisas não são contraditórias em nenhuma concepção.

Acho que há outra confusão, pelo menos no que vi da interpretação que ele apresentou, é trata de associar a eficiência produtiva com eficiência *schumpeteriana*. Acho que esse não é o ponto. O ponto na questão de *Schumpeter*, aqui peço desculpa ao Prof. Mário Posso que é certamente a maior autoridade no assunto ou uma das maiores, seria enfatizar que trata de um problema de longo prazo. Em curto prazo seria uma ênfase em estado e processo, quero dizer, sempre que se pensa em *Schumpeter*, se pensa em longo prazo e num processo cujo elemento principal é o investimento produtivo. Quando que se trata de eficiências alocativas, em geral no ponto de vista neoclássico, há uma tendência a se pensar mais conservadoramente em eficiências estáticas e, portanto, de curto prazo. Eu diria que em nenhum momento o projeto de lei pretendeu ter uma ênfase quer em eficiência alocativa em detrimento da produtiva, quer numa visão neoclássica em detrimento da *schumpeteriana*. Pelo contrário, acho que a ênfase está em reconhecer, explicitamente, a introdução de inovações de qualidade ou a introdução de novos produtos, a redução de

custo como eficiência. Afinal, isso aumenta o bem estar agregado, o bem estar do consumidor, sendo o bem estar agregado nuclear nesse processo.

Inclusive, isto está por trás da ênfase à preocupação com a eficiência *schumpeteriana* dada ao projeto, para que ele espelhe um sistema institucional que priorize e sinalize aos agentes econômicos que o investimento improdutivo no país, o investimento em “(...) *meant seeking*” ficou mais caro, visto que os retornos líquidos esperados da atividade de cartelização reduziram, favorecendo, portanto, o investimento produtivo que é o motor da eficiência *schumpeteriana*. Obrigado.

MAURO GRINBERG

Nós temos duas últimas perguntas a serem feitas. Após essas perguntas do Dr. Sérgio Bruno e da Dra. Cristiane Zarzur, e as respostas dos expositores, esta mesa deixará o lugar e nós permaneceremos no auditório para a outorga do prêmio Esso. A Dra. Sirlene já está ansiosa para fazer a entrega e a Dra. Cristiane para receber. Sérgio Bruno e Cristianne Zarzur.

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Eu queria pegar carona na pergunta da Priscila e perguntar sobre a legalidade *per se*, sobre o reverso da moeda, que é a regra da razão. Pelo menos ao que se entende, a regra da razão tem dois sentidos. O primeiro está associado a questões de eficiência econômica e de razoabilidade da prática, na medida que a prática se justifica por uma razão de negócio. A segunda acepção dessa regra, seria a possibilidade daquele que é acusado provar que não tem poder de mercado. Essa é uma acepção fraca da regra e, pelo menos, essa a leitura que faz, aqui entre nós, o Calixto Salomão no livro dele.

Claramente aqui, o artigo 21 proposto para lei está, vamos dizer assim, rejeitando a possibilidade de haver recurso nessa primeira modalidade de regra da razão, na medida em que não permite uma defesa baseada nas causas da eficiência econômica que eventualmente estariam associadas à prática desse cartel, se é que teoricamente poderia haver alguma.

Eu não estou certo, porém, que a segunda acepção dessa regra da razão também esteja sendo rejeitada pelo projeto, mas eu não vejo nenhum indício na redação que permita interpretar que, aquele que vier a ser acusado no Brasil de prática de cartel, possa recorrer; ou aqueles que estiverem envolvidos na prática possam recorrer alegando não exercerem poder de mercado, portanto, não afetando o cartel o mercado. Por isso tudo seria necessário, o

recurso a toda, vamos dizer assim, o nosso *metier* de mercado relevante, posição dominante, o que parece também ser um desejo a se evitar no novo projeto.

Eu queria aproveitar a presença dos conferencistas internacionais e perguntar se existe na jurisdição americana uma restrição ao acesso à regra da razão, nessas duas acepções, quanto a prática de *price fixing*, que é *per se*? Também gostaria de saber como essa questão é tratada em seus regimes jurídicos? Se é possível que um acusado de cartel tente, eventualmente, se defender, com base na alegação de que não possuem poder de mercado e que, portanto, esse acordo de preços não é assunto para o direito da concorrência.

MAURO GRINBERG

Eu vou pedir permissão para os expositores para colher a pergunta da Dra. Cristiane e eles responderem em bloco, porque nós já estamos bastante adiantados na hora.

CRISTIANNE ZARZUR

Cristianne Zarzur, escritório Pinheiro Neto. Eu gostaria de perguntar ao Dr. Gary Spratling, em relação aos acordos de cooperação, quais os limites, se existirem, na troca de informações em investigações de processos em andamento?

GARY SPRATLING

I'll take the questions in the order in which they were put. In a *per se* case, there is no access to economic efficiency evidence on behalf of the defendant. The whole purpose of a *per se* prosecution is to eliminate any evidence of economic benefits from the case and that has a long history in the United States. Before I get to market power, let me make one caviar that.

Often times in *per se* prosecutions, there is economic evidence admitted and if the defense puts on an economic expert, then often times the government will put an economic expert as well. The economic evidence admitted does not go to efficiencies and does not go to market power, again we'll get to you in a moment. The economic evidence admitted goes to whether or not there was willing or agreement. Because if there was an

agreement, it's a *per se* violation. Often times the defendant say, it was not an agreement and there is proof of no agreement. They put in price studies to show that the prices did not go according to the agreement that the government alleges. That is the only circumstance in which economic evidence is admitted in an United States court room on a price fixing case.

As to new market power, it may interest to you that we and Canada have each received arguments in international cartel cases, that the company should not be prosecuted because they had no real market power in the international cartel. Yes, they were there at the meetings and they might have said that they went along with it. In fact, they were only there as observers; or they were there and they gave their agreement, but the cartel would have worked fine without them. The United States, if I dare speak for Martin on this.. the United States and Canada view is the same. If you are a participant in a cartel, your market power doesn't matter. If the other parties to the cartel believed that you agreed being by your presence at the meeting or your acquiescence in what was said. That was critical to the cartel's existence, because without your agreement it was something that would have been unsettled that they would have had to deal with it.

Turning to your question on the nature of cooperation agreements and what is this closed. If what you're referring to is a weaver in the amnesty program. Is that what you're referring to or are you referring to a normal cooperation agreement between the countries? Normal cooperation agreement? That changes from country to country. One of the strongest cooperation agreements is between the United States and Canada. There is provides from all types of information being disclosed except, that information being provided to an enforcement authority pursuing to an amnesty agreement. You will not disclose that and you won't disclose it directly, of course, once an enforcement agent begins an investigation, if it is based on an amnesty applicant. Then very soon you'll get to a position whether the actions you are taking which by nature of the cooperation agreement you'll require the point to communicate to your system jurisdiction; or which they may ask you about and you're required to respond to. So, for example, let's just take product A . In product A there is an amnesty application. You don't report anything to anybody. Let's say that you then serve ???? or search warrens upon companies. At that stage, if it affected the interest of Canada, you would notify Canada, so the United States will notify Canada. Or that stage, if they made a request to you, regarding the investigation you would respond, but even then the investigation about product A wouldn't be known and by the nature of the information somebody may be able to figure out who the amnesty applicant was. But even then you do not disclose what the amnesty applicant reported to you. Well, you may ask why is that? The reason why, is because the amnesty

applicant gives you all that it knows. It is not the subject of compulsory process where you're trying to get something out of the party. They have gone to you and given you all that they now. So even after the investigation became known, if you deliver to another enforcement authority all the information, it would be tied with a bow on it and in mission to the crime by the amnesty applicant and it would be in the worst position that all the other people. I can see by the affirmative knockings heads that everybody gets this concept, but if the amnesty applicant says no.

GERWIN VAN GERVEN

In Europe, I think you can not use an efficient defense idea. The defense idea that has always been used out righting in the past was when the cartel participant saying: ok, we are sitting around the table, but when we walked away nobody followed what we agreed. That goes to show if there was an agreement or not or if there was an affect on the market. There is an affect on the market is irrelevant for the question whether there was a cartel whether you had a restrict of agreement. But the European Commission may take into account, it has in the past taken in to account in setting the level of the fines. So there it may play around the question what the effect of the cartel was on the level of prices in the community. It is a little bit difficult to see the difference...

MARTIN LOW

The canadian situation is different from both of those. In the definition of the offense one of the essential elements of the offense, there must be a showing of economic effects that our Supreme Court has describe as being *somewhere on the spectrum between a full per se offense and a full rule of reason announces*. There must be a showing that the participants in the cartel had the capacity to exercise market power. If there are substitutes that would impede the operation of increasing price or if there are competitors in the market place that had sufficient product available to undermine the operation of the conspiracy, then there is a risk that Court might find that the undueness element had not been proved. As it tuns out in the last ten years of the cases that have been prosecuted and lost, we see that everyone of them was lost on the inability to prove the existence of the agreement beyond the reasonable doubt and not the economic affect. That is a very important reason why I say that it is not necessarily so that you can prove these cases when you have the

additional element of trying to show the economic consequences in the market places.

Let me just mention another point about the question of limits of information exchanges. As it points it out, it depends on the terms of the agreements and the relationships with the individual participants. I would say that since the days when Gary and I were talking about whether he would give information that would effectively enable me to prosecute an individual that he gave the guarantee that would not be prosecuted in the USA. He wouldn't give it to me, but a quarter part of the situation with the amnesty applicant and quite without regard to the existence or otherwise a cooperation agreement. The reality today, in my experience is that we have change the attitude on the enforces around the world. It used to be, because the confidentiality requirements which were imposed on people who were prosecuted or investigated. The attitude was: I will only share information with another enforcement agencies, if I'm legally obligated to do it. Today the attitude is: I will share anything that I possibly can with another enforcement agencies, unless there is something that legally prevents me from doing so. It is a complete reversal of the willingness of enforcement agencies from one part of the world to another, to assist each other, as best as I can without ever contributing the confidentiality or other obligations that they wonder. I think that is a seen change in international enforcement that effects international cartels procedures.

Can I just say with respect to allocative efficiency, because I heard the debate. You have seen today, a perfect example of allocative efficiency on the part of our chairman who is allocated that scare system of resources of time very well. Congratulations.

MAURO GRINBERG

Meus amigos, eu tive a incumbência de dirigir essa mesa e contei com a colaboração de expositores e debatedores, sobretudo com relação ao tempo, nós começamos exatamente às 14:55, são 18:28. Dentro do horário que vocês receberam que era de 14:00 às 17:30, estamos rigorosamente dentro daquilo que nos foi dado fazer. Eu estou muito feliz de ter presidido essa mesa, de termos chegado ao final e ter visto e ouvido o que ouvi. Agradeço de modo muito especial aos nossos Martin Low, Gary Spratling e Gerwin van Gerven e aos nossos debatedores pela cooperação. Espero que tenha sido muito agradável para vocês também. Muito obrigado a todos, a sessão está encerrada.

Por favor, teremos a entrega do prêmio agora. Martin Low e os demais expositores estarão entre hoje e amanhã disponíveis para conversas pessoais.

ENTREGA DO RÊMIO IBRAC-ESSO

UBIRATAN MATTOS

Senhoras e senhores, eu considero este um momento muito especial nos eventos do IBRAC, porque tem a ver com a motivação e o incentivo de nossos jovens de várias partes do país. Antes de entrar no roteiro da premiação, eu gostaria de chamar a querida conselheira e amiga, Dra. Sisse Noronha, diretora jurídica da ESSO, a quem devemos grande parte deste evento. Também para compor a mesa, os professores que fizeram parte da banca examinadora, mas a maioria está, embora nem todos estejam. Eu chamo os professores Dr. Fernando Marques, Arthur Barrionuevo, Mário Possas, Elizabete Farina e Carlos Eduardo Toro.

Esta é a segunda edição do concurso de monografia. Quando surgiu a idéia deste concurso ela foi imediatamente aprovada dado o propósito comum ao IBRAC e seu próprio objeto social, que é divulgar e incentivar a cultura da concorrência. Fomos agraciados com a boa vontade da ESSO, na pessoa da Dra. Sisse Noronha, que cuidou de patrocinar o 1º evento, então dirigido apenas a alunos de graduação. Este ano a ESSO não só renovou o patrocínio como dobrou o patrocínio. O valor de prêmios que o ano passado foi de R\$ 10.000,00, passou a R\$ 20.000,00. O que nos permitiu ampliar o concurso para abranger também os alunos de pós-graduação.

Lançado o concurso, nós recebemos o total de 68 trabalhos, 41 de graduação e 27 de pós-graduação. Esses trabalhos vieram de 10 estados da federação, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Bahia, Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Paraíba. Além de universidades da Alemanha, da França e da Argentina, num total de 43 universidades. Foi constituída uma banca examinadora com os melhores nomes que nós temos nesta área. Esta banca foi composta de professores de economia e professores de direito. Os professores de economia são: Dra. Elizabete Farina, Dr. Mário Luiz Possas, Dr. Arthur Barrionuevo e Dr. Gesner Oliveira. E os professores de direito: Alberto Venâncio Filho, Valter Sineviva, Celso Campilongo, Carlos Eduardo Montealegre Toro e Fernando de Oliveira Marques. A banca foi, eu diria até, extremamente rigorosa na revisão dos trabalhos e na avaliação, observando os seguintes itens: 1º item, relevância do tema. 2º item,

clareza de exposição. 3º item, rigor metodológico. 4º, originalidade e 5º, qualidade final. Daí resultaram os vencedores. Na categoria de graduação temos os prêmios: 3º lugar tem um prêmio de R\$ 1.000,00, 2º lugar de R\$ 3.000,00 e 1º lugar de R\$ 4.000,00. Na categoria de pós-graduação temos 2.000, 4.000 e 6.000 para o 3º, 2º e 1º lugares. Passando a indicação dos vencedores, começando pelos trabalhos apresentados pelos estudantes de graduação, temos: 3º colocado, se inscreveu com o pseudônimo de José da Silva Pereira Filho, é aluno de direito do 5º ano da UFMG, sua monografia tem o título “Preços predatórios, elementos para a caracterização como infração da ordem econômica” e seu nome é Bruno de Vilhena Lana Peixoto; 2º colocado se inscreveu com o pseudônimo de Hoven Camp, é aluno de direito do 3º ano da USP, sua monografia é “Dumping e preços predatórios” e seu nome é Leticia Frazão Alexandre; o 1º colocado, infelizmente não pode vir, ele se inscreveu sob o pseudônimo de Nuno, é aluno de direito do 5º ano da UNIP em São Paulo, a monografia é “Política de concorrência e direitos de propriedade intelectual” e seu nome é Antônio Carlos Machado de Andrade Jr. (seu cheque estará a disposição no IBRAC).

Passando aos trabalhos de pós graduação: 3º colocado, que também não pode comparecer, se inscreveu sob o pseudônimo de Maurício, a monografia é “A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores”, é aluno de mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC-RJ e seu nome é Fábio Carvalho Leite; o 2º colocado se inscreveu sob o pseudônimo O Iconoclasta, faz curso de pós-graduação *latu-sensu* em direito de mercado de capitais na USP, faculdade de direito, a monografia é “Da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao CADE”, e seu nome é Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagoto. Finalmente o grande vencedor, 1º colocado na classe de pós-graduação, inscreveu-se sob o pseudônimo de Jane Austin, faz mestrado em direito comercial na UEL, a monografia é “Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA” e seu nome é Carolina Spak Kemmenmayer.

Mais uma vez agradecemos a Dra. Sissi Noronha e fazemos votos que o patrocínio seja renovado. A razão do fotógrafo é porque a divulgação desse prêmio este ano vai ser muito grande. A ESSO tem uma Circulação que é feita a distribuidores, parceiros, comércio em geral, público de mais de 4.000 exemplares. É muito bem elaborada e vai sair na próxima edição recheada com as fotos do prêmio e com os nomes dos vencedores. Além disso estaremos publicando os trabalhos na revista do IBRAC. Esperamos contar sempre com o patrocínio da ESSO. Muito obrigado a todos.

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

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

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

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

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

ROBERTO PFEIFFER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(*) Problemas de gravação

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

MÁRIO POSSAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Slide 1

Mario Possas

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

**Práticas anticompetitivas na
transição para a concorrência**

Prof. Mario Possas

1

Slide 2

Mario Possas

**Práticas anticompetitivas na transição
para a concorrência**

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

2

Slide 3

Mario Possas

1. Regulação e política de concorrência

Políticas de regulação e de concorrência: o enquadramento atual

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

3

Slide 4

Mario Possas

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

4

Slide 5

Mario Possas

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

5

Slide 6

Mario Possas

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

6

Slide 7

Mario Posses

2. A regulação assimétrica

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

7

Slide 8

Mario Posses

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

8

Slide 9

Mario Possas

A *regulação de transição* adota tipicamente dois procedimentos:

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

9

Slide 10

Mario Possas

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

10

Slide 11

Mario Possas

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

11

Slide 12

Mario Possas

3. As práticas anticompetitivas típicas na transição

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

12

Slide 13

Mario Possas

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

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

13

Slide 14

Mario Possas

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

14

Slide 15

Mario Possas

As práticas restritivas verticais típicas nos setores regulados

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

15

Slide 16

Mario Possas

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

16

Slide 17

Mario Possas

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

17

Slide 18

Mario Possas

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

18

Slide 19

Mario Posses

Práticas discriminatórias

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

19

Slide 20

Mario Posses

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

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

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

20

Slide 21

Mário Possas

Conclusão

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

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

21

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

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

EUGÊNIO DA COSTA E SILVA

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

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

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

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

ARI SOLON

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

ROBERTO PFEIFFER

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

ARI SOLON

Por exemplo o parecer dado pela Advocacia Geral da União.

ROBERTO PFEIFFER

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

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

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

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

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

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

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

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

ELIZABETH FARINA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

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

MARCELO CALLIARI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

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

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

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

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

TÚLIO DO EGITO COELHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

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

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

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

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

PAULO CORRÊA

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

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

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

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

CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES

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

PAINEL IV - ABUSO DE PATENTE E CONCORRÊNCIA / PATENT ABUSE AND COMPETITION - ATOS DE CONCENTRAÇÃO / MERGERS***FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES***

Boa tarde, vamos começar os trabalhos do 4º painel, depois dos intensos trabalhos matinais e da intensa batalha gastronômica com a feijoada e nos empreender aqui no desafio de estudarmos os temas reservados para o nosso 4º e último painel. Eu gostaria de compor a mesa chamando, inicialmente, o Dr. Pietro Ariboni, advogado e diretor do IBRAC, importante companheiro na coordenação dos cursos que o IBRAC promove em São Paulo, relativo à defesa da concorrência. Também Professor Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca, eminente Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais e ex-Conselheiro do CADE. Eu chamo, ainda, o Professor Dr. Artur Barrinuevo, Professor Chefe de Departamento da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, ex-Conselheiro do CADE e economista. Por fim, o Professor Dr. Gesner de Oliveira, também Professor da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e ex-Presidente do CADE, que dispensa maiores apresentações no exercício dessa função que o ocupou durante quatro Com o nosso quorum mais do que qualificado, dou início ao 4º painel referente ao tema de abuso de patente e concorrência. Antes, como um breve registro, faço constar os elogios cabíveis a todos os servidores públicos dos diversos setores que compõe o Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil, especialmente aos que colaboraram para o aprimoramento do projeto dos textos normativos aqui distribuídos, bem como às autoridades públicas que se envolveram nesses estudos para que se pudesse aprimorar o texto que aqui tivemos acesso.

Dirijo o elogio, também, a todos os professores, advogados e economistas, estudantes da área privada aqui presentes, que também com suas participações têm contribuído para o aprimoramento das instituições que tutelam tão importante matéria, quer no que se refere a sua forma institucional, quer no que se refere ao conteúdo.

Em especial, no que se refere aos atos de concentração, o novo texto exprime avanços no sentido de se assegurar a manutenção e o aumento dos investimentos no Brasil, caminhando no difícil equilíbrio entre a segurança jurídica e a observância do tempo econômico, que cada vez se acelera mais em uma economia em constante dinamismo, que usa intensivamente o sistema de internet para a comunicação e realização de comércio e serviços. Além da compatibilização das normas brasileiras relativas á apreciação da análise dos

atos de concentração econômica, com os respectivos procedimentos e processos que ocorrem na união européia nos países europeus e nos Estados Unidos, notadamente. Fato esse, especialmente relevante para as operações transnacionais que repercutem aqui no Brasil. A obtenção da maximização da eficiência do sistema de apresentação e análise prévia dos atos de concentração que o projeto indica, certamente é função direta do rápido e eficaz aprimoramento e capacitação das instituições públicas, seja nos seus aspectos relativos a recursos humanos, seja nos seus aspectos relativos à recursos materiais, sob pena de agravarmos os processos de análise dos atos de concentração. Dado que, as solicitações de complementação de informações numa primeira análise, suspendem os prazos de 30 dias, podendo, salvo melhor juízo, vir a ser constituída uma longa série de 30 dias. De onde decorre um importante aspecto, univitelínico, vamos dizer assim, dos dois projetos de textos normativos aqui apresentados, que não podem e não devem ser separados da sua análise, do seu cuidado, da sua atenção e da sua sincronização.

Com esse breves comentários, eu inicio o painel, primeiramente, pela abordagem do tema do uso de patentes e concorrentes. Solicitando aos meus prezados companheiros de mesa, que em atenção aos desdobrados esforços das nossas amigas tradutoras e já no nosso último painel, depois de farta feijoada, que procurem se dirigir de forma mediana na linguagem e na velocidade da linguagem para que a tradução possa se fazer como tem sido feita de forma brilhante e intensa nos nossos seminários. Portanto, passo a palavra ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, detentor de um voto que todos conhecemos, que foi o preferido no CADE, relativamente ao tema, para que teça os seus comentários sobre o tema do abuso de patentes e concorrência.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Excelentíssimo Senhor Professor Fernando Marques, meus caros companheiros de mesa. Antes de mais nada, devo fazer um agradecimento ao convite que me foi feito ontem pelo Dr. Ubiratan para participar desse painel, ou seja, eu não estava escalado para falar. Passado o susto, depois de receber e coletar material para poder lhes apresentar hoje e também depois de um bom sono que me restaurou as forças, aqui estou. De qualquer forma, trabalhando numa entidade qualquer que seja ela, no caso me refiro ao IBRAC, temos que arregaçar as mangas em sinal de solidariedade e dar tudo que temos de melhor para que não haja a menor omissão. Acho que alguma coisa de interessante eu possa trazer.

Vou tratar do tema de concorrência e patentes. Apesar de todos nós sabermos, é necessário que haja uma reflexão a respeito do tema, para entendermos que patente tem tudo a ver com concorrência. Aliás, é uma das maiores barreiras a entrada e, por outro lado, é também um dos maiores fatores de eficiência empresarial. Eu quero partir de algumas considerações. Primeiro, considerando do regulamento 240/96 da Comissão Européia, com vigência até 31 de março de 2006, que se refere diretamente às condutas adotadas por empresas detentoras de patentes e, mais especificamente, aos contratos por elas formulados, enfatizando as restrições que podem atingir o mercado em decorrência ao abuso de posição dominante.

É sabido que patente, *know how*, segredo industrial conferem à empresa detentora a oportunidade de conquista de mercado resultante de maior eficiência, o que lhe confere posição dominante. Tal conquista, nos termos da lei 8884, somente poderá ser objeto de inclusão ou de se enquadrar numa daquelas descrições dos artigos 20 e 21 da lei, se as condutas por elas adotadas constituírem abuso daquela posição dominante. Ou seja, não é nenhuma lesão à concorrência ser um detentor de posição dominante ou patente. O que pode ocasionar a atuação da lei é o abuso. A conceituação de abuso, eu falava disso num seminário em agosto promovido pelo CADE no Rio de Janeiro, é uma noção importante a ser assinalada. Porque *ab*, o prefixo *ab* do latim, significa afastamento, *uso*, significa logicamente uso. Então é o afastamento do uso normal. Assim como por exemplo, aborto. *Ab ortos*, afastar do nascimento. O aborto, nada mais é que esse afastamento do nascimento. Então, é preciso entender o abuso nesse sentido, como o de “afastamento do uso”, afastamento daquilo que é uma linha normal de conduta.

Neste ponto, cabe lembrar a decisão do Tribunal de Justiça da União Européia, no caso Windsor International Corporation, contra a comissão das comunidades européias. Naquela decisão o Tribunal afirma que, *não é competência da comissão definir o alcance de uma patente. Não poderá contudo essa instituição abster-se de qualquer iniciativa, quando o alcance à utilização da patente é pertinente para a apreciação de uma violação dos artigos, hoje 81 e 82 (na redação está 85 e 86). Mesmo no caso em que o alcance efetivo de uma patente constitua objeto de um litígio, perante jurisdições nacionais, a comissão deve poder exercer suas competências em conformidade com as disposições do regulamento 17/62.* Naquele caso específico, o tribunal de justiça afirma que não constitui objeto específico da patente e são incompatíveis com o artigo 81 parágrafo 1º do tratado, na medida em que os restringe à concorrência nas seguintes cláusulas: *controle de qualidade reservado ao concedente da licença, a obrigação imposta arbitrariamente, um modo de cálculo de licença que leve ao licenciado não vender separadamente um produto não coberto, a obrigação para o licenciado de apor menções relativas à*

patente sobre um produto não coberto por ela. uma cláusula de não contestação das marcas e patentes do concedente da licença, etc.

Num outro caso, também muito interessante, o caso (**Num Gesser Kurt Eisely**) contra a Comissão, o Tribunal de Justiça deixa claro que *os acordos baseados em licenciamento de patentes não podem ter por efeito uma proteção territorial absoluta, nem podem estabelecer uma proibição de importações paralelas*. Nesse caso, uma entidade pública francesa desenvolveu um determinado tipo de sementes de milho e exportava para a Alemanha. Essa empresa, constituída na Alemanha, de propriedade desse Kurt Eisely, tinha a obrigação de vender somente a semente francesa e de impedir as importações paralelas. *No caso, menciona-se uma distinção importante para a titularidade e seu exercício, diz a decisão: um direito de propriedade industrial ou comercial enquanto estatuto legal, escapa aos elementos contratuais ou de concentração, focalizados pelo artigo 81 parágrafo 1º do tratado*. Sobre seu exercício pode cair sobre as proibições desse tratado, caso se verifique ser ele objeto, meio ou a consequência de um acordo. Este é, notadamente, o caso da combinação do direito exclusivo de utilizar um direito de propriedade industrial e comercial no território de um acordo, reconhece ao licenciado a qualidade de distribuidor exclusivo, neste mesmo território, assegurando ao licenciado uma proteção territorial absoluta, impedindo as importações paralelas, mas isso é a jurisprudência estrangeira.

O CADE, ao responder consultas 031/99, cujo relator foi o Conselheiro Mércio Felskie, deixou bem claro que, havendo uma das hipóteses descritas no artigo 21, conjugado com o artigo 20 da lei 8884, ou seja, *obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme, dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi acabados, impedir o acesso de concorrente, recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa, cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa*, seguramente a patente estará sendo utilizada com o objetivo de restringir a concorrência.

Com base neste raciocínio o ilustre Conselheiro, chegou à conclusão de que a penalidade prevista no artigo 24, III, a da lei 8884, consubstancia-se em recomendação ao agente público competente, no caso ao Instituto Nacional da Propriedade Nacional (INPI), para que seja concedida a licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. Vejam, então, porque naquele caso da Comissão Européia eu frisei bem a distinção entre a titularidade da patente e o seu exercício. Isso está justamente no artigo 68 da lei 9279, de 1996, que diz: *o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada, compulsoriamente, se exercer os direitos dela decorrente de forma abusiva, ou por meio*

dela praticar abuso de poder econômico comprovado nos termos da lei por decisão administrativa ou judicial.

Vejam bem, exerceu a patente de modo abusivo e esse exercício foi comprovado nos termos da lei e quem comprova o exercício abusivo de conduta é o CADE. Poderia ser uma decisão administrativa ou judicial, no caso de serem somente duas empresas, uma relação inter-empresarial. Se for uma relação que envolva o mercado, é uma decisão administrativa do CADE, embora, o órgão regulador de patentes seja o INPI e somente ele pode conceder, caçar ou licenciar e este é um problema importante, porque o INPI, ao conceder a titularidade da patente ou caçar a titularidade quando concede compulsoriamente à outrem, está implícita e claramente caçando a patente de seu detentor dela.

Aqui faço uma observação que me parece sumamente importante. Parece haver um equívoco no projeto de lei porque quando o artigo 24, III da lei 8884, fala *sem prejuízo das penas, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente..* diz que poderão ser impostas penas, há clara recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida a licença compulsória de patentes e titularidade do infrator; (a nova proposta do artigo 24, caput diz: *sem prejuízo poderão ser impostas as seguintes penas, isoladas ou cumulativamente. o licenciamento compulsório de patentes de titularidade do infrator.*

Ora, sabe-se que o CADE não tem competência para licenciar porque ele não é quem concede, licencia, ou caça patentes. Portanto, a meu ver, este ponto do projeto deveria ser mudado. Aproveitando-me da lição de hoje cedo do professor Mário Possas, se aceitarmos a existência de órgãos reguladores, se aceitamos a positividade da externalidade de rede, ou seja aquilo que um órgão decidiu o outro não precisa decidir de novo, como assinalado hoje pelo professor Mário Possas. Assim, creio que o CADE não tem competência para impor a penalidade de licenciamento compulsório de patentes de titularidade do infrator. Creio que seja mais consentâneo com a doutrina e legislação, manter a redação do artigo 24 da lei 8884, neste ponto, compatibilizando a atuação do INPI, como órgão regulador e do CADE como autarquia competente para analisar, julgar e impor penalidades quando apuradas condutas anti-concorrenciais.

A questão se põe da seguinte forma, se um detentor de patente abusou da sua posição dominante, a questão é examinada e decidida pela CADE e se o CADE entender que realmente houve o abuso, condena, impõe multa e como está na consulta respondida pelo conselheiro Mércio Féskie, recomenda ao órgão regulador competente para que ele ou licencie compulsoriamente, ou cace a patente. De qualquer forma, o órgão que pode interferir na titularidade da patente é o INPI. O CADE somente tem competência legal para examinar o

aspecto do comportamento, da conduta, do abuso de posição dominante. Parece-me uma observação pertinente e quero que seja aceita como uma crítica construtiva e não destrutiva, a necessidade de impedir um choque de legislações. O artigo 68 da lei de patentes diz que tal competência é do INPI, o órgão regulador e não O CADE, que é órgão julgador, vejam a importância de detectarmos esses pontos e fazermos essas distinções. Me atenho aos meus 20 minutos, muito obrigado pela oportunidade de estar aqui com os senhores.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Como os senhores notaram, sem prejuízo da convocação de um dia do professor João Bosco, acho que nós vamos fazer disso uma tradição. Assim as ponderações vem com essa capacidade de síntese, pontuação e objetividade. O professor João Bosco é um dos que repercute no Brasil a expressão de que o direito não tem sido lógico, tem sido experiência. Essa foi uma das primeiras coisas que eu ouvi dele antes de ser conselheiro. Hoje vocês puderam ver que ele repercute também na prática, ponderando algumas coisas. Eu gostaria de convidar, quem já tomou acento, o nosso componente dessa mesa também. Dr. Paulo Corrêa, que muito nos honra aqui no seminário, as ponderações que ele tem feito, quer da mesa, quer da platéia nos temas que tem participado.

Dr. Ubiratan me pediu que avisasse no início da minha fala que nós não vamos fazer o rapel nem o rafting nas Cataratas de Foz do Iguaçu hoje, por conta do tempo da apresentação dessa tarde. O esporte poderá ser feito amanhã de manhã a partir das 8:30 horas. Sem mais, eu passo a palavra ao Dr. Pietro Ariboni, que é o nosso diretor do IBRAC e muito se tem dedicado ao tema do abuso de patente e concorrência, com persistência e competência nas nossas reuniões do IBRAC e que, portanto poderá agora compartilhar conosco as considerações que possui sobre a matéria. Com a palavra Dr. Pietro.

PIETRO ARIBONI

Boa tarde, vamos direto ao assunto já que temos tempo limitadíssimo. Se eu tivesse que levar a sério o meu tema eu teria que ocupar as próximas 4 horas, mas vou fazer em exatamente 20 minutos. Pretendo, basicamente, que fique instilado, semeado o conceito a respeito da enorme importância que os assuntos relativos a propriedade industrial exercem hoje no contexto do direito da concorrência. Inclusive, ousou dizer que a nossa constituição não

foi completa ao fazer referência aos pilares da ordem econômica, mencionando, simplesmente, a livre concorrência e a livre iniciativa, já que a livre concorrência não pode existir se não for leal. Portanto o atributo específico é a livre e leal concorrência e o aspecto da lealdade está inteiro por conta de todas as normas que existem, regulando exatamente as relações concorrenciais.

A única diferença que existe entre os dois sistemas que estabelecem normas e formas de atuação e tutela, um dispõe através da legislação específica para reprimir os atos anticoncorrenciais, a lei antitruste e outro é contemplado pela legislação específica da concorrência leal, o código de propriedade industrial., reside na relação do alcance do direito a ser preservado. O primeiro se preocupa especificamente em tutelar o direito coletivo, portanto a livre concorrência como conceito global, como macro conceito jurídico econômico. O segundo, legislação relativa às marcas, patentes e direitos autorais, está voltada para regular e dimensionar as regulações entre os empresários.

Hoje pela manhã ouvimos várias vezes referências ao fato de que o CADE tem rejeitado representações onde existe, unicamente, um problema entre distribuidor e fabricante, o que está certíssimo, porque se existe uma relação simplesmente privada, direta, imediata, concorrencial, anômala, que apresente algum tipo de patologia, necessariamente isso não significa que venha a afetar a livre e leal concorrência como um todo. Por isso, há a necessidade de diferenciar exatamente os dois conceitos e ao mesmo tempo em que há a necessidade de se saber que eles estão integrados, e se essa integração é essencial.

Estamos hoje, pela primeira vez, discutindo esse tema dentro de um seminários o IBRAC, e eu lutei muito para que isso acontecesse. Houve uma série de problemas alheios a nossa vontade, hoje deveria estar aqui o presidente do INPI, mas ele foi chamado às pressas em Genebra, onde ele chefia a delegação brasileira que os vários temas ligados à OMC e às eventuais alterações do TRIPS. Caso contrário, o José Graça Aranha estaria aqui hoje, ele até fez uma certa queixa pelo fato de nunca ter sido chamado para as discussões.

Bem, a redação desse artigo, inciso III, do novo artigo 24, aqui concordo com o meu sacrificado amigo, é um absurdo do ponto de vista de rigor terminológico e de expressão. Primeiro, porque dentre as alterações feitas no artigo 21, se faz menção ao fato de se estar introduzindo o conceito que pode, eventualmente constituir uma violação, uma agressão ao sistema da livre e leal concorrência. O fato de estar praticando algum tipo de abuso na utilização ou no exercício dos direitos de propriedade industrial. Cometeram um grave pecado ao falar de propriedade industrial e/ou marcas. Ora, marcas faz parte da propriedade industrial e no artigo se faz menção há uma possível consequência de um desses abusos. Realmente descabida a expressão direta de

que o CADE poderá ordenar a parte sucumbente o exercício dessa licença compulsória.

Vou tentar em duas linhas dizer-lhes o que significa licença compulsória e vocês verão a impossibilidade jurídica e prática do CADE ordenar tal coisa. então isso tem que ser corrigido necessariamente. Acredito que, caso o INPI, ou qualquer um dos grandes expoentes nessa matéria, tivesse sido chamado para colaborar, esse erro poderia ter sido evitado e hoje a lei poderia estar perfeita. Como avanço é extraordinário prever os abusos da propriedade industrial.

Gostaria de lembrar que posso ter uma indústria com dinheiro, mas se ela não tiver tecnologia ela não terá a menor condição de sobrevivência. Então, a tecnologia é um fator muito mais importante do que o próprio recurso econômico, dentro do fator de desenvolvimento, a tecnologia é essencial. Com tecnologia posso arrumar capitais, com capitais eu nem sempre posso arranjar tecnologia, porque dependo de alguém a ceda e a transfira e a licencie.

Uma das coisas que tenho acompanhado em todas as discussões quando se fala em concentrações é exatamente isso e me parece que esse item merece ser melhor desenvolvido. Pela minha experiência de 40 anos trabalhando com tecnologia, com patentes, com propriedade industrial, com *joint venture*, posso assegurar que se praticam atos violatórios da concorrência em número muito maior, através da malversação da tecnologia e do uso indevido de patentes, que qualquer outra forma de barreira que se queira, como aquelas que aqui foram articuladas. Posso trazer 50 casos, mostrando que através de tecnologia eu elimino a concorrência, de uma maneira que não apareça. Não se exprime nos preços, na oclusão de canais, nada disso, simplesmente sufoca-se o mercado e o concorrente em função do uso da tecnologia.

Hoje, é essencial entender o papel da tecnologia e patente é apenas um dos itens. Patente é tecnologia transformada em título de propriedade, mas eu posso ter tecnologia não patenteada. Esse é uma das falhas porque se deveria dar mais ênfase ao uso dos *trades secrets*, do *know how* não patenteado, terminologia assim definida, que exerce um papel preponderante. Contrato de transferência de tecnologia não se confunde com contrato de licença, normalmente se fala em licenças, mas licença é algo limitado, porque só se pode licenciar direitos adquiridos. Eu só posso fazer um *trade mark licence agreement*, um *patent licence agreement* quando a patente já existe, quando a marca já está registrada, mas eu posso fazer milhões de conformações, de *joint ventures*, através da tecnologia não patenteada e patentear ou não patentear é algo estratégico dentro de uma empresa, não tenho condições de dar informações mínimas sobre a diferenciação de um e de outro, mas é estratégico. Posso não

querer patentear porque através do patenteamento eu estou oferecendo a descrição da minha tecnologia que depois da extinção da patente estará caindo em domínio público, estará à disposição de terceiros. Enquanto eu mantiver a minha informação como segredo, vide fórmula da Coca Cola que tem 120 anos, só eu a estarei utilizando.

Patente é algo fantástico, é a maior invenção que se criou para o desenvolvimento. É um contrato feito entre o Estado e o inventor, fala-se invento porque é sempre uma pessoa física, mas é claro que são sempre as empresas que depois como cessionárias acabam explorando. Trata-se de um contrato perfeito, acabado, claro, transparente, no qual o Estado diz: *eu dou incentivo para que haja desenvolvimento tecnológico*. Tal incentivo é tutelado por lei, inclusive, dentro da carta magna. Portanto, é uma tutela constitucional dada aos inventos através de lei ordinária, o Código de Propriedade Industrial, pelo tempo determinado em 20 anos. Este tempo limitado em 20 anos, depois do TRIPS, é exatamente a grande arma do desenvolvimento porque assegura ao titular da patente um tempo limitado para o seu uso e exploração industrial.

Existe um verdadeiro monopólio legal, o detentor da patente está, legalmente, titulado para exercer a exclusividade durante o período da vigência da patente. Somente ele poderá fabricar, usar, vender, aplicar no país (cada patente vale no país). Logo ele poderá, sozinho e com exclusividade exercer a atividade. Tal monopólio legal pode se transformar em poder econômico, caso haja convergência de três fatores. Se o objeto da patente, invenção, processo de fabricação produto ou equipamento obtido, for ao mesmo tempo aquilo que durante muitos anos havia sido apresentado como sendo uma agressão ao sistema da livre iniciativa. Como pode algo, por lei, ser reconhecido como exclusivo, considerando que ao excluir se afasta a concorrência? Naquele produto, ele não poderia, não pode e não tem concorrência. É uma situação em que o objeto da patente, por exemplo, algo único que não existente no mercado e não tem um substitutivo. Não existe algo ou alguém que possa buscar para suprir um objeto de uso necessário, importante. Porque se eu simplesmente estou realizando algo que a pessoa poderá utilizar apenas querendo ou não, evidentemente, isso não vai influenciar o mercado.

Tratando-se de alguma coisa de uso importante e necessário, como por exemplo um remédio, é preciso que ao lado do poder decorrente do título de propriedade, também se faça a patente de um título de propriedade que pode estar associado à propriedade imobiliária. Ela tem todas as características da propriedade imobiliária. Pode ser vendido, cedido, alugado. Contrato de licença nada mais é do que uma locação de direitos. E os royalties que nós usamos nada mais são do que o valor locativo cobrado através de royalty que é uma importação americana. É simplesmente um contrato de locação, nada mais diferente e se interpreta dessa maneira. No caso da patente é possível que

eu some ao meu poder jurídico também o poder de mercado, por exemplo, pelo existência de um remédio único que só possa ser ele utilizado e consumido para combater um determinado tipo de doença. Apenas gostaria de deixar claro que existe todo um estudo muito grande para que isso seja feito, e os itens conceituais que estou trazendo deve ser filtrados e assimilados para que no futuro possamos discuti-los um a um, caso a caso. Porque isso vai ter uma influência enorme.

Primeiro item: todo sistema de propriedade industrial está submisso, subjacente ao interesse público, isso está na Constituição Federal, está no TRIPS e está em todas as legislações. Portanto a concessão da patente ou a concessão do registro de marcas podem ser instrumentos de desenvolvimento econômico como fator social. Logo, qualquer uso abusivo das marcas ou das patentes, nesse ponto andou bem o novo texto da lei proposta porque está falando em propriedade industrial que abrange tudo, qualquer situação abusiva nesse sentido é utilização dos direitos além dos limites que me são fixados por lei para o seu exercício.

Qualquer situação abusiva pode conduzir, efetivamente, a fortíssimas situações de desequilíbrio dentro do mercado. A submissão ao interesse público está se refletindo hoje em tudo isso, conforme se acompanha pelos jornais. Essa luta que o governo brasileiro fez e fê-lo muito bem, conseguiu realmente demover uma série de posições que eram fixadas a fim de colocar todo o aspecto relativo a proteção de patente como algo intocável. Não é verdade, trata-se de um instrumento em si e não de uma finalidade e como instrumento tem que se submeter a regras. Hoje nós temos já o pronunciamento da ONU reconhecendo que a propriedade industrial tem de ser encaminhada como meio para o desenvolvimento social e humano e recentemente a OMC acabou aceitando um texto. Não era o que se queria, mas em boa parte permitiu que todo sistema de patentes pudesse ser examinado á luz daquilo que possam ser situações de emergência nacional.

Isso está certíssimo, eu considero um grande avanço na luta contra as multinacionais, os grandes grupos econômicos. Sempre foi assim, a patente sempre teria sido concedida para uso local como um instrumento de desenvolvimento nacional. Aquele que tem uma patente tem que produzir no país, tem que ter indústria no país. Entretanto, quando foi feito o TRIPS que é esse tratado anexo à OMC, através do lobby internacional dos grandes grupos, se introduziu a previsão de que se poderia admitir como uso efetivo, inclusive a importação. Aspecto introduzido pela OMC que constitui verdadeira desavanço jurídico e incrível retrocesso porque tolhe e reduz o impacto da submissão de valores sociais. A patente é instrumento de desenvolvimento, assim como a marca deve, obrigatoriamente, ser usada o país do contrário ela caduca e essa

caducidade agride, exatamente, os direitos de propriedade industrial não usados no país. Por isso, não haveria razão para abstrair tipo “patente” dos direitos de propriedade industrial. Entretanto, este retrocesso jurídico foi corrigido em parte ao se admitir que em casos de situações de emergência nacional ou de urgência, o sistema de licenciamento fique suspenso. Apenas para terminar, existem duas formas de licenciamento.

O voluntário, em que o titular da patente oferece, por exemplo como um apartamento livre que se pretende alugar, a patente disponível é oferecida, voluntariamente. É uma relação contratual como outra qualquer, paga-se o aluguel, ou compra-se a patente. Caso em que há uma cessão, um licenciamento voluntário. É um sistema de contrato normal previsto em lei, para que prevaleça tanto o interesse nacional como o de mercado.

O sistema de exame de pedido de patente não é feito para conferir ao inventor um título honorífico para colocar na parede. Trata de um instrumento, como um empréstimo dado pelo BNDS, para utilização na implantação de uma indústria. A patente é uma obrigação que o inventor assume em troca da tutela jurisdicional, da tutela constitucional. Ele assume a obrigação de contribuir para o desenvolvimento do país produzido aquele objeto inventado. Então, dentro dessa ótica, tudo o que aconteceu na área farmacêutica, está perfeitamente dentro desse quadro, é justificado e deveria ser apresentado, não apenas pelo Brasil, mas por todos. O Brasil hoje está de parabéns porque teve a coragem de enfrentar o lobby de todos os grandes grupos multinacionais do mundo que tinham conseguido colocar na OMC a cláusula prevendo possibilidade de substituição do uso local pela importação. Hoje, pelo menos no que diz respeito à saúde e aos alimentos o governo pode a qualquer momento intervir, embora não tenha sido previsto dessa forma.

Há, também, a licença compulsória que diferente da licença voluntária não é a parte que toma iniciativa, ela sofre a ação. O presidente do INPI se substituiu ao titular da patente na determinação desta contratação como se o Estado dissesse, você não pode ficar com o apartamento fechado como você ficou durante três anos. No caso da patente fixa-se três anos para o início da industrialização. Passado esse prazo o Estado diz: o teu apartamento está fechado por três anos, agora você vai alugar na marra. Eu juiz vou iniciar um processo de locação me substituindo na manifestação da sua vontade de titular. Essa é a licença compulsória que para ser processada deve obedecer uma série de razões e condições. Uma delas para se ter um licenciado é necessário a detenção de condições técnicas e econômicas. Não adianta retirar a patente da Roche e dar para alguém na esquina e dizer faça esse produto. Por isso que há uma série de condicionamentos que tornam inócua a ordem do CADE obrigando a licenciar. É necessária a intervenção do Estado disciplinando e gerindo isso. Buscando no licenciado condições técnicas e econômicas para

que após um ano da concessão da licença compulsória ele realmente inicia a fabricação.

Esses são dois aspectos mínimos que se poderia abordar. Haveriam muitos outros, evidentemente, mas eu quis apenas deixar conceitos para pensarmos como o tema deverá ser tratado. Não se trata apenas de patente, como também da questão da marca. A pirataria de marcas é uma das barreiras mais fortes para a entrada de novos concorrentes. Na hora em que alguém aqui registra a marca Gucci e ele impede que o grupo Gucci entre no Brasil porque a marca está com o pirata. E o pirata pede dez milhões de dólares para vender uma propriedade que era do coitado que foi espoliado e a Gucci não pode entrar. Esta barreira não foi contemplada nunca em nenhum de seus aspectos. Nunca foi levantado porque trata-se de um assunto extremamente técnico e específico que ainda não foi levado ao CADE. Para mim a maior barreira que existe hoje para novas entradas é constituída por marcas e por tecnologia. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Muito obrigado Dr. Pietro. Como vocês podem ver além das pérolas do cancionero italiano, ele é detentor de brilhantes e firmes considerações sobre o tema das patentes e a interseção entre este tema e o direito da concorrência, o que junto com as considerações do professor João Bosco, certamente deixará marcado o tema para os próximos trabalhos do IBRAC em seminários, para os próximos trabalhos dos nossos alunos de graduação e pós-graduação e para os cursos e concursos de monografia do IBRAC.

Assim, eu passo a chamar para estar conosco à mesa o Dr. Fernando de Magalhães Furlan, Procurador Geral do CADE, para tecer as suas considerações sobre o tema de atos de concentração. Vamos ouvir o Dr. Fernando e em seguida o Dr. Paulo Corrêa, depois faremos o intervalo para o café, visto que estamos conseguindo cumprir a nossa meta de tempo.

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Obrigado xará. Obrigado ao IBRAC pelo convite. Eu vou me ater a aspectos mais processuais do tema ato de concentração, até porque os colegas que estão me acompanhando à mesa entrarão em detalhes mais teóricos. Eu convidaria a mesa para tomar acento nas primeiras cadeiras para acompanhar as exposições, por *power point*.

A minha exposição é bem rápida, até porque considero mais interessante deixar um tempo maior para os questionamentos que virão depois. O objetivo é trocar idéia com os advogados aqui presente e as pessoas da comunidade antitruste, com relação a aspectos processuais dos atos de concentração no CADE. Um dos pontos trata da questão da notificação do ato. Todo conhecem a legislação, mas para visualizar melhor o artigo 24 da lei que diz: *os atos deverão ser encaminhados para exame mediante encaminhamento da respectiva documentação*. O Parágrafo 5º reza que o atraso e na apresentação dos casos prevista em parágrafo anterior, será punida com multa pecuniária.

A questão que se coloca hoje no CADE é saber se a apresentação do ato de concentração com a documentação incompleta pressupõe intempestividade da notificação. Na procuradoria, há entendimentos de alguns procuradores federais no sentido de que a documentação incompleta apresentada juntamente com a comunicação do ato, pressupõe a intempestividade da notificação. Bem, falemos sobre os principais documentos que têm suscitado debate na procuradoria e começa a chegar a análise do conselho.

O que mais tem chamado a atenção da procuradoria é a questão das traduções. A jurisprudência do Conselho, ao longo do tempo, tem entendido e aceitado a tradução simples da documentação. Em especial, do documento contratual que seria o documento vinculativo que teria ensejado a notificação do ato. Nós temos defendido que a tradução simples é suficiente para a formação do convencimento dos julgadores, entretanto, há entendimentos contrários sobre a necessidade da documentação juramentada. Pessoalmente, considero que seria um ônus sem sentido exigir a apresentação da tradução juramentada do instrumento contratual, até porque considero que os tradutores juramentados são um tipo de cartel institucionalizado e de certa forma oficializado. Então, considero que é um ônus sem razoabilidade. Alguns procuradores da procuradoria do CADE, também entendem que os relatórios anuais e documentos anexos ao instrumentos contratual também deveriam ser traduzidos.

Nós sabemos que os órgãos instrutórios do sistema brasileiro da concorrência (SDE e SEAE) não tem exigido nenhum tipo de tradução. Entendo que não exigir nenhum tipo de tradução, principalmente não exigir a tradução do documento do contrato, seria um pouco apressado. Mesmo porque há disposições expressas na lei de registros públicos, no Código de Processo Civil e na própria Constituição que exigem a tradução dos documentos apresentados ao poder público. Nos relatórios anuais considero desnecessário porque os relatórios normalmente apresentam dados estatístico e financeiros em vocabulário que não se consegue entender o conteúdo.

Em seguida, vem a questão das procurações. Tem sido muito comum a apresentação do ato de concentração com procurações com cópias simples. Há quem entenda que as procurações também devem ser traduzidas e

há quem entenda que não. Eu considero que se requerentes apresentam a procuração traduzida, não haveria a necessidade de apresentar a procuração autenticada, ou um ou outro. Se você apresenta a procuração em outro idioma, é necessário que essa procuração venha devidamente autenticada. Senão apresentar a cópia da procuração autenticada ela deve ser traduzida. Talvez, o mais fácil seja a mera autenticação da procuração porque fica fácil visualizar o seu conteúdo sem que esteja traduzido para o vernáculo.

Outra questão bastante freqüente na submissão dos atos de concentração, trata do comprovante de recolhimento de taxa. Antes, o CADE tinha um modelo específico de recolhimento de taxa e de comprovante. Mais recentemente, o Banco Central instituiu um procedimento em que todas as taxas recolhidas ao poder público deveriam ser recolhidas através de um comprovante único. Esse comprovante único, que é o que é utilizado hoje, não é adequado, porque nele não constam dados importantes para a identificação dos requerentes e da própria operação. Então, para o saneamento do processo seria necessário que as requerentes apresentassem esse comprovante de recolhimento de taxa com cópia autenticada ou que apresentassem a versão original que seria a vista do funcionário responsável carimbada, para que tivesse o efeito da autenticação. Só gostaria de chamar a atenção dos senhores advogados da importância do correto preenchimento desse comprovante de recolhimento de taxa, porque se as partes não forem identificadas, fica difícil visualizar a operação e a comprovação do recolhimento, o que suscita alguns incidentes processuais desnecessários. Normalmente tem que se baixar em diligência, o que atrasa o andamento do processo e é uma coisa desnecessária. Caso isso seja feito e sejam autenticados esses documentos não há necessidade de tradução.

Outra questão trata do arquivamento do ato de concentração. Questiona-se a possibilidade de devolução da taxa processual recolhida, uma vez arquivado o ato de concentração por solicitação das requerentes. Apresentado o ato de concentração e por fatores extrínsecos ao processo, ou por motivos das requerentes, solicita-se o arquivamento deste ato. Assim, questiona-se se, ao solicitar o arquivamento do ato de concentração, faz-se jus à devolução da taxa processual recolhida. A resposta à questão, no meu entendimento, está na lei 9781, em seu artigo 2º, inciso 1º, que diz: *constitui fato gerador da taxa processual a apresentação de atos e contratos previstos no artigo 54*. Logo, uma vez consumado o fato gerador, não haveria como se devolver a taxa recolhida.

Outro tema que considero relevante discutir, ou pelo menos fazer menção, é a questão da substitutibilidade do compromisso de desempenho com relação ao compromisso de cessação. Digamos que as mesmas empresas tenham comunicado uma operação ao CADE e, portanto, gerado ato de con-

centração e essas mesmas requerentes tenham outro processo, um processo administrativo. É sabido que o processo administrativo trataria de condutas anticoncorrenciais da representadas e o ato de concentração de uma operação outra. A questão que se põe refere-se a um acordo, um compromisso de desempenho que esteja sendo implementado nesse ato de concentração e posteriormente estas empresas solicitam, ou demonstram interesse em confirmar um compromisso de cessação de prática no processo. Por isso questiona-se, se o compromisso de desempenho teria o condão de substituir o compromisso de cessação de prática.

Há posições no sentido de que, se já há um compromisso de desempenho seria desnecessária a celebração de um compromisso de cessação de prática entendendo, os que defendem esta posição, que o compromisso de desempenho já açambarcaria todas as questões que seriam possivelmente revistas no compromisso de cessação de prática. Particularmente, entendo que, se a lei previu dois instrumentos diversos, um para cada situação, não haveria como haver substituição entre eles.

Por último, outra questão bastante controversa e que está em voga na nossa área trata da possibilidade de consulta quando há ato ou contrato *in concreto*. O artigo 6º da resolução 18, estipula que, para que seja conhecida e apreciada a consulta é condição, seja ato ou contrato em tese ou transações hipotéticas, e não atos ou contratos que já tenham acontecido. Se as empresas ou a empresa apresenta uma consulta e o CADE, ao analisar a consulta, verifica que na verdade se trata de ato ou contrato que já foi realizado, a resolução 18 prevê a possibilidade de conversão desta consulta em ato de concentração. Conexo a esse tema está a possibilidade de se fazer uma complementação da taxa recolhida pela consulta. A taxa da consulta é cinco mil reais e a taxa do ato de concentração quarenta e cinco, quinze para cada órgão. Entendo, que sim. Já que estamos falando de taxa, o próprio Código Tributário prevê a possibilidade de compensação de tributos do qual a taxa é espécie. Mesmo porque, seria um ônus desnecessário às empresas, perder os cinco mil reais que pagaram pela consulta e recolher mais quarenta e cinco mil reais. Logo, acho que seria desarrazoada a exigência dessa taxa a mais. Enfim, esses eram alguns temas que eu trouxe para discutir com vocês. São temas que estão em voga no CADE, tenho certeza de que as perguntas serão bem vindas. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Agradeço ao Dr. Fernando Furlan, que compartilhou conosco suas ponderações e considerações sobre o que, atualmente, se discute nos julgamentos do CADE.

Eu, passo a palavra ao eminente Secretário Adjunto da Secretária de Acompanhamento Econômico, Dr. Paulo Corrêa, para que teça as suas considerações referente ao tema do nosso painel.

PAULO CORRÊA

Obrigado Fernando, boa tarde a todos. O tema que eu pretendo tratar nesse momento diz respeito ao controle de concentrações em setores de infra estrutura. O meu objetivo básico é chamar a atenção para o fato de que nesses setores, em especial em países em transição, alguns tipos de concentração de operações, em especial, que costumavam ser tratadas de uma maneira mais tolerante pelas autoridades, talvez, mereçam uma revisão mais atenta. A minha exposição está baseada num pequeno artigo que está à disposição dos senhores do lado de fora dessa sala.

O texto é um pouco mais amplo e trata de questões antitruste de uma maneira geral, nesses setores. Mas a minha exposição, em função do painel, vai se concentrar em temas relativos as operações de concentração. Apenas uma observação, na parte introdutória ainda, a idéia básica é chamar a atenção para o fato de que, no momento em que se privatiza os setores de infra estrutura, ainda que existam órgãos reguladores com função específica sobre esse setores, a política antitruste em tais indústrias torna-se um tema ainda mais importante. A mensagem básica desse artigo é que precisamos de uma ação antitruste mais intensa e certamente de qualidade maior nesses setores. As questões de operações de concentração, nesses setores, num certo sentido e do ponto de vista analítico, costumam suscitar questões um pouco mais complicadas do que aquelas tipicamente presente em indústrias comuns. Para tanto, vou tentar ilustrar meu argumento com alguns estudos de casos. O primeiro conjunto de temas será referente a fusões verticais, o segundo a conglomerações.

Notem os senhores que, tanto as verticalizações como as conglomerações, são usualmente operações que despertam menor atenção das autoridades antitruste, não apenas no Brasil, mas no mundo em geral. Mais uma vez, alerta que no caso dos setores de infra estrutura, há fortes razões para que seja revista certa tolerância. Começarei, então com as fusões verticais. Todos os senhores sabem, que nos anos 70, a partir dos estudos da escola de Chicago, se tornou razoavelmente hegemônica a idéia de que fusões verticais não seri-

am portadoras de riscos à concorrência, quase de uma maneira *per se*. Com a evolução da teoria econômica, mais recentemente, dos anos 80 para cá, se mostrou que sob certas circunstâncias específicas, esses resultados podem se alterar e fusões verticais podem, de fato, gerar efeitos negativos sobre a concorrência. Isso ocorre sempre em fusões verticais que aumentam as barreiras de entrada e exigem que um eventual novo entrante o faça em dois níveis ao invés de em apenas um ou quando haja possibilidade de aumentar os custos dos rivais. Vou procurar então, ilustrar um pouco esses dois casos.

Recentemente a Federal Trade Commission desafiou uma fusão entre um provedor de energia elétrica na Virgínia e o distribuidor de gás natural da mesma região. A ligação básica era a aquisição de um gerador elétrico por um distribuidor de gás. A alegação era que o mercado para a entrega de gás, nessa região, caracterizava-se por elevadas barreiras a entrada e estender outros *pipe lines* que já existiam, seria muito caro, tomaria muito tempo e seria difícil, na medida em que esse novo entrante, teria que obter novos direitos de passagem, o que encareceria o custo do investimento. Foi identificado, também, que os dutos existentes não dispunham de capacidade ociosa suficiente para servir aos potenciais entrantes. A operação então foi autorizada desde que a parte da empresa adquirida referente a esses ativos, esses *pipe lines*, fosse alienada.

Outro tipo de operação, ainda na linha de fusões verticais que tem gerado preocupação às autoridades antitruste, é o que se chama de fusões convergentes, um nome genérico para situações em que um gerador de energia elétrica tenta comprar um fornecedor de combustível, seja de rivais efetivos ou de competidores potenciais. O risco aqui é a possibilidade de aumento dos custos dos rivais com base nessa estratégia. O caso que pretendo usar é um caso de 1998 quando o Departamento de Justiça desafiou uma operação em que a “Enova” e a “Pacific” se fundiam. A “Enova” é dona de uma companhia que é a terceira maior provedora de eletricidade da Califórnia, a Pacific era virtualmente o único provedor de gás e de transporte de gás natural nessa região, além de ser o único provedor dos serviços de armazenamentos de gás nessa área.

O preço da energia elétrica nos Estados Unidos, era determinado a cada meia hora, e acredito que ainda o seja, pelo custo da última unidade ofertada nessa hora, no caso pelo custo mais alto. O argumento básico da autoridade era que essa nova empresa teria incentivos para aumentar os custos dos rivais, fazendo com que o preço da energia vendida a cada meia hora aumentasse, de tal maneira que suas unidades mais produtivas, e portanto com custos mais baixos, obtivessem um lucro supra normal. Para que a operação fosse aprovada exigiu-se a venda dessas duas plantas que tinham custos mais bara-

tos, porque no momento em que se alienasse as plantas mais eficientes, o incentivo para aumentar o custo dos rivais desapareceria.

Um caso bastante interessante, ainda nessa linha, diz respeito ao acesso à informação proprietária dos rivais, também uma fusão entre a “Pacific Corp” e a “Peabody”. A “Peabody” era uma companhia que produzia carvão nos Estados Unidos e o ofertava para aproximadamente 150 empresas de energia elétrica, no setor Oeste dos Estados Unidos, boa parte deles competidores da “Pacific Corp”. A preocupação básica era que através da oferta de insumos feitas pela “Peabody”, a “Pacific Corp” pudesse inferir as estratégias comerciais, inclusive, quantidade e preços dos seus rivais. Por conta disso, a operação só foi aprovada quando a empresa estabeleceu uma *file wall*, dessas que estão sendo bastante comuns em casos de portais, proibindo o acesso da “Peabody” a certas informações não públicas pela “Pacific Corp”.

Vou ilustrar apenas mais um caso ou talvez dois que tratam de operações de conglomeração referentes a problemas da concorrência potencial. Por razões que todos nós conhecemos, tanto empíricas quanto teóricas, as autoridades antitruste, tradicionalmente, tem evitando reprovar operações baseadas no argumento da redução da concorrência potencial, seja efetiva, seja concorrência potencial percebida. Há dois casos, também no setor de infra estrutura, em que ocorreram as operações que foram bloqueadas ou submetidas a certas imposições, exatamente pela variação que reduziria a concorrência potencial nesses setores.

Um exemplo muito interessante, também nos Estados Unidos, foi a operação que envolveu a tentativa da “Questar” comprar a “Curn River”, uma empresa transmissora de gás. A Questar era proprietária do único duto que servia os consumidores industriais em Salt Lake City e a “Curn” operava o outro duto, que embora não chegasse em Salt Lake City, passava por essa cidade. A empresa, depois de avaliações de mercado tinha anunciado planos de fazer uma extensão desse duto, que passava pela cidade, até o próprio centro do consumidor dessa cidade, introduzindo concorrência no mercado.

Como resposta ao anúncio da decisão, mesmo antes da construção da extensão do duto ter sido iniciada, a “Questar”, empresa incumbente, já havia reduzido os preços desses serviços para vários consumidores. Com base no argumento da eliminação de um concorrente potencial, a Federal Trade Commission proibiu a conclusão dessa operação e as partes abandonaram a idéia.

Finalmente, um último caso relativo ao exemplo de concorrência potencial percebida. Esse exemplo, mostra que em muitos casos as conglomerações envolvem empresas que não são concorrentes e que, embora ofertem o

mesmo tipo de produto, o fazem em mercados geográficos distintos, mercados que são geograficamente segmentados, muitas vezes, por razões de natureza exclusivamente institucional que desaparecem a curto espaço de tempo. Trata de um caso Australiano, em que a “ACCC” desafiou a aquisição da empresa “Al Gas Energy”, pela “Borau”. A razão básica era que cada uma dessas empresas detinha o franchising para a distribuição de gás em regiões muito próximas, porém distintas. Essa concessão inspirava em dois anos e, como antecipação a esse movimento, as empresas começaram a negociar preços menores com os seus clientes, para garantir a fidelidade desses clientes depois que terminassem os contratos de exclusividade da concessão e fosse aberta a concorrência. Evidência produzidas demonstraram que a percepção da entrada da “Borau” no mercado, havia reduzido os preços dos serviços ofertados pela “All Gas”, embora não houvesse, efetivamente, nenhuma mostra efetiva da entrada da “Borau” no mercado. A “ACCC” se opôs e o caso não seguiu.

Esse é um exemplo muito parecido com a operação ocorrida aqui no Brasil e também na Argentina, entre a Petrobrás e a Repsol IPF. A primeira tese apresentada pela empresa é que se tratava de fusão sem qualquer efeito prejudicial à concorrência, visto que não havia concorrência entre as duas empresas que operavam em mercados distintos. Como a partir de janeiro de 2002 se eliminariam as limitações às importações de combustível e também por razões de geografia econômica, a Secretaria entendeu que o mercado da região sul seria constituído por boa parte da região sul do Brasil, Norte da Argentina e a maior parte do Uruguai e Paraguai, e essa operação poderia, de fato, eliminar um concorrente potencial em 2002. Nós apresentamos esta perspectiva para a empresa que forneceu outras informações. A análise seguiu com essa nova visão e o caso foi aprovado pelo CADE com a recomendação da Secretaria. Era o que eu tinha a dizer. Muito obrigado pela sua atenção.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Obrigado Dr. Paulo. Eu gostaria de convidar a todos para tomarmos um rápido café e depois seguirmos com as palavras dos professores Arthur e Gesner.

FERNANDO MARQUES

Passo a palavra para o Professor Arthur Barrinuevo, para que teça as suas considerações.

ARTHUR BARRINUEVO

Obrigado Fernando. Dando continuidade a esse painel, eu gostaria de discutir com os senhores e senhoras tema que diz respeito às perspectivas do controle de concentrações, em consideração dois fatos muito importantes. Um deles, a proposta de modificação do projeto de lei que pretende mudar a forma de controle das concentrações, simplificando e agilizando esses processos. Outro ponto, também de extremamente relevância num país como o nosso em que as instituições estão em construção, é a questão da mudança da chefia do executivo com as eleições do ano que vem.

Assim, eu queria tratar desse tema de perspectivas de controle de concentração abordando dois aspectos apenas. O primeiro deles é a questão de eficiência e desenvolvimento econômico em atenção ao que se pensa no país e aparece como proposta de política pública para o desenvolvimento futuro. O segundo, é a questão da legitimidade, ou seja, nós economistas, advogados, autoridades, que trabalhamos na área da defesa da concorrência, com certeza temos a nossa atuação determinada, pelo menos fortemente diferenciada, pela legitimidade que o controle que a defesa da concorrência tem no nosso país.

O primeiro aspecto que eu gostaria de relembrar é a questão da eficiência econômica e o desenvolvimento econômico vinculado ao controle de concentrações, lembrando que a maioria dos partidos políticos que têm apresentado propostas, seja PMDB ou partidos mais de esquerda, da volta a uma política industrial como caminho para o desenvolvimento. Qualquer um dos pré-candidatos desses partidos, o próprio PMDB que contratou o ex-Ministro Mendonça de Barros para fazer o programa, lembro que ainda não tenho candidato, tem já uma proposta nesse sentido. Por isso, acho que vale pena se discutir até que ponto essa ênfase em política industrial e uma eventual retomada da idéia de política industrial deixada de lado nos últimos anos, influencia o controle de concentrações. Até que ponto a teoria econômica e a experiência de controle das concentrações justificam ou vão contra essas propostas de política industrial. Depois disso, penso que é interessante ver a legitimidade que se tem para propor tais mudanças.

O primeiro ponto que resalto trata da influência de uma política industrial que se pode chamar de antiga e uma política industrial nova que tem sido implementada por países mais desenvolvidos, em particular União Européia e o próprio Estado Unidos, ainda que sem o nome política industrial e traz uma série de políticas de fomento ao desenvolvimento e a competitividade que funcionam como se assim fossem. A velha política industrial que todos nós conhecemos é a política de subsídios que vinculada ao protecionismo

procurava construir campeões nacionais, causando muitos problemas como conseqüência. Visão que ainda tem certa importância na nossa sociedade quando se pensa e formula idéias econômicas sobre desenvolvimento. Certamente, esse tipo de política industrial voltada à idéia da constituição de campeões nacionais pode acabar se chocando com a idéia de defesa da concorrência e especialmente de controle de concentrações.

A política industrial que se pode chamar de nova, é uma política que se preocupa muito mais em fortalecer instituições e a própria concorrência, bem como de incentivar a pesquisa e desenvolvimento tecnológico cujo impacto é mais pró-competitivo. Embora, genericamente se possa dizer que em termos de teoria econômica e de experiência, o que se tem como conhecimento é contrário à visão antiga de política industrial. Quer dizer, não se acredita que concentrações dentro de um país com economia pequena possa efetivamente formar campeões mundiais. É certo que quando se tem segmentos tecnologicamente mais dinâmicos o fato de não cuidar da concentração, certamente, reduz o grau de inovação e competição nesses setores.

Por sua vez, as economias de escala não justificam grandes concentrações que política industrial mais antiga tende a favorecer. Trabalhos mais recentes mostram que em segmentos mais competitivos, indústrias mais competitivas internamente, em geral criam empresas com maior capacidade de competir internacionalmente. Logo, embora a política industrial mais antiga ainda sobreviva como uma idéia de parte da nossa sociedade rejeita essa visão.

Na verdade, a perspectiva do controle de concentrações, depois do consenso da escola de Chicago, idéia hegemônica nos anos 80 já superada, quando acreditava-se que as concentrações não mereciam controle em vista dos ganhos de escala repassados aos consumidores. A situação presente busca entender os fatores de jogo de mercado como, as barreiras encontradas, a diferenciação, o tipo de oligopólio que se está analisando, tudo que em termos econômicos se chama *corneau* ou *bertran*, instrumentos utilizados para verificar a existência de eficiência que certa fusão ou aquisição traria ao mercado. O resultado disso, é mostrar que em certas fusões determinadas condições podem aumentar a eficiência sem reduzir significativamente a concorrência. Por outro lado, há fusões com claro efeito anticoncorrencial sob o bem estar, seja bem estar de curto prazo, seja incentivo para inovação que determine o bem estar a longo prazo.

Assim, embora existam muitos detalhes e muitas questões nesse novo consenso, em geral se considera que a análise caso a caso pode ou tem condições de mostrar quando concentrações provocam danos ao bem estar, bem como quando seus efeitos são pró-competitivos. Por isso, pensando em termos de eficiência e desenvolvimento econômico, é fundamental no debate

sobre o projeto se ressaltar as idéias da importância da defesa da concorrência e da sua convergência com políticas industriais mais contemporâneas, na medida em que há o risco da volta ou de pelo menos de tentativas da volta da velha política industrial de favorecimento de alguns grupos.

Ontem o Secretário Paulo de Tarso falou muito sob a perspectiva de defesa de direitos dos consumidores, inclusive, comparando as infrações à ordem econômica com roubo. Infelizmente, embora essa idéia seja correta, ela ainda não é consenso na nossa sociedade. O impacto negativo que o abuso de poder econômico tem sobre as pessoas físicas ou jurídicas não é aceito ou considerado, consensualmente, como um problema, fato que se deve tanto à atuação do governo da defesa da concorrência, como à própria visão da sociedade.

Começo pela sociedade. Se existe um problema de legitimidade, parte desse problema está dentro da sociedade e não é responsabilidade só da população ou dos consumidores, mas também, das empresas e de seus representantes que conhecem a legislação de defesa da concorrência e não estendem seu conhecimento ou incentivam gestões de empresas a desafiar concentrações que tenham um impacto negativo sobre sua vida econômica. Esse atividade ainda é bastante reduzida na nossa prática diária como assessores ou representantes de empresas. Com certeza este seria um tema que o próprio IBRAC poderia promover, trazendo especialistas para discutir o apoio ao desafio de fusões anticompetitivas que prejudicam as empresas representadas pelos senhores.

O segundo ponto, trata da atuação governamental. Atuação recente que tem sido insuficiente para criar ou beneficiar a crença na cultura de concorrência. Eu gostaria de citar aqui três casos, todos dos anos 90 que, embora não tenham sido os mais rumorosos, estiveram entre aqueles que promoveram os maiores graus de concentração de seus mercados.

O primeiro deles, ainda sob a égide da lei de 91, foi a compra de significativa participação na Cosipa pela Usiminas. Depois de uma série de procedimentos o ato foi aprovado, ainda na sistemática da lei de 91, quando o próprio Secretário de Direito Econômico tinha condições de decidir sobre a aprovação ou não de atos. Tratava de ato em que, casualmente, se concentraram duas entre das três maiores empresas de aço plano do Brasil que mais tarde forma objeto do único caso de cartel comprovado pelas autoridades. Ou seja, um dos maiores casos de concentração, alguns anos depois, se transformaria no maior caso de cartel do país. É, praticamente, um caso de livro de economia onde se mostra que a concentração, efetivamente, aumentou a possibilidade de conluio entre as empresas.

O segundo caso, este mais famoso, é o caso “Kolynos”. Eu não conheço dados de participações de mercado de pastas de dentes, mas ao que consta, parece que não houve grandes alterações na participação de mercado da “Kolynos” e “Colgate”, antes e depois, da conclusão do compromisso de desempenho havido.

Por fim, o caso “Ambev”, no qual é desnecessário entrar em grandes detalhes. Os pareceres feitos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico, realmente, conseguiram apreender o que se passava naquele caso, tanto em termos de concentração horizontal, como em termos de restrições verticais, o que objeto do parecer da SDE.

Ao se pensar em controle do poder econômico no Brasil, tendo em vista nosso passado recente, se tem uma clara percepção da preocupação com a matéria, no entanto ainda existam aqueles que se esquecem que grandes empresas que, eventualmente, cometam impropriedades ou façam combinações que acarretem efeitos anticoncorrenciais terão problemas. Se de um lado há a preocupação com a mudança da lei, de outro, há quem acredite que políticas industriais mais antigas ainda podem subestimar a importância de controle de concentração. Embora, a teoria econômica vigente, a questão da integração brasileira ao comércio internacional, Alca e etc, contribuam para a primeira perspectiva.

Para concluir, ainda que seja importante discutir os aspectos mais técnicos relativos ao controle de concentrações, é consensual a necessidade de ações mais efetivas para o aumento da legitimidade de tal política. Nesse sentido, considero positiva a idéia da formação da Agência que além de promover este tipo de discussão, tornará mais efetiva a própria implementação desta política, embora ainda existam aspectos na mudança da lei 8884 que necessitem de uma discussão mais aprofundada. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Obrigado Professor Arthur. Eu passo a palavra para o Professor Gesner de Oliveira e convido a mesa para se sentar nos primeiros lugares da fila para acompanhar a apresentação.

GESNER DE OLIVEIRA

É uma enorme honra e satisfação estar aqui. Agradeço enormemente a paciência das senhoras e senhores de ficarem até o final para ouvirem minha breve palestra. O Dr. Ubiratan fez dois pedidos e eu gostaria de me compro-

meter com três pontos. O primeiro pedido que, como prêmio de consolação pelo fato de não podermos visitar esta tarde as Cataratas, eu trouxesse um slide mostrando para as senhoras e senhores tudo aquilo que poderíamos estar fazendo, aumentando o custo de oportunidade desta breve exposição que tenho que fazer. Segundo, o nosso presidente levantou, muito corretamente, a necessidade de ampliarmos nossa perspectiva, porque hoje somos honrados pela presença do Juan Riviér e do Dr. Willian Peña, além de vários outros visitantes estrangeiros que estimularam a discussão sobre a defesa da concorrência nos vários blocos do comércio multilateral e, em particular, no contexto da Alca. O terceiro ponto, é ser breve pelas razões evidentes de que todos queremos relaxar um pouco depois de um Seminário tão rico e produtivo. Por isso, eu gostaria de abordar três aspectos. Primeiro um rápido panorama da defesa da concorrência na Alca. Segundo algumas peculiaridades das economias em transição que constitui a grande maioria da Alca. Terceiro, alguns temas relacionados ao processo de desnacionalização, bem como às megas fusões que influenciarão o processo de discussão sobre atos de concentração na maioria das jurisdições. Estes são os temas que eu gostaria de explorar.

O número de legislações de defesa da concorrência, tem aumentado bastante. O Dr. Paulo Corrêa, um dos mais ativos representantes brasileiros, tem testemunhado na Organização Mundial do Comércio como o grupo de defesa da concorrência na OMC tem crescido enormemente, o que traz um novo quadro. É interessante se comparamos a evolução das legislações nacionais: nos anos 90 há imenso número de países que passa a adotar legislações e defesa da concorrência. É de se considerar que estamos, de certa forma, nesse processo, porque a legislação de 94 foi bastante inovadora e o projeto diante de nós, um projeto extremamente bem elaborado, também faz parte desse contexto de reforma. Os nossos colegas da Argentina estão implementando uma legislação relativamente recente, constituindo mais uma jurisdição que está reformando sua legislação de defesa da concorrência.

No grupo de defesa da concorrência da Alca, a grande discussão é como harmonizar, sobretudo como uniformizar critérios de decisão. O professor Barrinuevo, há pouco, chamava a atenção sobre as dificuldades de análise da jurisprudência de atos de concentração no Brasil. Certamente, há várias interpretações, várias visões a cerca do tema. Recentemente, numa discussão com a Colômbia, Venezuela, Chile, quando contrastamos a ação de casos concretos verificamos que ainda não há uma uniformidade e, como vamos ilustrar adiante, há muito o que fazer em termos de disseminação de legislações e de intercâmbio de critérios jurisprudenciais. Se nós perguntarmos quantos países da Alca tem legislação antitruste e nos perguntamos quantos países da Alca, efetivamente, fazem controle de atos de concentração, não

encontramos mais do que meia dúzia de países com uma jurisprudência de controle de estruturas, alguns deles bastante recente. Caso da Venezuela, Argentina, certamente, o mais recente, também o México que tem um pouco mais de experiência e, evidentemente, Estados Unidos e Canadá com uma experiência secular o que é muito pouco em relação à experiência das Américas. Esse tipo de controle, de alguma forma será questionado ou discutido, seja no próprio grupo de defesa da concorrência da Alca, seja na negociação a partir da reunião de Doha, entre os novos temas da OMC.

O que é peculiar nas economias em transição? O que tornaria a implementação desse controle de estrutura, de certa forma, um desafio analítico ao tratar atos de concentração em economias de transição? Eu chamo a atenção para cinco pontos. O primeiro deles já foi abordado e tem sido uma bandeira do IBRAC, é a ausência de cultura da concorrência, a dificuldade em fazer valer valores básicos de defesa da concorrência.

O segundo ponto, é a importância relativa dos segmentos informalizados nas economias. Há vários casos de mercados duais de economias em transição que não parecem jurisdições mais maduras, em vista de segmentos informalizados. São casos interessantes em que, um segmento do mercado não obedece a legislação, sobretudo a legislação tributária, e tem várias vantagens em relação ao segmento mais formalizado, o que implica, do ponto de vista de análise do efetivo poder de mercado, na liderança que empresas com poder de mercado, podem de fato exercer.

O terceiro aspecto interessante, é o tamanho dos mercados. Mesmo o Brasil com uma economia de porte médio e mercados relativamente pequenos, muitas vezes insignificantes quando comparados com as escalas mundiais, têm aumentado, de forma brutal, as escalas de vários segmentos da economia. Seria ingenuidade de nossa parte ignorar os enormes ganhos que determinados segmentos podem ter. Hoje em dia, determinadas decisões estratégicas de investimento só se realizam se integradas na produção global, portanto o tamanho do mercado e conseqüentemente o grau relativamente alto desse mercado são uma realidade para essas economias, bem como para as economias de porte médio e a maior economia, ou pelo menos em uma posição muito próxima ao México, é a posição da economia brasileira. Nas economias menores, e tem havido um esforço de entender a dinâmica das economias menores, o problema é ainda maior. Uma questão que provavelmente vai ocorrer, tanto na OMC quanto na Alca, trata dos blocos regionais, de controle regionais de atos de concentração o que provavelmente afetará o Brasil nos próximos três a cinco anos.

O quarto aspecto da maior relevância, é a importância relativa muito maior que as eficiências tem em economias em transição relativamente as jurisdições mais maduras. Esse é um ponto, em particular, que me parece mui-

to importante quando nós analisamos um caso como o da “Ambev”. Porque o volume de eficiências apresentado foi bastante significativo e todas as estimativas indicavam eficiências bastante elevadas. A frequência com que isso ocorre em economias de transição é muito maior. E essa frequência é muito maior, justamente porque essas economias tinham um grau de distorção de mercado muito maior, ao transitarem para economias mais liberalizadas, sem as distorções, processo de ganho de eficiência é brutal. O que se verifica, também, em segmentos da economia brasileira em que pequenas mudanças de racionalização, pequenas mudanças de organização do setor podem gerar eficiências significativas. Diferentemente, uma economia mais madura onde o sistema de preços é estável e os preços relativos são, historicamente, muito estáveis essas eficiências não se verificam com a mesma frequência. Em análise a um caso recente no setor de cervejas na Colômbia verificamos o mesmo fenômeno.

O último aspecto é a infra estrutura. A precariedade da nossa infra estrutura é algo fantástico, quando consideramos que 70% das estradas estão em péssimas condições, o sistema de saneamento é criminoso, do ponto de vista da saúde pública, e o sistema de energia elétrica dispensa qualquer comentário.. Se de um lado as eficiências levariam a uma posição mais leniente, em relação a avaliação do custo e do benefício de uma operação, do outro a precariedade da infra estrutura coloca enormes barreiras à entrada que deveriam levar as autoridades de defesa da concorrência a ser muito mais rigorosas em economias de transição. Em particular, o controle de certas estruturas praticamente vedam a possibilidade de concorrência efetivas ou potenciais. Esses elementos ajudam a refletir o que é peculiar em economias de transição e aparece nos fóruns internacionais.

Uma questão interessante seria em que medida há uniformidade de análise face ao que se decide em termos de ato de concentração? Se quiséssemos resumir quais são as cinco perguntas que as autoridade de defesa da concorrência, muito frequentemente, fazem ao analisar um ato de concentração, provavelmente cairíamos nessas cinco perguntas. 1. se houve no mercado relevante impacto estrutural; 2. se há efeitos nocivos; 3. se há barreiras à entrada (em geral com influência dos *guide lines* norte americanos, considerando a competitividade, a possibilidade de eficiência); 4. a análise de eficiências; e 5. a questão colocada como razões de bens em comum, que sempre aparecem de uma forma ou de outra em várias legislações, a discussão de política industrial, sempre colocada de forma mais intensa(Há pouco, na África do Sul, houve um grade debate na reforma da legislação, se deveria haver questões de interesse público ou não na análise de atos de concentração. Esse debate surge

com enorme frequência e, provavelmente, com maior frequência em países em desenvolvimento).

Ao analisarmos essa cinco questões nos países da Alca, nos preocupou a dificuldade de identificar, de forma clara, a uniformidade de critérios que possibilitem de harmonização. Ao todo, 34 países que integram o bloco e a maioria não têm uma legislação com tradição. Daqueles que têm legislação, a maioria não tem controles de estruturas. São países cujas peculiaridades colocam enormes desafios políticos para o controles de estruturas e ao mesmo tempo estão sujeitos a movimentos, extremamente interessantes, do ponto de vista do efeito da economia globalizada sobre suas estruturas de mercado.

Eu termino ilustrando, sob o ponto de vista do processo de desnacionalização e das mega fusões que afetaram esses mercados. Trata-se de trabalho feito pelo núcleo de pesquisas da Fundação Getúlio Vargas com a colaboração do CADE que analisou um conjunto de julgados do CADE para tentar chegar a algumas conclusões acerca da importância do fenômeno de desnacionalização e das operações globais. Foram analisados 317 casos que representam mais ou menos 59% dos julgados em 2001. O primeiro fato interessante, é a importância de operações globais, aquelas que afetam simultaneamente vários mercados relevantes e correspondem a uma estratégia global. Ainda que não estejam concentradas em um mercado relevante específico, correspondem a uma estratégia de ação global de diversos grupos envolvidos. Ao comparamos a resultados anteriores que constam no relatório anual do CADE, verificamos, no que se refere à participação relativa das operações globais, mesmo que não rigorosamente comparáveis, há uma sugestão de aumento da importância relativa, quase um quarto das operações de 98 poderiam ser consideradas globais e um terço das operações da amostra analisada tratam-se de operações globais.

São operações, portanto, que levam a impactos simultâneos em vários mercados relevante e naturalmente geram discussões entre as autoridades de defesa da concorrência. É fácil imaginar três ou quatro casos que afetam simultaneamente a Argentina e o Brasil. Trago alguns dados sob a forma desses atos que, rapidamente, vou passar cumprindo o compromisso de ser breve. No quadro há uma composição por natureza: são 66% de casos horizontais, 15% verticais, 19% de conglomerados.

Os senhores e as senhoras podem, eventualmente, perguntar por que a gente deveria se preocupar com isso? A preocupação está no fato de que os países que participam da Alca estarão preocupados com o grau de desnacionalização que está ocorrendo em vários países, na medida em que haverá possibilidade de se questionar o critério geral da OMC de tratamento nacional, de não discriminar conforme a origem do Capital. Gostaria de alertar que o fenômeno é importante, pelo menos no caso do Brasil, e provavelmente em

investigações futuras nós em outras jurisdições. Em 32% dos casos houve desnacionalização. Veja que a desnacionalização foi definida como controle de 50% do capital votante. Obviamente, é uma definição conservadora porque com muito menos isso é possível controlar a empresa. Aqui nós temos um outro dado sugerindo a importância relativa de mercados globais com uma breve desagregação por setores.

O que fizemos foi dividir os casos em que houve desnacionalização usando quatro critérios: 1. casos em que houve um crescimento sob a concorrência efetiva via exportações; 2. a concorrência efetiva via subsidiária; 3. potencial; e 4. a conglomeração. A empresa exportava para o Brasil e comprou a sua concorrente, é o caso número um. Caso número dois, duas empresas internacionais se fundiram como também suas subsidiárias concorrentes no Brasil. Caso número três, a empresa lá fora atuava no mesmo mercado que empresas aqui de dentro, mas não atuava no Brasil. Caso número quatro, adquiriu uma empresa brasileira e constituiu outro mercado caracterizando uma conglomeração. Esses são os casos que analisados. E aí o que foi feito foi dividir a amostra entre a proporção de casos grupo: casos em que houve desnacionalização e casos em que não houve desnacionalização.

Para concluir, verificou-se no grupo de casos analisados uma proporção maior de casos em que havia um impacto maior sob a estrutura do mercado. A hipótese é que se nós afetamos a concorrência efetiva via exportações ou diretamente no mercado, isso tem um impacto maior sob a estrutura do mercado, o que ocorreu no caso de desnacionalizações, sugerindo que esse conjunto de casos de desnacionalização pode chamar a atenção das autoridades de defesa da concorrência.

Além disso, fizemos um estudos de casos para analisar ou para testar algumas hipóteses, não vou entediá-los com a descrição detalhada desse estudo de caso, apenas chamo a atenção para alguns pontos básicos: primeiro, analisando as legislações da Alca verificamos a necessidade de fixação de princípios comuns (seria importante fixar alguns princípios comuns, para evitar políticas industriais contraditórias com a defesa da concorrência, seria o respeito ao princípio de tratamento nacional, tal como existe na OMC); segundo, considero um dos pontos fortes do projeto aqui apresentado a necessidade de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência, (dito em um seminário onde possivelmente mais de 90% dos participantes são brasileiros e atuam no mercado brasileiro, talvez pareça um pouco acadêmico, mas nos próximos anos esta cooperação será fundamental para o trabalho cotidiano, seja como advogados, economistas ou autoridade pública); terceiro, os exercícios de *bench marking* ou os exercícios de estabelecimento de parâmetros internacionais para a atuação e acompanhamento de decisões, algo que

implementado, recentemente, pela Federal Trade Commission que divulgou estudo acompanhando decisões passadas, o que também deveria ser estimulado pelo IBRAC e eu sei que as Secretarias e o CADE têm esta preocupação. (Talvez no caso “Ambev” seja difícil ainda fazer uma avaliação, mas no caso “Kolynos”, certamente já há dados para tal avaliação. Chama a atenção, desagregando os dados de preço para creme dental, a brutal redução do preço real de creme dental.)

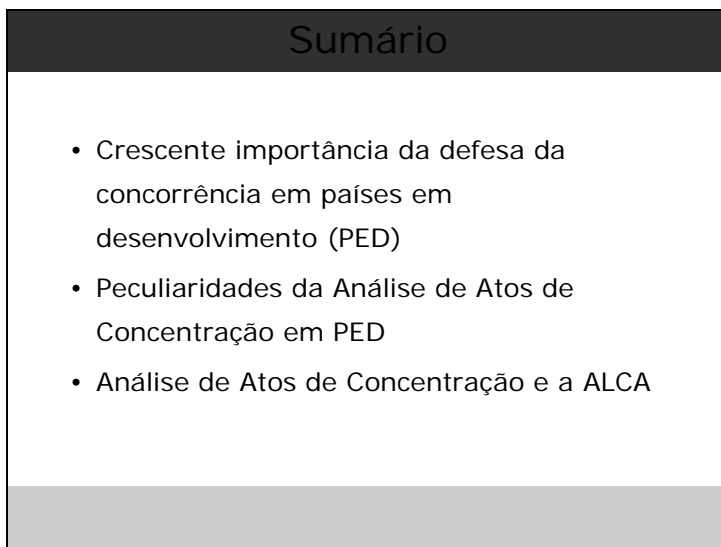
Na atualidade, o mais interessante é o fortalecimento da coalizão pró-concorrência. Temos assistido no Brasil, uma crescente preocupação com a OMC, a defesa comercial, além de vários outros assuntos que o empresariado e a sociedade brasileira não conheciam. Porém, há um risco de haver um sobre investimento em defesa comercial e perpetuar um sub investimento institucional em defesa da concorrência. Caso isso ocorra, certamente, haverá menos defesa da concorrência, queda de bem estar no conjunto das Américas e certamente retrocesso com relação à evolução da economia mundial do comércio e do investimento. Portanto, acho que a reflexão foi proposta acerca da Alca é da maior relevância e há várias tarefas a serem cumpridas.

Creio que começamos e podemos concluir que há um fenômeno importante de desnacionalização que deve ser estudado. Há uma tarefa de cooperação técnica a ser estimulada e nós não devemos cometer o erro que fizemos no Mercosul. Tenho a impressão de que no Mercosul o capítulo da defesa da concorrência foi tratado de uma maneira muito formalista. Na verdade estabeleceu-se uma série de regras até hoje não implementadas, até onde eu sei não há casos no Mercosul, não já jurisprudência no plano do Mercosul. Obviamente há boa vontade entre as autoridades para promoção da cooperação técnica, mas as circunstâncias são desfavoráveis e uma cooperação técnica mais sistemática deveria corrigir essas trilhas no Mercosul. No plano da Alca, a exemplo do que se tem no Nafta, deve-se enfatizar a cooperação e o fortalecimento dos organismos nacionais de defesa da concorrência. Creio que essa tarefa a se cumprir no plano da Alca e certamente para ser cumprida contará com a contribuição do IBRAC. Obrigado.

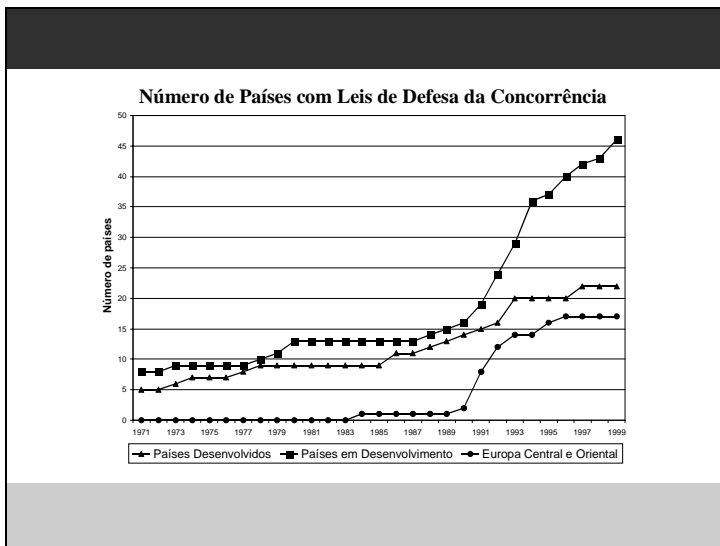
Slide 1



Slide 2



Slide 3



Slide 4

Ondas de Legislações de Defesa da Concorrência no Mundo

Período	Países
1980 – 2ª. Guerra	EUA, Argentina
Pós 2ª. Guerra – 1979	Japão, África do Sul, Chile, Colômbia, Israel, Brasil (1962) , Suíça, Líbano, Índia, Luxemburgo, Paquistão, Reino Unido, Venezuela, Austrália, Grécia, Costa do Marfim, Irlanda, Tailândia.
Anos 80	Coréia, Ilhas Maurício, Hungria, Canadá, Nova Zelândia, Áustria, Quênia, Espanha, Gabão
Anos 90	Chipre, Itália, Polônia, Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Letônia, Maurítânia, Peru, República Tcheca, Romênia, Rússia, Tunísia, Belarus, Filipinas, Liechtenstein, Lituânia, México, Nigéria, República de Moldávia, Taiwan, Ucrânia, Usbequistão, China, Eslovênia, Estônia, Fiji, Islândia, Jamaica, Noruega, Portugal, Suécia, Tadjiquistão, Turcomenistão, Costa Rica, Malta, Quirgistão, República da África Central, Senegal, Tanzânia, Turquia, Zâmbia, Albânia, Argélia, Croácia, Geórgia, Iugoslávia, Panamá, Zimbábue, Dinamarca, Holanda, Mali, Paraguai, Malawi, Cazaquistão, Indonésia, Marrocos

Slide 5

Países da ALCA que possuem Leis de Defesa da Concorrência

Existência de controle sobre atos de concentração	Não existência de controle sobre atos de concentração
Brasil	Bolívia
Canadá	Chile
EUA	Colômbia
México	El Salvador
Panamá	Equador
Venezuela	Guatemala
Argentina	Honduras
	Nicarágua
	Paraguai
	Peru
	Rep. Dominicana
	Uruguai

Slide 6

Peculiaridades de Economias em Transição

- Ausência de cultura de competência
- Economia informal \Rightarrow Mercado dual
- Mercados pequenos \Rightarrow Grau de Concentração
- Maiores eficiências
- Infraestrutura precária

Slide 7

Os Diferentes Países fazem as mesmas perguntas para analisar um Ato de Concentração?

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

Slide 8

Objetivos da pesquisa

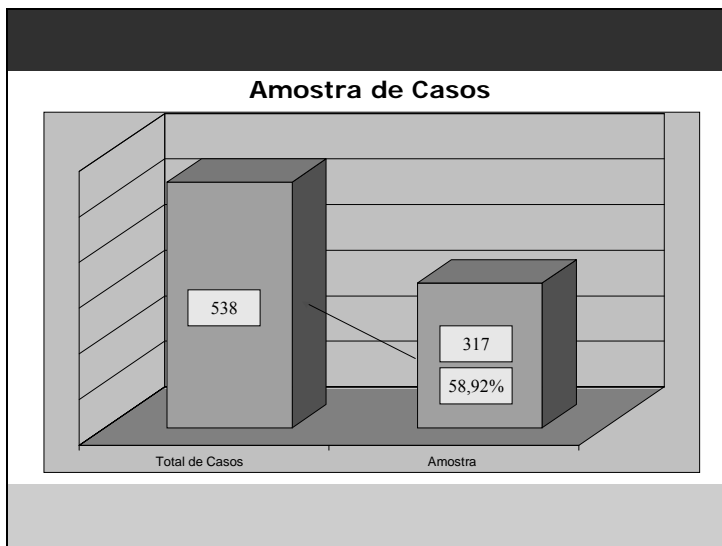
- avaliação da importância relativa da aquisição de empresas nacionais por empresas de capital estrangeiro nos julgados do CADE;
- discussão acerca de eventual especificidade de casos de desnacionalização no tocante ao seu impacto sobre a estrutura de mercado;
- discussão acerca de eventual especificidade de casos de desnacionalização no tocante ao comportamento das inversões produtivas pós-entrada

Slide 9

Importância da Cooperação Internacional: é possível aplicar Princípios da OMC?

- Transparência
- Tratamento Nacional
- Nação mais Favorecida

Slide 10

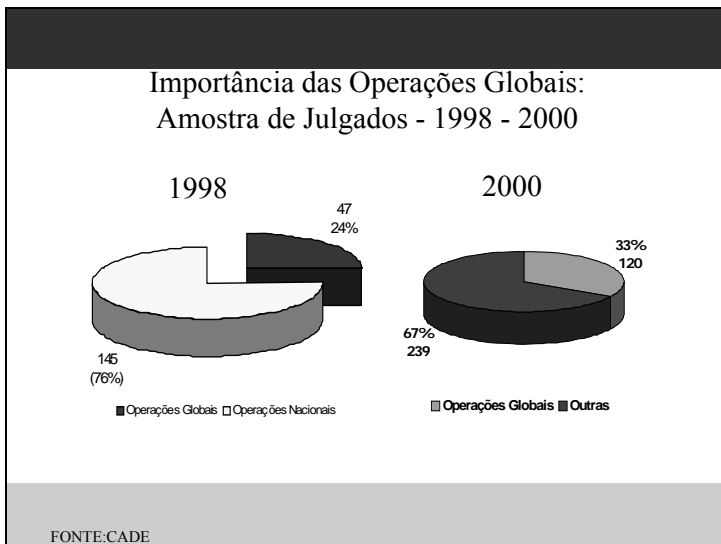


Slide 11

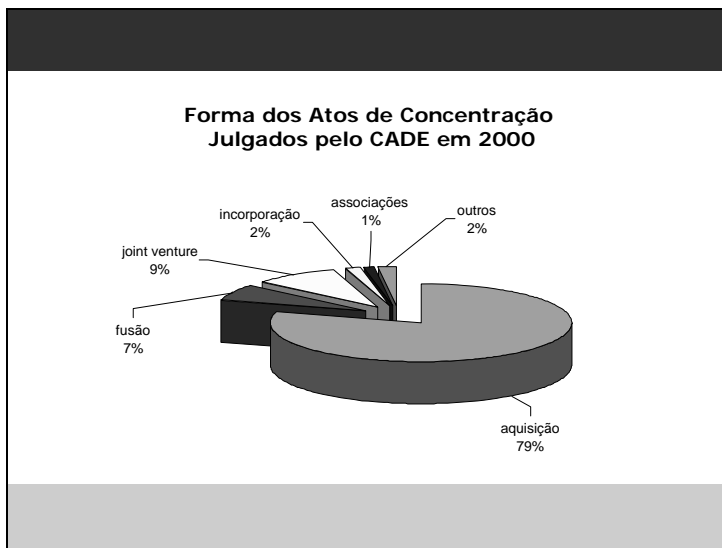
Exemplos de Operações Globais

- Usinor-Arbed-Aceralia**
- Mobil-Exxon**
- Renault-Volvo**
- Mercedes Benz-Chrysler**
- Chevron-Texaco**

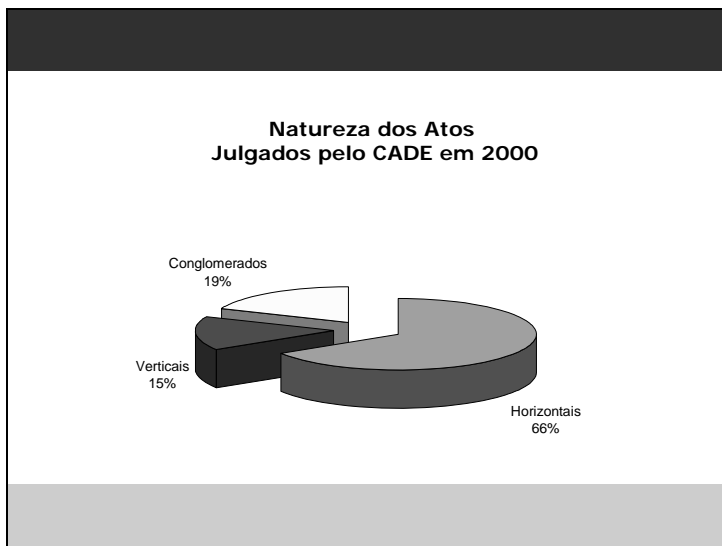
Slide 12



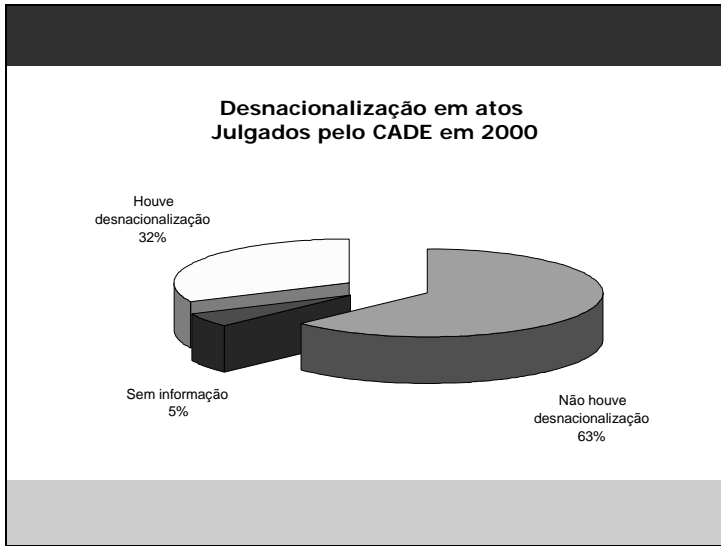
Slide 13



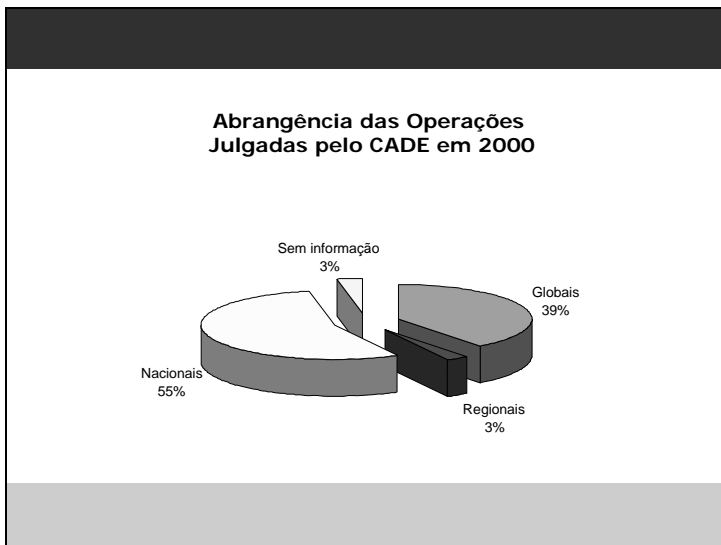
Slide 14



Slide 15



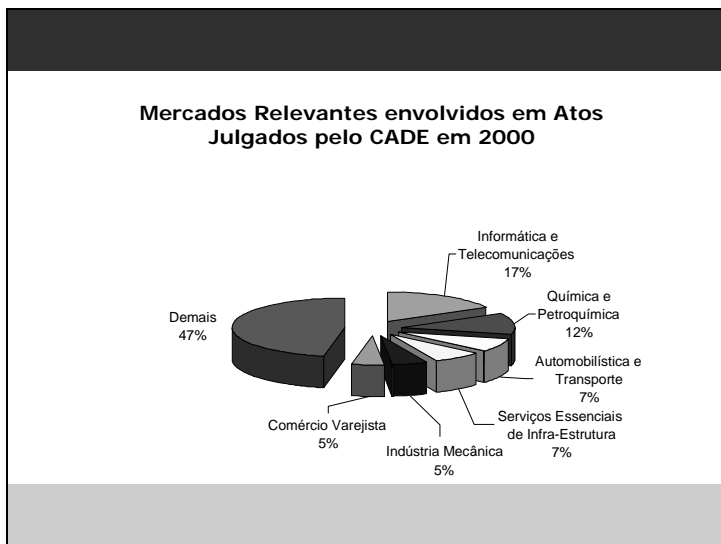
Slide 16



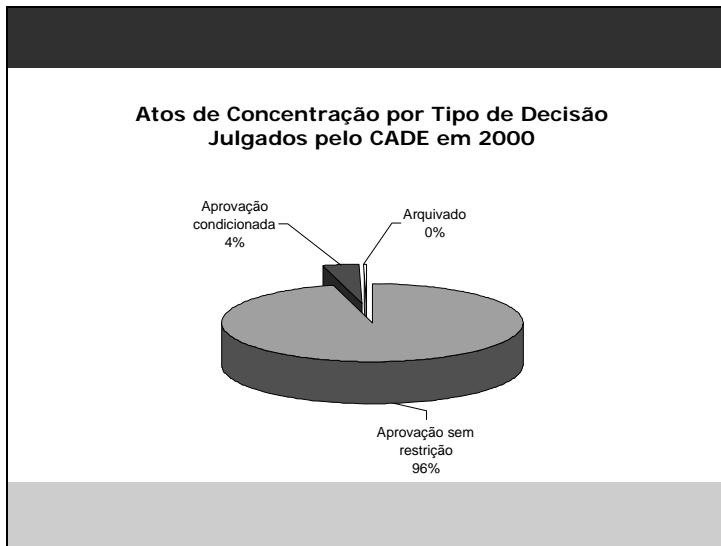
Slide 17



Slide 18



Slide 19



Slide 20

Cenários de Impacto do Investimento Direto sobre a Concorrência

- 1 Concorrência Efetiva via Exportações**
- 2 Concorrência Efetiva via Subsidiária**
- 3 Concorrência Potencial**
- 4 Conglomeração**

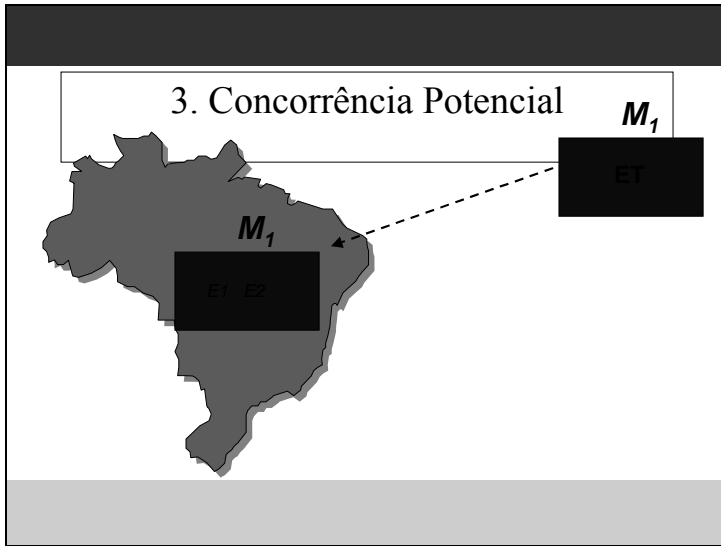
Slide 21



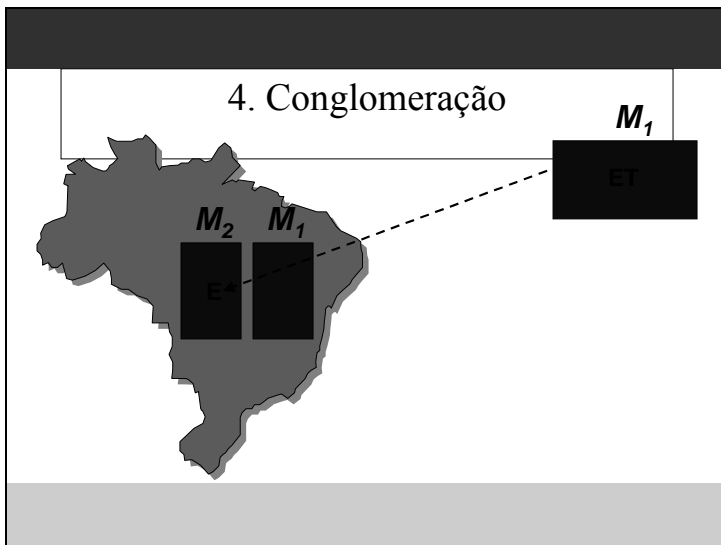
Slide 22



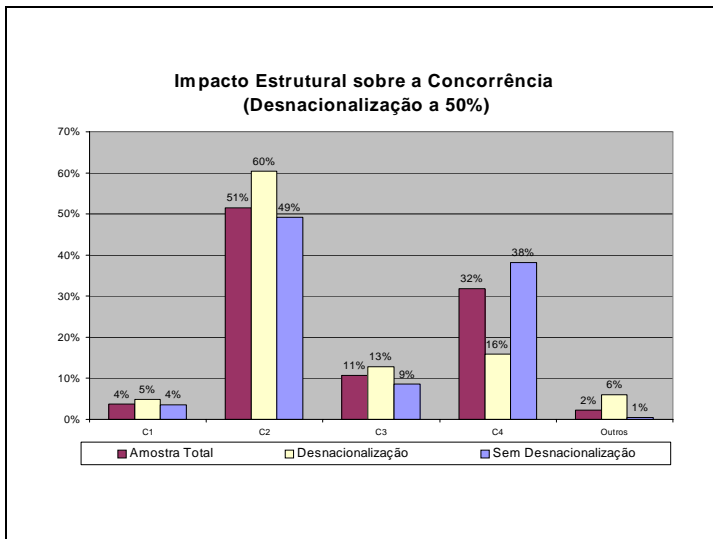
Slide 23



Slide 24



Slide 25



Slide 26

Teste Estatístico

H₀: as proporções C1-C5 na amostra de desnacionalizados é estatisticamente igual às observadas na amostra de não desnacionalizadas?

Tabela de contingência 2 x 5

	DESNACIONALIZADAS		NÃO DESNACIONALIZ.		TOTAL
	Frequência Observada	Frequência Esperada	Frequência Observada	Frequência Esperada	
C1	C _{D1}	E _{D1}	C _{N1}	E _{N1}	C _{.1}
C2	C _{D2}	E _{D2}	C _{N2}	E _{N2}	C _{.2}
C3	C _{D3}	E _{D3}	C _{N3}	E _{N3}	C _{.3}
C4	C _{D4}	E _{D4}	C _{N4}	E _{N4}	C _{.4}
C5	C _{D5}	E _{D5}	C _{N5}	E _{N5}	C _{.5}
TOTAL	C _{D.}		C _{N.}		C _{..}

$$G^2 = \sum_{i=1}^2 \sum_{j=1}^5 \frac{(C_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}} \sim \chi^2$$

Slide 27

Tabela de Contingência: Desnacionalização (50%) e Impacto sobre a Estrutura do Mercado

	DESNACIONALIZADAS				NÃO DESNACIONALIZADAS				sem informação	TOTAL
	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada		
C1	5	5%	4%	3,82	7	4%	4%	7,53	0	12
C2	61	60%	51%	51,83	98	49%	51%	102,32	4	163
C3	13	13%	11%	10,83	17	9%	11%	21,34	4	34
C4	16	16%	32%	32,18	76	38%	32%	63,40	9	101
Outras	6	6%	2%	2,23	1	1%	2%	4,39	0	7
TOTAL	101	100%	100%		199	100%	100%		17	317

$G^2 = 23,114$ G^2 crítico = 9,48773

Slide 28

Tabela de Contingência: Desnacionalização (50%) e Impacto sobre a Estrutura do Mercado – Categorias Agrupadas

50%	DESNACIONALIZADAS				NÃO DESNACIONALIZADAS				sem informação	TOTAL
	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada		
C1 + C2	66	65%	55%	55,78	105	53%	55%	109,86	4	175
C3	13	13%	11%	10,83	17	9%	11%	21,34	4	34
C4 + Outras	22	22%	34%	34,41	77	39%	34%	67,60	9	108
TOTAL	101	100%	100%		199	100%	100%		17	317

$G^2 = 9,139$ G^2 crítico = 5,99

Slide 29

<p>Estudos de Casos I</p> <p>Foram selecionados casos que combinam:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) desnacionalização, (ii) natureza horizontal e (iii) informações sobre comportamento do investimento <p>Total: 4 (sendo que três foram julgados em 2000).</p> <p>Estudos de Casos II</p> <p>Casos que combinam:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) desnacionalização, (ii) Aprovação com restrição <p>Total: 3</p>

Slide 30

Estudos de Casos I				
Ato de Concentração	Mercado Relevante	Impacto sobre Estrutura de Mercado	Decisão do CADE e argumentação	Observação
1. Schindler e Atlas	Elevadores, Manutenção, Escadas Rolantes e Manutenção.	C2: Estrangeira atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação sem restrição: inexistência de barreiras à entrada.	Controladores manifestaram vontade de abandonar negócio.
2. Hebdó e Balcão	Comunicação e entretenimento, serviço de guia de vendas veiculado por mídia impressa	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação sem restrição: escala reduzida da empresa adquirida.	
3. Sonaeiro e Enplanta	Construção civil e varejo (shopping centers)	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação sem restrição: impacto irrelevante sobre o mercado	Compromisso de ampliação da capacidade produtiv
4. Belgo Minera (Mapri) e Textron	Indústria metalúrgica, fixadores metálicos direcionados à indústria automotiva.	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Julgamento ainda não finalizado (jun/00). Mercado pulverizado. Poucas barreiras à entrada. Forte tendência para associações.	Belgo Minera manifestou vontade de abandonar negócio. Valor da F&A semelhante ao greenfield investment.

Slide 31

Estudos de Casos II				
Ato de Concentração	Mercado Relevante	Impacto sobre Estrutura de Mercado	Decisão do CADE e argumentação	Observação
1. Canadian-oxy e Aracruz	mercado de insumos químicos branqueadores de celulose: clorato de sódio, soda cáustica e cloro	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional	Aprovação com restrição: Desverticalização.	Redução da cláusula de não concorrência.
2. Standard, Ogilvy & Mather e Datasearch	serviços de bancos de dados.	C2: Estrangeira atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação com restrição: "A operação não traz qualquer alteração na estrutura do mercado, trata-se apenas da substituição da posição da Data Search pela Standard"	Redução da cláusula de não concorrência
3. ABB e Mega	Distribuição de alta tensão (ABB) e produção de transformadores de baixa tensão (Mega)	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação com restrição: Não há barreiras à entrada	Redução da cláusula de não concorrência

Slide 32

A Importância da Cooperação na ALCA
<ul style="list-style-type: none"> • Fixação de princípios comuns para as legislações nacionais • Cooperação na análise de atos de concentração • Cooperação no combate a cartéis • Exercícios de <i>benchmarking</i> • Revisão regular da jurisprudência • Mais Importante: fortalecimento da coalizão pró-concorrência

Slide 33

Conclusões

- A desnacionalização é um fenômeno relevante.
- As operações envolvendo desnacionalização parecem apresentar maior impacto sobre a estrutura de mercado.
- A aprovação pelo CADE dos casos analisados reforça a hipótese de que para o país anfitrião é relativamente indiferente a entrada de capital através de F&A ou através de *greenfield investment*.
- As empresas entrantes preferem a via das F&A para efetivarem sua entrada.
- A constituição da ALCA exigirá notável esforço de cooperação para maior harmonização jurisprudencial.

Slide 34



MUITO OBRIGADO !

Para maiores informações:
site - www.gesneroliveira.com.br
e-mail - gesner@fgvsp.br

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Agradeço ao Professor Gesner, que trouxe dados e ponderações que compõe verdadeira pesquisa apresentada no nosso seminário e são de extrema relevância para a nossa reflexão.

Com a mesa composta, de imediato, passo a fase das perguntas pedindo, embora todos praticamente se conheçam, que a pessoa, rapidamente, se identifique antes de formular a pergunta, procurando identificar, desde logo, a quem é dirigida. Por favor o Dr. Darwin .

DARWIN CORRÊA

Dr. Darwin Corrêa, advogado. Vou propor uma questão ao Prof. João Bosco e outro ao Professor Gesner de Oliveira.

O Professor João Bosco mencionou, na sua intervenção, uma aparente impropriedade da proposta do anteprojeto disponibilizado neste Seminário que diz respeito à previsão de que no artigo 24 da lei 8884, um artigo que trata de penalidades adicionais àquelas previstas no artigo 23 da lei por infração da ordem econômica, que afirma que o CADE poderá, e aqui nos termos do anteprojeto proposto, condenar as empresas no licenciamento compulsório de patentes. Para colocar a questão vou apresentar as premissas das quais decorreram essa redação no intuito de enriquecer o debate e já pude antecipar isso para o Prof. João Bosco.

O licenciamento compulsório, a que se refere a lei 8884, tem natureza jurídica de penalidade aplicada em virtude de cometimento de infração da ordem econômica. Esta é uma premissa. O CADE tem a competência privativa, o anteprojeto mantém isso para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e, por decorrência, tem competência privativa para estabelecer as sanções administrativas a serem impostas. A sanção de licenciamento compulsório de patentes no contexto normativo da lei 8884, por sua vez, tem então natureza de remédio antitruste. O INPI não é o órgão antitruste no vigente direito e acredito que não deva sê-lo.

Portanto, o texto da lei 8884 em vigor, afirma que o CADE irá recomendar aos órgãos competentes o licenciamento compulsório de patentes, é tecnicamente incorreto e juridicamente inexecutável. Essa foi a razão que levou o grupo a refletir e propor essa alteração da aqui. A lei do INPI não prevê os critérios segundo os quais esse órgão deverá avaliar se irá atender ou não a “recomendação” vinda do CADE, nos termos do atual artigo 24 inciso 4º da

lei. Dentre as hipóteses de licenciamento compulsório de patentes previstas expressamente na lei do INPI, não consta a de cometimento de infração à ordem econômica, ou seja a lei que o INPI aplica e traz as causas de licenciamento compulsório de patente não contém a infração de ordem econômica como um delas. As causas que determinam o licenciamento compulsório no âmbito são outras, talvez o Prof. Pietro possa nos dar uma aula sobre quais são elas e em que contexto elas são aplicadas, mas a lei que o INPI aplica não tem nada a ver com infração à ordem econômica. Logo, isso só pode ser previsto em lei específica e é o que prevê a lei 8884. Portanto, a lei 8884 contém uma hipótese de licenciamento compulsório de patentes que decorre não de uma daquelas causas que a lei do INPI prevê e que tem fundamento em outras políticas públicas. Ela decorre de uma infração à ordem econômica em que a autoridade antitruste entende que não basta aplicar multa, não basta mandar publicar em jornal de grande circulação em meia página a decisão do CADE. É necessário um licenciamento compulsório, como remédio antitruste. Se esse remédio é necessário não caberia ao INPI, julgar se ele vai atender ou não a recomendação do CADE, ele simplesmente tem que dar o cumprimento

Nós até cogitamos em colocar no texto que o CADE determine ao INPI o licenciamento compulsório, mas é impossível que um órgão determinando ao outro se entre as autarquias não existe hierarquia. O CADE condena no licenciamento compulsório e em matéria de decreto ele simplesmente comunica um decreto que vai regular um processo administrativo e vai prever que o CADE comunique ao INPI, porque operacionaliza a decisão e obviamente o CADE não vai tratar desse assunto. Essa é uma das razões que eu cheguei a antecipar para o Prof. João Bosco.

Rapidamente com relação à questão do Professor Gesner. Eu não entendi quando ele falou em princípios comuns no contexto da cooperação da Alca. Princípios comuns de legislação que um futuro acordo de aAca irá prever, Quer dizer, o que ele entende pelo que sejam princípios comuns às legislações. Enquanto na SDE, no segundo semestre do ano passado, eu tive a oportunidade de participar de uma das reuniões do grupo negociador de política de concorrência na Alca e ficou muito clara a posição norte americana de que eles não aceitam nenhum tipo de princípio de direito material num, eventual, futuro acordo da Alca. Para eles basta um artigo no tratado que diga: *os Estados parte são obrigados a adotar e aplicar adequadamente uma legislação de concorrência*. Cada estado vai decidir se quer controle de estrutura, se quer controle de condutas e se cartel é *per se*. Os americanos não aceitam tratados de direito material no acordo de Alca. O Alca não vai gerar uma jurisdição Alca como há no Tratado de Roma, em que há uma jurisdição da Comunidade Européia há regras e normas sobre cooperação técnica, cooperação na produ-

ção de provas, trocas de informações. Segundo a posição norte americana, simplesmente, haveria um artigo obrigando os estados a adotarem uma lei de concorrência e aplicá-la corretamente. O que viria daí seria um problema de cada Estado. Por isso, eu queria um esclarecimento, o que o professor entende como princípios comuns? Obrigado.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Muito obrigado pela pergunta, até porque nós já conversamos no intervalo. A pergunta me foi adiantada e eu fui refletindo em cima do problema. Talvez, a questão decorre de alguns equívocos. Primeiro: na exposição de ontem se colocou o CADE com o órgão decisório. Órgão decisório é o Conselho de Contribuintes, é o Conselho da Previdência Social que decidem questões inter-individuais. Isso eu estou afirmando, pena que não esteja aqui o Dr. Mércio e o presidente, que não veio a essa reunião, Porque eles ouviram juntamente comigo do Dr. Bonifácio que presidia a comissão na Casa Civil da Presidência da República quando fomos encontrar com o Ministro chefe da Casa Civil. Ele disse para mim: *o CADE tem que ser mais ou menos como um órgão que decide as questões da previdência, questão tributária, etc.* Eu respondi que havia um equívoco muito grande. Primeiro, os órgãos da previdência decidem questões inter-individuais, micro- econômicas e micro-jurídicas, questões entre pessoas. O CADE decidi questões que interessam a uma Nação, um país inteiro, a um conjunto de empresas. Então nós não podemos assimilar Conselho de Contribuintes, Conselho da Previdência Social ao CADE. O CADE deve ter uma função judicante.

Na exposição de ontem ficou lá figurando o CADE como órgão decisório. Eu quero saber como um órgão decisório virá comunicar a uma autarquia porque o INPI é uma autarquia, uma penalidade que o órgão decisório aplicou. Então isso deve ser objeto de uma reflexão muito profunda. Entretanto, eu não quero ficar só no negativo não. Acho que o CADE tem que ter função judicante sim, porque ele é órgão judicante. Isso eu vou me bater até o momento em que o presidente da República por ventura assinar esse ato daqui algum tempo porque eu não acredito que isso possa passar.

Darwin é pura e simplesmente dizer o seguinte: o CADE, órgão judicante, imporá as penas do artigo 24, entre elas condenando a empresa a licenciar a patente e dando a ela o prazo de cinco dias para entrar com requerimento no INPI, sob pena de pagar uma multa diária X. Tá solucionado o problema. É como o Dr. Pietro disse: o que é o direito a uma patente? É um direito que eu tenho sobre um bem imóvel. Eu posso dizer, eu estou alugando o meu apartamento e publico no jornal a notícia, o mesmo se dá com o licenci-

amento da minha patente, eu ponho no jornal a notícia. Assim é o CADE, como órgão julgante, não como órgão decisório, mas como autarquia... (*)

...patente que está sendo questionada e num parágrafo a esse inciso dizer que a empresa tem o prazo de cinco dias para entrar com requerimento de licenciamento perante o INPI, sob pena de pagamento de multa de X por dia.

A minha objeção foi o CADE dar uma ordem para o INPI cumprir. Apesar da necessidade, conforme mencionei citando o professor Poças, de uma harmonia entre os órgãos. Essa harmonia passa a ser teórica porque há um sujeito que começa a questionar o cumprimento da ordem do superior, no caso de uma liminar por exemplo, será que se cumpre ou não cumpre a liminar? Não deve haver questionamento, ordem judicial é para ser cumprida, o que pode acontecer também no plano administrativo, embora não tenhamos o contencioso administrativo.

Perspectiva que poderia ser solucionada com a condenação dirigida ao titular da patente, com a imposição de uma multa pela transgressão, além da condenação em licenciar a patente no prazo X, seguido pelo parágrafo que diz sobre o requerimento no INPI. Continuo defendendo que o órgão titular, competente é o órgão regulador que concede e fiscaliza o exercício da patente, caçando-a quando necessário. Essa seria a competência salvo o engano. Se possível, gostaria que o Dr. Pietro complementasse essa opinião. Mas, diverso do CADE dando uma ordem ao INPI, acho que isso resolveria o problema.

PIETRO ARIBONI

Apenas complementando, para que fique claro, está prevista expressamente no Código de Propriedade Industrial, exatamente no capítulo relativo às licenças compulsórias, que pode haver duas razões para que a licença compulsória seja concedida. A primeira, havendo abuso de direito. No caso da patente, os direitos relativos à patente serem utilizados de forma não consoante, extrapolando os limites do exercício do direito de patente que estão expressos na lei. Segundo, isso está expresso, sempre que houver abuso de poder econômico, sendo este abuso apurado e determinado em processo administrativo ou judicial, através do qual o INPI venha a ser oficiado e comunicado. Mesma situação em que autoridade toma conhecimento de um crime pelo 41 do Código do Processo Penal, é obrigado a instituir o processo penal respectivo.

(*) Perda de gravação

Logo, sendo o INPI oficiado ou comunicado de qualquer forma, a respeito de uma decisão do CADE, reconhecendo a ocorrência de uma situação de abuso de poder econômico praticado através da patente, como autoridade única com competência para isso, vai instituir o devido processo legal, que apresenta uma série de condições processuais. Uma delas é a imediata substituição de parte, porque o titular da patente não é parte do processo de licença compulsória, é substituído na manifestação de vontade pelo presidente do INPI que assina, em seu lugar, o contrato de licença que traz o status de compulsório. Outra licença normal é a constituída, voluntariamente, através de pactuação entre as partes. Assim, haveria uma impossibilidade jurídica do titular da patente, ainda que condenado e submetido a qualquer penalidade de qualquer coação, iniciar um processo de licença compulsória porque falta a ele a condição processual que atinente apenas ao presidente do INPI.

GESNER OLIVEIRA

É uma enorme satisfação responder ao Dr. Darwin, cujo trabalho todos conhecemos. De certa é arriscado responder porque eu sei que nesta sala há vários especialistas em OMC. O que eu quis dizer a respeito de princípios comuns é que considero útil, diante dessa heterogeneidade do conjunto de decisões na Alca, estabelecer alguns critérios elementares, sendo verdade que os Estados Unidos não vão admitir a fixação desses critérios no âmbito estrito da Alca. Talvez eu esteja errado e os senhores me corrijam, mas a autora Dra. Vera Thortensen, é quem insiste no ponto de que as negociações que hora se iniciam e ganham velocidade, devam ser simultâneas. Por exemplo a questão antidumping que os Estados Unidos, certamente, em nada mudará sua posição no âmbito da Alca. Porém em um horizonte mais amplo, no contexto de uma negociação multilateral em Genebra, em maior ou menor grau, talvez haja a possibilidade de certa mudança.

No caso do estabelecimento de princípios comuns há discussão em curso de que há uma posição da União Européia favorável a um acordo mundial que estabeleça alguns princípios comuns para as legislações nacionais, claro que há a posição dos Estados Unidos, muito refratária, mas que pode ser alterada. Isso deverá ocorrer no curso da rodada que se inicia e repercutirá na Alca. O meu ponto é que isso interessa ao Brasil, interessa ao país a fixação desses critérios comuns. Seria muito interessante que em todos os países da Alca houvessem legislações, fato que é interesse do Brasil e do bem estar mundial.

Ponto que não se deve ignorar, trata da disseminação dos critérios de defesa da concorrência no Mercosul, na Alca e no mundo. Embora o Brasil,

me corrijam as autoridades, não tenha uma posição muito clara a esse respeito. Também, bastante resistente tem sido a posição dos vários países em desenvolvimento, como africanos e asiáticos, em relação a um acordo de defesa da concorrência. Para o Brasil, particularmente, seria interessante a uniformização desses critérios evitando, sobretudo, a introdução da velha política industrial que contamine a boa aplicação de legislações nacionais em defesa da concorrência. Obrigado.

MARIA TEREZA MELO

Maria Tereza Melo, instituto de economia da UFRJ, a minha questão trata ainda do problema das patentes. Chamo a atenção para um problema que o projeto de lei talvez esteja criando em torno da sistematicidade do ordenamento jurídico. Um direito, em princípio, deve funcionar como sistema onde várias normas devem funcionar integradas. Por isso, quando você mexe em uma delas acaba afetando outras, às vezes, até sem previsão. Este pode ser um caso.

O sistema de licenciamento compulsório atualmente existente na lei de patentes, artigo 68, prevê a concessão de licença pelo INPI. Não estou aqui com a lei, mas se bem me lembro, trata de pedidos nos casos de abuso de direito, abuso de poder econômico, não atendimento às necessidades de mercado, etc., que devem ser feitos pela parte interessada em fabricar a inovação patenteada. Ou seja, deve haver empresa interessada em usar a patente que pede ao INPI a concessão de licença compulsória desde que verificados o preenchimento de requisitos. A mudança proposta no projeto de lei transfere parte dessa competência para o CADE, na medida em que nos casos de abuso de poder econômico, quem estaria decidindo acerca da licença compulsória seria o CADE e não mais o INPI. No entanto o projeto de lei não revoga o artigo 68, não modifica o artigo 68. Logo a convivência entre as duas normas vai gerar confusão judicial, problemas de interpretação, etc. o que exige cautela.

Por outro lado, me parece bastante razoável que questões de abuso de poder econômico cuja competência é do CADE, sejam resolvidas pelo próprio CADE, inclusive no que se refere a seus remédios. Por isso, o remédio licença compulsória poderia ser um remédio antitruste, e neste caso seria bastante razoável que ele fosse aplicado pelo CADE sem a necessidade de comunicar ao INPI para que o INPI faça isso ou aquilo, evitando a deflagração de problemas já apontados, como ausência de relação hierárquica, entre outros.

Nesse sentido, talvez seja necessário pensar numa melhor compatibilização entre esse dispositivo do projeto e o próprio artigo 68 da lei de patentes. Até, eventualmente, tirar da esfera de competência do INPI a questão do abuso do poder econômico, por se tratar de assunto da seara antitruste o que mereceria certa reflexão.

PIETRO ARIBONI

Gostaria de fazer apenas um esclarecimento. A iniciativa para instaurar o processo de licença compulsória só compete a parte interessada no caso de abuso de direito. A empresa sofre uma lesão individualizada pelo titular da patente que age com abuso de direito, via de consequência, ela pode solicitar, diretamente, a instauração do processo ao INPI, em que ela será a beneficiária. Portanto, como parte imediata, ativa, direta e interessada ela pede para ser concessionária da licença compulsória. Essa é a única possibilidade.

O artigo 68 associado ao 71 da lei de Propriedade Industrial estabelece que em caso diverso em que o titular do bem jurídico lesado é a coletividade, situação em que se viola a patente não em termos de abuso de direito, mas como abuso de poder econômico, completamente diferente do primeiro caso, porque não existe um interessado imediato. A lei é expressa dizendo: *sempre que ocorra abuso de poder econômico e que a autoridade competente, através de uma sentença administrativa ou judicial, determine a ocorrência de um ato de abuso de poder econômico instrumental para a lesão do sistema da livre concorrência. Neste caso desde que o INPI esteja oficiado, notificado, ele tem obrigação de instituir um processo de licença compulsória.* A única falha do dispositivo é não aludir, de forma direta, ao CADE.

Nestas circunstâncias, através do devido processo legal, o INPI comunica, anuncia no jornal dizendo que tem um apartamento pronto para ser alugado e aquele que tiver condições técnicas e econômicas e se interesse poderá ser o licenciário. Constituindo, assim, um processo aberto com oferta pública na qual se estabelecem as condições para o licenciamento. Na seqüência, o interessado se apresenta ao INPI, trava discussão direta com o presidente do INPI que substitui, em termos jurídico, a figura do titular da patente, compondo os *royalties*, estabelecendo as condições para a licença. Pode ocorrer que não haja um idôneo parceiro para ser licenciado compulsório. Nesse caso, não teria adiantado nada uma ordem, de quem quer que seja, dizendo para o titular da patente que ele é obrigado a conceder licença, seria um absurdo esse tipo de conotação. É o mesmo que pedir para o ladrão que acaba de ser apanhado em flagrante, que se apresente para que o delegado inicie o processo de sua prisão.

JULIAN PEÑA

Boa tarde, Julian Peña, Argentina. Duas perguntas para Gesner de Oliveira. Na sua palestra fez um diagnóstico que daqui a cinco anos, em virtude de um intensivo processo de desnacionalização, a cooperação internacional será uma forte necessidade para o Brasil e os países da região. Da mesma forma, expressou que na atualidade, apesar da vontade há várias limitações técnicas. Assim, no seu ponto de vista, quais seriam as condições ótimas de cooperação internacional? A pergunta é: com base na sua experiência, qual é o cenário possível e mais realista no qual, daqui a cinco anos, em nível bilateral com a Argentina, em nível de Mercosul ou Alca, nós vamos nos encontrar em matéria de cooperação internacional? Também, em tema de cooperação internacional, qual sua opinião a respeito das negociações entre a União Européia e Mercosul?

GESNER OLIVEIRA

Agradeço muito a pergunta do nosso caríssimo Dr. Peña. Creio que a questão “como fazer cooperação” será o mais produtiva possível e aqui há pessoas muito experientes nisto, como o Dr. Paulo Corrêa, Calliari, e vários outros presentes que colaboraram muito neste sentido. Eu acho que deveríamos ser muito práticos, por exemplo, no Mercosul em relação à cooperação bilateral Brasil/Argentina. Eu acho que exercícios de revisão de experiências de decisões de um país por um conjunto de outros países, são extremamente úteis. Alguns dos presentes já testemunharam as sabatinas que são feitas na OCDE.

Acredito que uma aproximação entre o IBRAC e órgãos semelhantes da Argentina, ao mesmo tempo em que propicia uma cooperação sistemática, avaliando decisões ou conjunto de decisões que tenham impacto simultâneo na Argentina e no Brasil, me parece bastante produtivo. Também o intercâmbio entre autoridades brasileiras e argentinas, a comunidade de profissionais do Brasil e outros países, e o Dr. Ubiratan tem sido um grande incentivador nesse sentido, é talvez a maior da Alca ou a terceira da Alca. Eu não sei em comparação com o México, mas parece ser a terceira da Alca. A minha experiência pessoal e a participação em reuniões diplomáticas para discutir acordos disso e aquilo tem demonstrado que, muitas vezes, se perde tempo por conta de formalismos e não se discute assuntos básicos.

Por exemplo nós temos um documento bastante sofisticado e detalhado que é a portaria SEAE/SDE para análise de atos de concentração. Na Argentina também há um roteiro de análise de concentração. Certamente, o trabalho em torno de documentos unificados, tecnicamente uniformes é extremamente útil. Por isso, acho necessário um programa de trabalho prático talvez do lado de profissionais na área de defesa da concorrência e regulação, como o que faz a *Global Competition Review* que classifica agências e órgãos de defesa da concorrência. Talvez seja questionável a metodologia, algo muito embrionária, mas talvez um ranking de agências reguladoras, como as agências de risco fazem com os vários tomadores do empréstimo são exercícios extremamente úteis para definir *bench marks* e parâmetros claros a partir dos quais se possa avaliar a situação da defesa da concorrência. Uma idéia muito prática, fico até constrangido porque são realmente muito práticas e peço desculpas pela obviedades, mas a verdade é que não temos diferentemente da OIT, das reuniões do Fundo Monetário, me sinto até complexado nas reuniões do fundo porque lá constam todos os indicadores, performance de déficit nominal, déficit operacional, etc. Então me questiono, quais são os indicadores relevantes do ponto de vista da defesa da concorrência da regulação, que estabeleçam parâmetros internacionais? O que é uma tarefa muito importante, principalmente nas Américas. Ainda, há a situações dos setores regulados, tão carente de estabelecimento de critérios objetivos para seu exercício, como Dr. Corrêa levantou. Estes são programas de trabalho aos quais deveríamos dedicar o esforço de cooperação.

ANTÔNIO GOODGOD

Antônio Goodgod, advogado e economista de Belo Horizonte. Ontem na palestra brilhante do secretário Paulo de Tarso ele falou sobre ações de estado e ações de governo. Hoje ouvimos algumas considerações acerca da área de influência da futura agência que se pretende criar, cujo projeto de lei que também já tivemos a oportunidade de apreciar aqui. Verificamos hoje algumas divergências de conteúdo, até filosófico quando nada práticos, em relação a uma possível pendenga entre INPI e órgão de repressão às atividades anticoncorrenciais. Eu tive a oportunidade de ler o texto, por sinal muito bom, do Dr. Gesner de Oliveira do jornal de hoje, em que no suspiro final da fala perguntaria se não estaria na hora de reforçar o CADE oferecendo ferramentas mais adequadas. O próprio Dr. Gesner falou aqui de cooperações internacional e sistematização, quando nada da colaboração entre os órgãos de repressão de ordem antitruste nas Américas, quanto mais da introdução da Alca. Fica a pergunta ao Dr. Gesner, Prof. João Bosco Leopoldino e Paulo Corrêa: primeiro não seria o caso de se determinar a quem estaria vinculada a nova agência,

ao Ministério da Justiça, órgão de ação de Estado ou à área econômica que trata de ação de governo. Ao Prof. Gesner resta a pergunta sobre como se poderia sistematizar um programa de cooperação internacional na área da regulação anticoncorrencial.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Esta é uma questão que não se pode responder assim, deve ser tal Ministério. Note a diferença das legislações e a diferença de cultura dos povos. Por exemplo, a mim me parece, não tenho bem certeza, mas a constituição do *Competition Tribunal* do Canadá, é uma constituição totalmente diferente da nossa. Ele é presidido por um juiz federal, do Tribunal Federal de Ottawa e mais quatro juizes federais, depois por outros elementos. São advogados, economistas e representantes de outras áreas, é uma constituição diferente, é um tribunal que não tem vinculação. Na França me parece estar vinculado ao Ministério da Economia, segundo a legislação francesa de 1986.

No Brasil, já desde o nascedouro veio vinculado ao Ministério da Justiça. Porque a nossa tradição do Ministério da Justiça é de uma política de proteção de defesa dos direitos humanos, de defesa do direito da cidadania. O Ministério da Justiça, como falaram ontem, tem uma vinculação muito maior com o Estado, com uma política de Estado e não com uma política de governo. Já o Ministério da Fazenda tem uma vinculação com uma política de governo e eu acho que colocar o CADE vinculado ao Ministério da Fazenda, será colocá-lo suscetível a essas mudanças constantes. O meu pensamento é o da vinculação do CADE ao Ministério da Justiça como autarquia, o que se tem até hoje. Desde o seu nascedouro pelo decreto lei 7.666 de 1945, que não foi implantado, mas depois a partir de 62. esse é o meu pensamento.

PAULO CORRÊA

Muito brevemente, eu acho que o Ministério da Justiça tem todos os métodos para receber essa agência e de fazê-lo bem e nem de longe, me permito discordar, entre esses métodos está o fato de ser um órgão de Estado ou tratar de políticas de Estado. Com base nessa argumentação eu poderia dizer que um dos objetivos básicos do Ministério da Fazenda é o controle da estabilidade macroeconômico que é uma política de Estado e não de governo. Na verdade, tanto o Ministério da Fazenda quando o Ministério da Justiça, desenvolvem políticas que em grande parte são definidas pelo titular do Executivo.

Existe uma política de segurança particular, a cada governo uma política de direitos humanos em particular. Embora existe um princípio básico de respeito aos direitos humanos, de garantia de certos direitos civis e de segurança. Por isso acredito que o Ministério da Justiça tem todos os métodos para se discutir esta agência, mas o assunto não é tão simples assim.

Também, me incomoda um pouco a visão de que é possível isolar, com um passe de mágica, a Agência ou qualquer Agência de influências políticas, simplesmente definido em que Ministério a aloca. Eu me atreperia dizer que há certos Ministérios para os quais a gente tenderia a ver a ida da Agência com menos simpatia. Por exemplo, o Ministério da Indústria e do Comércio, atualmente Ministério do Desenvolvimento, até pela história de ação desse Ministério acentuaria os riscos apresentados aqui tanto pelo Prof. Bosco, quando pelo Prof. Gesner de Oliveira. Como último comentário eu diria que a preocupação com a má politização da agência, com a despolitização das decisões, precisa ser mais enfrentada com um olhar mais cuidadoso em cima dos incentivos existente dentro da agência, tanto para manifestação, quanto para o atendimento de interesses de grupos específicos.

Trata-se de um projeto de reflexão. A modernização do Estado brasileiro, como o professor Barrinuevo propôs, envolve uma institucionalidade que construa, traga os incentivos apropriados para que burocratas como nós, particularmente eu e os colegas SEAE, SDE, CADE, tenhamos um comportamento mais próximo possível do que seja interesse público. Isso nada tem a ver com a vontade individual de cada um, mas com o procedimento decisório, com a forma com que os interesses mais uma vez se manifestam. Ao longo desse projeto, desse processo decisório, que foi um projeto de reflexão passamos a olhar o problema da politização como uma ferramenta útil, a ferramenta da política ou se preferirem, da teoria da escolha pública.

Um último comentário que faço, aproveitando a oportunidade da palavra, é convidar o IBRAC, para no próximo ano fortalecer ou desenvolver o que o professor Gesner chamou de coalizão pró concorrência. Um diagnóstico muito importante desta mesa é a ausência de garantias de que a política de concorrência no Brasil seja considerado, no horizonte político, uma variável importante para os projetos de governo a serem apresentados.

Esse é um problema, eu me atreperia a dizer, que não é exclusivo do Brasil como demonstra a experiência latino-americana. Há inflexões importantes na história da política antitruste em vários países da América latina. É paradigmático o que tem acontecido no Peru, Venezuela, também no pequeno Panamá e recentemente na Colômbia. Principalmente Venezuela e Peru países que tinham, do ponto de vista latino-americano uma certa tradição de antitruste bastante razoável, guardadas as proporções, enfrentam nos últimos dois anos um confronto interminável com o novo executivo que levou à saída dos

quadros, esvaziamento das instituições e paralisação virtual do antitruste nesses países. Esse fenômeno deriva, fundamentalmente, de um conflito entre a Agência e o Executivo eleito, cujo programa de governo não envolvia nenhuma preocupação e, pelo contrário, até se opunham à política de concorrência. Assim, novamente, confio um convite ao IBRAC para que construa no próximo ano, do ponto de vista do debate, uma coalizão pró política de concorrência no país.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Eu gostaria de complementar com uma pequena observação. Seria interessante, até para fortalecer institucionalmente a defesa da concorrência, que aqui se pensasse, não exatamente como fazem os EUA onde a FTC é responsável pelo congresso, mas que houvesse algum tipo de relacionamento mais próximo, um tipo de prestação de contas das agências, não só das agências da concorrência, mas das agências reguladoras, em relação a alguma comissão do senado que se preparasse para discutir essa prestação de contas.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

É importante salientar as palavras do Prof. Paulo e do Prof Arthur, a defesa da concorrência é matéria de importância imensa no seu aspecto preventivo e repressivo. Ela não é só uma função do Poder Executivo, mas função também, do Poder Legislativo e sobre tudo do Senado Federal e de sua Comissão de Assuntos Econômicos. Também é uma função importantíssima o que se realiza aqui no Brasil nos seminários do IBRAC, através do diálogo entre autoridades, especialistas e aqueles que trabalham na matéria, no sentido unívoco e até patriota de aprimorar essas instituições. Seminários como este, com essa convivência inclusive de advogados de diversos escritórios, testemunho a vocês que chama a atenção dos estrangeiros que não tem esta intensidade, esta convivência nos seus países de origem.

Talvez seja esta a razão pela qual, num período de seis malgrado anos, os intensos esforços do Professor Gesner na condução do CADE que devem ser salientados em grandes letras, fez com que num período tão curto tenhamos subido altitudes de notáveis estudo, debate, aprimoramento das instituições, aparelhamento e conhecimento de todas as pessoas que trabalham na área. Também, além do executivo e legislativo o destino da matéria, as cores com que essa matéria serão pintadas, depende do diálogo e do apri-

ramento das pessoas que estão dedicadas abnegadamente a estudar e a tocar isso no nosso país. Dr. Gesner.

GESNER OLIVEIRA

Obrigado Professor Fernando por me conceder a palavra tão espontaneamente. Eu queria responder a respeito da vinculação ao Ministério. Se observarmos a Argentina e Brasil, novamente o Dr. Penha nos corrija, mas o que a gente observou nos anos 90 foi uma mudança freqüente no desenho dos ministérios. Diferentemente da Inglaterra e dos EUA, a nossa estrutura do executivo varia muito. Nós tivemos no início dos anos 90 o ministério do tipo Cavallo na economia, depois novamente uma fragmentação. Uma sugestão de que teríamos seria um Ministério da Fazenda mais clássico na linha de finanças. Porém isso não se completou e é possível que a próxima administração, dependendo de quem irá liderar o executivo, tenha outro desenho e relativize a importância dessa vinculação. Eu diria que pela importância do devido processo legal, algo que nós economistas aprendemos por trabalhar nessa área o que percebo em colegas que não tem a menor familiaridade e não atribuem a devida importância ao devido processo legal, o que ocorre também em áreas de engenharia que são muito influentes nas agências reguladoras setoriais, essa cultura difere de acordo com as várias profissões; e no Ministério da Justiça, o aspecto do devido processo legal fica mais resguardado.

Diante disso eu teria preferência pela vinculação ao Ministério da Justiça. Também por um certo conservadorismo saudável, acho que deveríamos mudar pouco a legislação, deveríamos refletir muito, discutir muito e mudar pouco. Alterando, apenas, aqueles pontos em que se tem, praticamente, como um critério da OMC em que há quase um consenso. Tem certas coisas que a gente discute e chega a um consenso e os seminários do IBRAC tem sempre grandes debates.

É realmente uma maneira incremental de forma que a sociedade brasileira vá se acostumando e não seja repentinamente surpreendida com um arcabouço institucional completamente diferente. Essa razão, mais conservadora, na velha tradição dos tributaristas quererem mudar pouco e que o bom imposto é o antigo, nessa visão milimalista e com todo respeito à proposta apresentada, eu preferiria que nós introduzíssemos aperfeiçoamentos que fossem realmente fortalecessem o CADE, como instância com suas características próprias, que na versão nova do projeto está valorizada e tem uma marca muito interessante do ponto de vista da história das Américas.

Talvez, os nossos amigos argentinos me corrijam e não quero aqui acirrar a rivalidade, deixa só no futebol, mas eu tenho a impressão que a histó-

ria do antitruste brasileiro que tem no Rio de Janeiro grandes representantes, assim como em São Paulo, que desenvolveu teve uma escola mineira, que tem representantes no Rio Grande do Sul, esta tradição, que mais ou menos se organizou em torno da sigla CADE no início dos anos 60 e que essa mesma sigla resgatou a sigla dos anos 40, tradição é um ativo interessante. Por isso, tenho a impressão que poderíamos fazer um projeto na direção do que foi proposto em torno do CADE. Obviamente, esta é uma visão muito pessoal, com todo respeito às propostas muito bem fundamentadas que aqui foram apresentadas.

UBIRATAN MATTOS

Ubiratan Matos. Beneficiando-me do tema do painel, atos de concentração, também do painel da manhã, concorrência e setores regulados e especialmente da presença do Dr. Fernando de Magalhães Furlan, Procurador Geral do CADE, eu gostaria perguntar, embora sem nenhuma intenção provocativa, ainda que a pergunta seja naturalmente provocativa, a respeito do recente caso que ainda está sendo abalizado pelo CADE, que trata da competência do CADE para atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

Os pontos principais dos pareceres produzido como, saber se a lei 4595 foi recepcionada como lei complementar, a existência ou inexistência de hierarquia entre duas autarquias, Banco Central e CADE, ou o efeito vinculativo do parecer da AGU para órgãos da administração direta e indireta. Independente de qualquer conclusão sobre esses temas centrais da discussão, existe um aspecto que não foi abordado: o parecer da AGU, é no mínimo vinculativo para a procuradoria do CADE, supondo que essa matéria seja levada ao judiciário, aqui está minha dúvida, o Procurador Geral entende que o parecer da AGU tem efeito vinculativo para a procuradoria? Caso reconheça seu efeito vinculativo poderia a Procuradoria Geral do CADE sustentar uma tese contra um entendimento manifestado pela AGU?

FERNANDO FURLAN

Já que o ilustre Presidente colocou a pergunta e até assumiu seu teor provocativo, permito-me fazer algumas considerações sobre o assunto anterior retornando, depois, a este.

O assunto anterior tratava da relação da atividade Estado/Governo. Ontem fiz uma intervenção na qual falei exatamente a este respeito e afirmei

que atividade de defesa da concorrência é uma atividade típica de estado e não de governo porque há diferenciação entre a aplicação do *law enforcement*, a lei e o *police making*, a estipulação de políticas públicas, em especial no caso da defesa da concorrência e das políticas econômicas. Tanto é atividade de Estado, que os mandatos dos titulares do CADE são aprovados pelo Senado Federal, demonstrando certa tendência de atividade de Estado.

Eu me preocupo, por exemplo, se nas próximas eleições presidenciais a esquerda venha se sagrar vencedora, não que tenha preconceito, nem filiação partidária tenho, mas sabemos que a filosofia da esquerda é mais tendente ao nacionalismo e aqui falava o Dr. Gesner da tendência de desnacionalização. Digamos, então que a esquerda ganhe as eleições e por suas tendências nacionalistas tenda a implementar uma política pública de fortalecimento da indústria nacional, dificultando o acesso dos capitais estrangeiros ao Brasil, gerando um caos no sistema, por isso defendo que trata-se de uma atividade de Estado.

Obviamente que as injunções políticas sempre vão tender a existir, mas que essa não seja a regra. Tanto é verdade que há um projeto de governo que os dirigentes do Banco Central passem a deter mandato, o que no meu ponto de vista é bastante acertado, pois trata-se de um setor muito sensível. E aí respondo sua pergunta, com relação à vinculação da procuradoria ao parecer normativo da AGU. Os procuradores federais que atuam perante a procuradoria do CADE, por serem procuradores gerais fazem parte de carreira vinculada à AGU. As carreiras da AGU são assistente jurídico da União, procurador federal, advogado da União, procurador da fazenda. Como integrantes de uma carreira vinculada à AGU, eles não podem contrariar o poder sumular do advogado geral da União e mais ainda um parecer normativo assinado pelo presidente da república. O procurador geral do CADE, não é de carreira da AGU. Ele é detentor de mandato, portanto ele não se submete ao poder sumular do advogado geral da União.

Sem dúvida a questão do setor bancário, um setor bastante sensível e que todos sabemos do risco sistêmico, que tanto foi propagado e que os Conselheiros do CADE em extensos votos, e votos bastante profundos, analisaram essa questão. Chegando à conclusão de que seria possível um compartilhamento de competências. Banco Central exercendo uma regulação prudencial e o CADE competência adjudicatória administrativa. É uma saída bastante coerente e no meu ponto de vista positiva. Portanto haveria uma complementariedade de competências. A minha posição pessoal, aqui então não falo mais como procurador geral do CADE, é de que essa questão de veria ser resolvida pelo poder judiciário.

UBIRATAN MATTOS

A minha pergunta é justamente esta, o CADE é representado em juízo pela sua Procuradoria, pode a Procuradoria sustentar uma tese contra um parecer normativo da AGU a quem a Procuradoria se submete? Ainda que se acredite, e isso é verdade, que o Procurado Geral não é de carreira ele tem mandato, significaria isso que apenas o Procurador Geral, porque a Procuradoria representa o CADE em juízo, ela vai em juízo para contestar um parecer normativo estabelecido pelo chefe dela, como fica essa situação?

FERNANDO FURLAN

Quando eu digo que na minha opinião pessoal, não como Procurador Geral é de que a questão deveria ser resolvida pelo poder judiciário, é através de uma ação direta de inconstitucionalidade e o CADE não possui competência para propor ação direta de inconstitucionalidade. Aí o IBRAC poderia fazer um lobby junto à OAB que possui titularidade para propor, para que então o judiciário definisse a questão.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Antes de encerrar esse tema, imensamente importante, que o Sr. Presidente levantou, eu gostaria de salientar aos senhores que o Dr. Furlan, obviamente, está numa posição, sob todos os pontos de vista, delicadíssimo. O que eu poderia nessa questão, e daí surge a questão e eu já havia comentado isso com o Dr. Furlan ontem quando vi o texto, a inexorável importância de se manter a Procuradoria com mandato, pelo menos o Procurador Geral com mandato.

Depois de ter havido a unificação das carreiras da Advocacia Geral da União sob o comando do Advogado Procurador Geral da União, surge agora a necessidade para se manter a autonomia das autarquias, sob pena de que, autonomia sem recursos financeiro e sem advogado não é autonomia. Recursos financeiros estão sendo assegurados, a representação que sustente decisões autônomas que possam vir a contrariar decisões de governo, só se houver autonomia de alguém que a faça, pelo menos do Procurador Geral. Por isso, a necessidade de se tê-lo com o mandato, para que ele exerça tal mister, porque senão nem ele terá como fazê-lo. As decisões do CADE, as fundamentações da SEAE e das SDE, são autônomas, malgrado estarem dentro de Mi-

nistérios como aqui se debate, mas elas têm sua autonomia, bem como as decisões do CADE. Para que isso seja efetivo é preciso que também no judiciário se tenha alguém que a faça com mandato. o Professor João Bosco queria falar antes de encerrarmos e devolver a palavra encerrada ao Sr. Presidente.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Eu acho que o Presidente colocou-se numa situação em que o feitiço virou contra o feiticeiro, porque agora realmente, o IBRAC terá que tomar uma posição. Até porque Presidente eu acho que é uma situação em que o Brasil está gastando dinheiro inutilmente com inúmeros advogados da União, quando precisava haver um só, que mandaria papel impresso para um punhado de *boys* distribuir pelos tribunais. Caçou-se a possibilidade de qualquer advogado pensar e isso é muito grave, o que caracteriza um Estado unitário. Só existe um pensamento, só existe uma vontade. Este é o parecer vinculativo da Advocacia Geral da União, é um risco muito grande e sério no qual se deveria pensar. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Senhores com satisfação encerro esse painel agradecendo a presença de 77 defensores da teoria da concorrência presentes neste sábado até esta hora. Entrego a palavra ao Presidente do IBRAC, Dr. Ubiratan para que teça as considerações finais sobre o seminário. Muito obrigado.

ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS

UBIRATAN MATTOS

Serei bastante breve, mas preciso fazer alguns comentários. Eu gostaria de falar de desafio, desafios passados vencidos e desafios futuros a vencer. Este evento foi um grande desafio. Pelas circunstâncias, pelo ano, pelo 11 de setembro, por uma série de fatores. Quando tomamos a decisão de transferir o seminário para Foz do Iguaçu, confesso que havia um certo receio da nossa parte a respeito de como sairia este seminário.

Não obstante nós decidimos e depois de ouvir todas as palestras e apresentações, hoje, posso constatar sucesso enorme desse seminário. A começar pela sofisticação dos temas tratados. Só lembrando que quando nós

fizemos o 1º seminário no Guarujá, o grande tema foi discutir a definição de mercado relevante, hoje estamos tratando de temas muito sofisticados. Também a qualidade das exposições, fiquei deveras impressionado com a qualidade das exposições. Desafio vencido inclusive pelo nosso querido amigo ex-Conselheiro João Bosco Leopoldino, hoje associado do IBRAC que foi surpreendido ontem com o pedido de assumir o lugar do Procurador Geral do INPI, que deveria ter comparecido.

Novos desafios surgem, saímos daqui com os desafios futuros, na verdade saímos já com uma agenda prévia para 2002. Dia 7 de dezembro às 14 horas o IBRAC estará se reunindo para discutir os projetos de lei. Vamos fazer um exercício a respeito das propostas e verificar qual o pensamento do IBRAC a respeito dos projetos. Recebemos, também, a incumbência de realizar um *work shop*, em março, no Rio de Janeiro, sobre restrições verticais, possivelmente, com o apoio do Instituto Brasileiro e Petróleo.

Temos o desafio de realizar no primeiro trimestre do ano que vem possivelmente em Campo do Jordão, um evento sobre Defesa Comercial. Seguido de uma visita à Genebra e um *work shop* junto à missão brasileira em Genebra. Recebemos um pedido do Dr. Cláudio Considera e do Dr. Paulo Corrêa para fazermos um curso permanente no Rio de Janeiro, de defesa da concorrência e o pedido foi aceito e estaremos contribuindo com o *Know how* que conseguimos nos dois últimos cursos que nós realizamos em São Paulo e agora levaremos para o Rio de Janeiro.

Outro grande desafio é a internacionalização do IBRAC. Estamos lançando, a partir de uma idéia surgida em reunião de diretoria, o Instituto Latino Americano de La Competencia. Estes são os nossos desafios para o ano 2002. Obrigado.

TRABALHOS APRESENTADOS

CANADA'S LENIENCY POLICY: ONE YEAR LATER

*Martin Low, Q.C.**

Introduction

Those who have violated the law should be held accountable for their crimes. However, some crimes can only be proved by the testimony of witnesses who are implicated in the same crime or in some other criminal activity. In Canada, as in many other countries, the idea of reliance on criminal informers to promote successful criminal investigations has given rise to mixed feelings.

A common reaction is that it is somewhat unsavoury for investigators to make a 'sweetheart deal' with one participant in an offence, in order to obtain information that helps convict another or others. There is a recognisable risk, particularly with 'jailhouse informants' that false or misleading evidence may be given to investigators, by a culpable party seeking to avoid the consequences of their own offences. On the other hand, with covert, serious, well-organised economic crimes, acknowledging the damage to society that they cause, most law-abiding individuals recognise the imperative need for investigators to seek the most effective evidence available: that of the participants in the planning and execution of the offence. For economic crimes, including cartel offences, the proper emphasis by investigating agencies must be on the detection of the offences and the investigation of the upper echelons of the conspiracies. Those objectives heighten the need to rely on the evidence or assistance of cooperating co-conspirators in cartel cases.

There is no doubt in Canadian law that providing immunity from prosecution in return for the evidence of cooperating parties is lawful. According to the Judicial Committee of the Privy Council:

It has been recognised for centuries that the practice of allowing one co-defendant to "turn Queen's evidence" and obtain an immunity from further process by giving evidence against another was a powerful weapon for bring-

* Martin Low is a partner with McMillan Binch where his practice focuses on complex cartel, merger and abuse of dominance cases in Canada and Internationally. From 1995 – 2000, he was the Senior General Counsel at the Competition Bureau where he conducted prosecutions under the *Competition Act* that led to 28 corporate and individual convictions and fines totalling over \$125 million.

ing criminals to justice, and although this practice “has been distasteful for at least 300 years to judges, lawyers and members of the public”, and although it brings with it an obvious risk that the defendant will give false evidence under this ‘most powerful inducement’, the same very experienced court which so stigmatised this practice was willing to accept that it was in accordance with the law. *Chan Wai Keung v. The Queen*, [1995] 2 All ER 438 at 444.

Just as society recognises the old maxim that “there is no honour among thieves”, so it recognises that the moral character of a witness does not determine truthfulness. As Toy, J. pointedly observed in *Re: Meier*, an unreported case in the British Columbia Supreme Court in 1982:

“The State when it moves in to prosecute those who have allegedly committed crimes does not have the luxury of picking and choosing their witnesses. The state may have to rely on drunks, prostitutes, criminals, perjurers, paid informers as well as solid citizens to prove their case.”

So it is with cartel offences. Covert conspiracies, frequently involving individuals from corporations that have no presence in the countries whose economies and consumers they target, are exceptionally difficult to detect and investigate, much less prosecute. The facts of conspiracies like the sorbates and vitamins cartels clearly demonstrate that the parties are conscious of the difficulties that confront the investigators. The evidence is most often abroad, beyond the reach of searches or seizures under the local law. The conspirators are acutely aware not only of their illegality, but also of how to avoid creating or retaining physical evidence that may incriminate them in the places where the economic consequences may be not severe. Cartel members appreciate the jurisdictional weakness of countries whose cartel enforcement they fear, and so they take steps to avoid meetings or other direct conduct in those countries. They recognise that operating offshore does not inhibit their ability to cartelise industries that have an economic impact throughout the world. They understand the sovereignty sensitivities that surround the concept of extraterritorial enforcement of local competition laws and they play on the perceived difficulties in conducting effective investigative cooperation among competition enforcement agencies. But they have underestimated, until recently, the impact of policies that have converted their co-conspirators into devastating investigative resources: the amnesty or immunity policies.

The concept of these policies is fundamentally simple. Cartels are critically unstable, and not just because of the natural impetus of companies in

competition to compete, and therefore to “cheat” on price fixing, bid rigging or market allocation agreements. In recent years, inspired by the policies of the US Department of Justice’s Amnesty Program, cartel participants around the world have been offered an opportunity to withdraw from a cartel, restore competition, and avoid prosecution and penalties for the company and its key executives. All they have to do is to be the first to come forward to cooperate with the investigators, accept their responsibility, and move on. Or they can take a chance. They can hope that every one of the other co-conspirators will hold firmly to the agreements reached among the cartel members. They can trust that their co-conspirators will forever forgo the highly publicised benefits of cooperating with the authorities. They can assume that there is honour among cartel conspirators, if not other thieves. Recent enforcement experience in the United States, Canada, the EU and many other countries, now including Brazil, shows that for many cartel participants, the benefits of participating in the various amnesty or immunity programs far outweigh the costs.

This paper surveys the new Immunity Program under the Competition Act of Canada, after one year of experience.

The Immunity Bulletin

Canada’s Competition Bureau released an Information Bulletin in September, 2000, which set out the terms of the *Immunity Program under the Competition Act*. It sets out the conditions in which a party to an offence under the Act may seek immunity from prosecution in return for full cooperation against the other parties to the offence. The bulletin is a re-codification of practices and procedures that have existed in Canada under the *Competition Act* since 1991, and it aimed to overcome certain shortcomings of the initial approach to immunity.

The previous versions of the Bureau’s policy on immunity from prosecution were contained in speeches and other statements by senior officials. That format meant that the policy was difficult for the public – or indeed the legal profession – to access. Moreover, the policy was subject to some uncertainty, as speeches do not necessarily bind public authorities. These statements of the policy also preserved, or appeared to preserve, a significant degree of administrative discretion in the hands of officials of the Competition Bureau. The policy pronouncements spoke about a grant of “leniency”, leaving open the prospect that only a reduced penalty, rather than non-prosecution, might be the outcome for party that wished to resolve its liability by helping the authorities to discover an unknown offence or facilitate the prosecution of others.

In some cases, the formulation of the conditions for immunity or leniency led to protracted negotiations about the duties that the cooperating party would accept and occasional controversy on both sides about compliance with those duties, following the grant of immunity. Exceptionally, in one case, an application was refused, for reasons that seemed justifiable to the Bureau, but were not readily open to challenge by the applicant, on the terms of the policy as it existed in these speeches. Finally, as a matter of Canadian law, the Bureau only has the authority to refer prosecutorial decisions to the Attorney General for consideration, and formal, legally binding commitments could not be given by the Bureau to a proposed immunity applicant. The effect of this experience was apparent unpredictability, rooted in informal policy definition and formally discretionary decision making.

In practice, though this was only selectively known, lawyers representing the Attorney General invariably participated in the review of immunity applications, assessing the matter on standard criteria laid down in the Attorney General's policy on immunity. Effectively, there was a relatively high degree of assurance about the availability of immunity and the conditions that would apply. Once again, however, this was not apparent on the face of the policies.

Administration of the policy tended to follow the lead of other enforcement agencies, in particular, the prosecution of international cartels uncovered as a result of the administration of the United States Department of Justice's amnesty program. A limited number of immunity applications were received by the Bureau, probably no more than 15, over the entire period from 1991 to 2000. Until about 1995, only one or two cases surfaced in each year as a result of the policy. Throughout the period, very few immunity applications were focussed only on wholly Canadian offences, as opposed to those that were the Canadian adjuncts to international cartels. While there were upwards of 50 cartel investigations that led to prosecutions in Canada between 1980 and 2000, the immunity policy, after 1991, generated only a few. It started to produce results only very slowly, and for the most part, it gave rise to investigations primarily in cases where the offence might have been expected to emerge publicly in any event, because of successful investigations in other countries.

The history of contested Canadian prosecutions for cartel offences after 1980 is not a record of outstanding success. Of 20 contested cartel prosecutions in the period, only three led to convictions, one in 1982 (the feltmakers' paper conspiracy) and two in 1996-97 (the driving schools and compressed gas conspiracies). In all three, relatively low fines and limited jail terms were the outcome.

Simultaneously, though, in that same period, significant numbers of convictions were being achieved as a result of guilty pleas. After the leniency policy was adopted in 1991, there were well over 30 guilty pleas in total. Fine levels rose dramatically. From a record fine in 1991 of \$1.7 million against one party, (compressed gas), the record for fines went to \$2.5 million in 1995 (ductile iron pipe), \$16 million in 1998 (lysine) and then to \$50.9 million in 1999 (vitamins). It is clear that this enhanced incidence of detection and prosecution, the impressive rate of convictions due to guilty pleas and the increase in fine levels were all attributable to evidence received from successful immunity applicants under the Bureau's policy. Confronted with the evidence of a co-conspirator, the most damaging witness to an offence, other parties to the offence were electing to resolve their culpability by agreeing to plead guilty, despite huge financial penalties and a spotty record of successful prosecutions, rather than to contest a prosecution.

But the continuing low rate of reporting and the fact that few, if any, essentially Canadian cartels were being identified was a matter for concern. Were parties staying away because of the lack of clarity and predictability in the operation of the program, as it existed up until September of 2000? Or was there a business risk assessment on the part of possible participants in the program, especially those engaged in internal, Canadian conspiracies: if there was little risk of detection by other enforcement agencies, could they opt not to come forward in the hope that the offence might never be detected in Canada? Finally, there were a limited number of international cartel cases in which the party which received immunity abroad failed to approach the Canadian authorities in time to obtain full immunity in Canada, ostensibly, due to a misunderstanding of the implications of the Bureau's policy. Questions of fairness had to be addressed. It was clear that the policy needed revision and formal, public promulgation, in order to enhance both certainty and predictability, as well as the universal availability of the program.

Under the 2000 Bulletin, the immunity policy now provides an explicit guarantee. The Commissioner of Competition will recommend to the Attorney General of Canada that an applicant receive immunity from prosecution under the *Competition Act* in two circumstances:

- i) if the Bureau is unaware of an offence and the party is the first to disclose it; or
- ii) if the Bureau is aware of the offence and the party is the first to come forward before there is sufficient evidence to warrant a referral of the matter to the Attorney General for prosecution.

That simple statement of policy provides clarity and predictability as to the position of the Commissioner. A party that comes forward in those situations will benefit from an immunity recommendation. Simultaneously, the Attorney General of Canada has been developing an immunity policy, which is now available in draft form, which provides a corresponding assurance that in circumstances where the Commissioner recommends immunity, the Attorney General will, in fact, grant immunity from prosecution.

There are several specific conditions and qualifications applicable to this assurance by the Commissioner of Competition. The applicant for immunity must have **terminated** its effective **participation in the offence**. It must **not** have been **the instigator or the sole beneficiary** of the offence in Canada, a condition that seeks to ensure that the program's credibility with the Courts and the public is not diminished by exonerating the most culpable of the offenders in the Canadian dimension of the cartel.

Most importantly, the party must agree to provide **full**, continuing and expeditious **cooperation** with the investigation, including, of course, complete and candid disclosure of all relevant information it may have. The party must disclose all offences in which it is implicated; a condition that essentially requires the party to confess all offences that may be relevant to the immunity application. Certainly that would entail disclosure of all competition offences, and it would also require disclosure of offences that would prejudice the credibility of the immunity applicant. There is a timing element here: concerns have been expressed that the delay involved, while the party and its lawyers seek to ensure that they meet this condition, could enable another party to win the race to apply. But it is evident in practice that the requisite disclosure can be made as the immunity application proceeds; the party need not have an entire package of questionable conduct in hand when it first comes forward.

A further issue that deserves mention is that under the Canadian policy, there is no particular evidentiary standard that must be met by an applicant for immunity. That policy position that is the same as the US Amnesty Program, but it is different from the existing EU policy (requiring "decisive evidence" of the offence) and it may be slightly different from the EU's draft revisions to its policy. The Bureau's primary policy objective is to promote voluntary disclosure of covert offences that are very difficult to detect. Quite apart from assisting cartel detection and facilitating prosecutions, that policy objective promotes the termination of hard core, horizontal cartel activity that undermines the benefits of free and competitive markets. The policy was therefore determined to minimise any qualitative requirements, such as the EU evidentiary requirement, that might inhibit parties from coming forward.

The immunity applicant must be prepared, where possible, to make **restitution** to the victims of the offence. That requirement has occasionally meant that the immunity applicant provided voluntary restitution in conjunction with the immunity process, an outcome that appears more readily achievable in cases where the number of victims is limited. But where the party lacks the financial capacity to meet the claims of victims, or where it is prepared to respond in good faith to mass claims by multiple victims in civil litigation based on its involvement in the offence, this condition may be satisfied, though the Bureau will seek objective information to ensure that this is the case.

Where a corporation qualifies for immunity, **all** its current **individuals will be given immunity** automatically if they cooperate. That condition is clearly focussed on maximising the incentives for a party to come forward to disclose the offence. Where previous employees have been involved, they do not obtain an automatic grant of immunity, but their protection is readily negotiable, especially if they have helpful information to provide. And if the corporate applicant does not qualify, for example, where it may have been the instigator of the offence, individuals may qualify in their own right.

There are several subsidiary elements to the policy. A key limitation is that **only one grant of immunity** will be given in any cartel investigation. If multiple grants were available, it would have at least two negative effects. The principal objection to multiple passes is that it would diminish the pressure to be the first to come forward. But an equally cogent objection is the perception of fairness, especially of the Courts, if the matter went to trial. The policy must not create an impression of investigators singling out one among many participants in an offence for prosecution. That is especially so, because the policy permits eligibility regardless of the relative degree of culpability of the applicant (other than the instigator). It is therefore imperative to preserve the credibility of the program and the evidence it generates. A perception of targeting, based on immunising multiple parties to an offence, might well have a negative effect on the judicial perception of the evidence generated by the program.

To further promote immunity applications, the Bulletin confirms that the identity of the immunity applicant and the information it provides will be kept confidential. The Bureau considers that it is at liberty to share information with other competition agencies where it would assist in the administration and enforcement of the Act. No subsequent party will receive an assurance of confidentiality. The confidentiality commitment will be of limited duration, as a matter of law, if a contested prosecution ensues, because of the disclosure requirements in favour of an accused person under Canadian criminal law. But if the investigation is concluded with guilty pleas, the confidenti-

ality commitment will continue. And that commitment of confidentiality may provide transitional tactical advantages to the immunity applicant when responding to civil claims, even pending a contested prosecution.

An unstated, but very important, element of the Bulletin is the so-called “immunity plus” feature. Where a party cannot qualify because another party has been the first to apply in connection with a particular offence, it will be required to plead guilty for its involvement in that cartel and will be penalised. If it has also been a participant in another offence, it may choose to disclose the additional offence, in return for immunity for that cartel, and it will receive a reduced penalty on the first offence. That policy has been particularly productive, in generating information that has permitted the initiation of at least eight cartel investigations.

Evaluation

Since the promulgation of the Immunity Bulletin, there have been several positive indicators. One is increased international concordance. The Canadian policy was expressly intended to dovetail with the successful US Amnesty Program, to make it easy for immunity applicants to qualify in Canada and the US at virtually the same time and on similar, if not identical, terms. Since it was adopted, several other jurisdictions, including the UK, Ireland and (to a significant degree in its draft policy) the EU, have adopted programs that are in close harmony with the US and Canadian policies. That is not necessarily an assurance that Canada and the US have got it right. But it does make it evident to potential immunity applicants that they can obtain immunity in several jurisdictions almost simultaneously and under the same conditions, thereby multiplying the material advantages that can flow from a decision to confess and accept responsibility for the cartel offence.

In practical terms, over the last year, the revised Canadian Immunity program under the Competition Act has had quite significant, positive, practical results. In the first place, applications for immunity have increased noticeably. Informal indications are that the Bureau is receiving over one application for immunity per month. Many of these applications relate to conduct that is inherently related only to the Canadian market, opening up for the first time a widening series of investigations into cartels focussed primarily on the domestic economy. Other applications, involving international cartel activity, has enabled the Competition Bureau to work effectively with other competition authorities to challenge the operation of world wide cartels and effectively prosecute those responsible. The rate of case resolution in Canada has been maintained, with several guilty pleas flowing from the operation of the

immunity policy in 2001, and numerous other successful plea agreements having been negotiated and awaiting a Court date.

In a straight cost/benefit analysis, there seems to be no question about the propriety of the policy. Where there may once have been debate about an explicit offer to exonerate a guilty party that is willing to turn in other parties to its offence, the costs of offences like the vitamins cartel, to the economy and to individuals in society, have substantiated the legal value and the social benefits of the immunity program.

The results of Canada's Immunity Program over its first full year of operation has shown its effectiveness and silenced its initial critics. It has converted those who initially doubted its credibility into advocates who can advise their clients with confidence that the integrity of the program - and those who administer it - is demonstrable. And it has produced undeniable results, by threatening the finances and the liberty of those who would undermine the competitiveness of Canada's economy by participating in hard core cartels. If it continues to deter cartels, in conjunction with other enforcement agencies around the world, it will have proved its worth.

TRENDS IN THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF INTERNATIONAL CARTELS BY THE UNITED STATES

The Key to the United States' Success – Its Corporate Amnesty/Immunity Policy

By

Gary R. Spratling

I.THE ENFORCEMENT ENVIRONMENT IN THE UNITED STATES AND AROUND THE WORLD

Around the world, international cartel prosecutions have been soaring. Competition authorities are targeting international cartel participants in unprecedented efforts to penalize conspirators to the fullest extent allowable. Within the last several years, authorities in countries all over the globe have brought enforcement actions against cartels in over 30 industries for activities in North America, Europe, and other regions, including lysine, graphite electrodes, bulk vitamins, chemicals, electric wiring, cement, transportation, carton board, gasoline, and seamless steel tubes. They are stepping up their efforts in every way: imposing stiffer and stiffer penalties, increasing staff and investigations, strengthening legislation, and creating or modifying amnesty or leniency policies to encourage cartel participants to turn themselves in.¹

Enforcement in North America. For the last few years, senior officials of the United States Department of Justice's Antitrust Division have stated that the investigation and prosecution of international cartels is the An-

¹For a fuller discussion of the international enforcement environment and the interplay between enforcement trends in the U.S. and other countries, see Julian M. Joshua, D. Martin Low, Q.C., and Gary R. Spratling, "International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain," *Global Competition Review* (February/March 2001).

titrust Division's highest criminal priority.² Assigning top priority to international cartels has resulted in a striking record of criminal prosecutions, convictions, fines, and jail sentences. In just the last fiscal year (ending September 30, 2001), the U.S. Department of Justice's Antitrust Division has brought charges stemming from international cartel activities against 14 corporations and 18 individuals, prosecuted cases in ten separate industries, and obtained over \$280 million in fines. Currently, over 30 grand juries are investigating suspected international cartel activity, since FY 1998 roughly 50% of corporate defendants in criminal cases brought by the Antitrust Division have been foreign-based, and during the last several years over 90% of all fines obtained by the Antitrust Division resulted from international cartel prosecutions. The Antitrust Division has uncovered international cartels in a broad spectrum of industries, including auction houses, construction, vitamins, food and feed additives, chemicals, graphite electrodes (used in making steel) and marine construction and transportation services; has obtained over \$1.5 billion in criminal fines, including fines of \$10 million or more against U.S., Dutch, German, Japanese, Belgian, Swiss, British, and Norwegian-based companies.³ As to the individuals participating in international cartels, the Division has convicted foreign executives from Germany, Belgium, the Netherlands, England, France, Switzerland, Italy, Canada, Mexico, Japan, Korea, and Spain with sentences imposing heavy fines, and, in an increasing number of cases, imprisonment.⁴ Subjects and targets of the Division's international investigations are located on five continents and in over 20 different countries, and those investigations have uncovered meetings of international cartels in over 100 cities in 35 countries, including most of the Far East, and nearly every

²See "Lessons Common To Detecting And Deterring Cartel Activity," speech by Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement, Antitrust Division, before the 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, Sweden (September 12, 2000); "The War Against International Cartels: Lessons From The Battlefield," speech by Joel I. Klein, Assistant Attorney General, Antitrust Division, before the Fordham Corporate Law Institute Conference on International Antitrust Law and Policy (October 14, 1999); "Negotiating The Waters of International Cartel Prosecutions," speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before ABA National Institute on White Collar Crime (March 4, 1999); "Criminal Antitrust Enforcement Against International Cartels," speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before Advanced Criminal Antitrust Workshop, Phoenix, Arizona (February 21, 1997).

³Antitrust Division Status Report: International Cartel Enforcement (May 23, 2001); Antitrust Division Status Report: Criminal Fines (May 23, 2001).

⁴Antitrust Division Status Report: International Cartel Enforcement (May 23, 2001).

country in Western Europe.⁵

Canada has also been very active in the international cartel arena. Roughly three-quarters of the formal inquiries currently under way in Canada are focused on international cartels. In the last several years, the Competition Bureau has imposed fines of over \$65 million and sentenced several executives, foreign and Canadian, to jail or a personal fine. In 2001, the Bureau's efforts led the imposition of fines in five separate international cartels, in the sorbates, sodium erythorbate, graphite electrodes, isostatic graphite and concrete base reinforcements industries.

Enforcement In Europe. European enforcement agencies have also been actively pursuing cartel activities, obtaining penalties that have been staggering, particularly compared to their numbers just a few years ago. For example, in 2000, the Italian Competition Authority levied a record \$625 million in penalties. In the last two years, the German Bundeskartellamt has imposed fines of over \$169 million for just one ongoing investigation, in the ready-mix concrete industry.

In 2000, the EU imposed fines of over \$195 million against participants in just three cartels – in the seamless steel tube, lysine, and liner shipping industries. In 2001 the EU topped that figure with the fines against participants in the graphite electrodes and sodium gluconate industries, which together totaled almost \$250 million. This included a total fine of \$195 million against eight companies for their participation in a conspiracy to fix prices and allocate market shares in the graphite electrodes industry, the second largest cartel-wide set of fines imposed by the Commission.

Competition authorities are also dedicating increasing resources to their enforcement efforts. Several countries, including the UK, the Netherlands, Switzerland, and Ireland, have either adopted or are in the process of adopting legislation and policies that will provide greater resources for their international cartel enforcement arsenal. And the number of investigations of worldwide international cartel activity is increasing rapidly. The EU's caseload doubled within the last two years, while the UK has initiated over 80 price fixing and market sharing investigations since early 2000. In February of this year the UK launched a "cartel education campaign" in which it urged businesses to come forward and report their own or others' cartel activities.

Enforcement in the Rest of the World. Enforcement authorities outside of Europe and North America have also been increasing their enforcement efforts. Within the last several years, Brazil has shown an increasing commitment to antitrust enforcement. The government's investigatory

⁵Id.

arm, the SDE, has conducted over 200 cartel investigations into industries that are as diverse as orange juice, marine transportation, and steel, including some that have been vigorously investigated and prosecuted by a number of other jurisdictions around the globe, such as lysine and vitamins. Within the last year, Brazil adopted a corporate leniency/immunity policy and more forceful investigatory powers for the antitrust agencies, including the right to impose a daily fine for failure to comply with a request for information. SDE is seeking still broader investigatory powers, including the power to tap telephone lines. The government has also been considering a proposal that would fundamentally change enforcement in Brazil, by creating just one agency that would both investigate and adjudicate competition matters.

Japan has also increased its commitment to the pursuit of anticompetitive activity and the promotion of a free and competitive market.⁶ For example, the JFTC has increased its staff substantially, to a total of approximately 270 investigators. Continuing a recent tradition of cooperation among enforcement authorities, the JFTC and the Japan International Cooperation Agency have conducted a training program on the Antimonopoly Act and Competition Policy for China's State Administration for Industry and Commerce.

The increased emphasis on cartel enforcement in countries around the world tremendously increases the chances that cartel participants will be caught and prosecuted in multiple jurisdictions. While not every jurisdiction imposes penalties as heavily as in what is now the most active jurisdiction, the United States, trends in current U.S. cartel enforcement herald similar advances in countries everywhere.

II. TRENDS IN INTERNATIONAL CARTEL ENFORCEMENT BY THE UNITED STATES

The Department of Justice's Master Plan – Three Elements. In the author's view, the U.S. Department of Justice has a three-part plan for detecting, prosecuting, and deterring cartel activity. The first part of the plan is simple: provide the ultimate reward – the opportunity to get "off the hook" – to a company and its directors, officers, and employees who confess their antitrust violations in an amnesty application. A second element is increasing

⁶See, e.g., "Grand-Design for Competition Policy in the 21st Century," Japan Fair Trade Commission, August 29, 2001; "Promotion of Regulatory Reform and The FTC's Position on Competition Policy At the Time of the Three Year Program for the Promotion of Regulatory Reform," Japan Fair Trade Commission, March 30, 2001.

the severity of the consequences for companies and their executives who fail to report violations and provide timely cooperation. A third element is enhancing the risk that antitrust violations will ultimately be detected.⁷

This paper discusses that plan, and also addresses nine trends in U.S. international enforcement activity that fit neatly into the plan: the rise in self-reporting under the United States' amnesty program, the race to qualify for the advantages offered by the amnesty program and the remarkable benefits available to the second to cooperate, the corresponding detriment to firms that are late, or worse, last to cooperate, increases in the size of financial penalties against corporate defendants, increases in the number of domestic and foreign executives sentenced to prison, the increased likelihood of detection as the government institutes still more tools to root out cartel behavior, and, as a result of all of these activities, the inexorable reduction of safe harbors for cartel participants as enforcement and cooperation efforts are stepped up by antitrust authorities worldwide.⁸

A. INCREASING THE VALUE AND CERTAINTY OF REWARDS TO INFORMANTS AND OTHERS WHO COOPERATE EARLY

⁷See "When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?" speech by Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement, Antitrust Division, before ABA National Institute On White Collar Crime (March 8, 2001); "Lessons Common To Detecting and Deterring Cartel Activity," *supra*.

⁸Other papers in this area were presented by the author at the State Bar of California's Ninth Annual Golden State Institute (October 18, 2001); the American Bar Association conference "International Antitrust Issues – Pacific Rim and Beyond," Vancouver, BC, Canada (May 31-June 1, 2001); The George Washington Law Review's 2001 Symposium, Washington, D.C., (March 22, 2001); the American Bar Association's National Institute on White Collar Crime, San Francisco, California (March 8-9, 2000); the American Bar Association Advanced International Cartel Workshop, New York, New York (February 15-16, 2001); and the International Bar Association 2000 Conference, Amsterdam, The Netherlands (September 17-22, 2000). See Gary R. Spratling, "International Cartel Cases – The California Connection," (October 18, 2001); Gary R. Spratling, "United States Enforcement Against International Cartels – The Pacific Rim: The Next Frontier?" (May 31, 2001); Gary R. Spratling, "Detection and Deterrence – Rewarding Informants for Reporting Violations," (March 22, 2001) (publication forthcoming); Gary R. Spratling, "New Trends Create An Even Riskier Target Zone For International Cartel Participants," (March 8, 2001); Gary R. Spratling, "International Cartel Enforcement – The Revolution Continues" (February 15-16, 2001); and Gary R. Spratling, "The Criminalization of International Antitrust – The U.S. Perspective" (September 21, 2000).

"If someone in your company has been conspiring with competitors to fix prices, here's some sound advice: Get to the Justice Department before your co-conspirators do."⁹

The U.S. Department of Justice Antitrust Division's Corporate Leniency Policy¹⁰ ("Amnesty Program") is the Department's most effective generator of cartel cases,¹¹ and is believed to be the most successful program in U.S. history for detecting large commercial crimes. Over the past five years, the Amnesty Program has been responsible for detecting and prosecuting more antitrust violations than all of the Antitrust Division's search warrants, consensual-monitored audio or video tapes, and cooperating informants combined.¹² "It is, unquestionably, the single greatest investigative tool available to anti-cartel enforcers."¹³

Trend:

Increasing Numbers of Cartel Participants Are Self-Reporting Under The U.S. Amnesty Program

The *majority* of the Antitrust Division's major international investigations have been advanced through the cooperation of an applicant to the Division's Amnesty Program.¹⁴ And the number of applicants is on the rise.

Amnesty To The First In The Door. Amnesty is available to organizations that self-report before *and after* an investigation has begun under the Amnesty Program, but *only the first* organization to come forward to report illegal activity and offer cooperation in the investigation may qualify.¹⁵ Counsel for an organization that detects involvement in cartel activity may decide it is not in the firm's best interest to self-report, or to cooperate in a government investigation. In such situations, the legal team will want to take steps to terminate the unlawful conduct and prevent its reoccurrence, mini-

⁹Janet Novak, "Fix and tell," *Forbes*, May 4, 1998, at 46.

¹⁰See U.S. Department of Justice, Antitrust Division Corporate Leniency Policy (August 1993).

¹¹Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, *supra*.

¹²See "When Calculating the Costs and Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?" *supra*.

¹³*Id.*

¹⁴See Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, *supra*.

¹⁵See U.S. Department of Justice, Antitrust Division Corporate Leniency Policy (August 1993).

mize the chances that the violation will be disclosed to enforcement authorities, and prepare the firm and relevant employees for any covert or overt investigation that may be initiated by domestic or foreign authorities. On the other hand, counsel may decide, as is increasingly the case, that in today's enforcement environment the consequences of prosecution as a non-reporting, non-cooperating organization are too severe (see Section II, below) and the risk of government detection is too high (see Section III, below) to not attempt to be the first in the prosecutor's door. In these situations, counsel must move quickly to assess the situation; conduct a preliminary internal investigation; evaluate the risks, alternatives, and consequences; make a decision; and take action. Under the U.S. Amnesty Program, only the first qualifying firm through the prosecutor's door can ensure no criminal charges and no criminal fines whatsoever.

The Antitrust Division's Amnesty Program. In August 1993, the Division revised its Amnesty Program to make it easier and more attractive to companies to come forward and cooperate with the Division. Three major revisions were made to the program: (1) amnesty is automatic if there is no pre-existing investigation; (2) amnesty may still be available even if cooperation begins after the investigation is underway; and (3) all officers, directors, and employees who cooperate are protected from criminal prosecution.¹⁶ Under the Division's policy, only one company per investigation may receive amnesty, and that will be the first qualifying company in the door.

Case Generation. As mentioned above, the Amnesty Program is a huge generator of cartel prosecutions. In the last few years, cooperation from amnesty applications has resulted in dozens of convictions and well over \$1 billion in fines.¹⁷ Moreover, a number of other countries, observing the U.S. Amnesty Program's case generation, have followed with their own amnesty or leniency programs.¹⁸

Financial Benefits. The vitamin and graphite electrodes investigations and prosecutions¹⁹ are leading examples of the striking financial benefits

¹⁶Id.; see "The Corporate Leniency Policy: Answers To Recurring Questions," speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting (April 1, 1998).

¹⁷Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, supra.

¹⁸These jurisdictions include Canada, the European Union, the United Kingdom, Germany, Australia, and Brazil. As discussed in Section III, infra, on July 18, 2001 the European Union issued for public comment the Draft Commission Notice On Immunity From Fines and Reduction Of Fines In Cartel Cases. The comment period closed September 21, 2001.

¹⁹The Antitrust Division's policy is to treat as confidential the identity of amnesty applicants and any information obtained from the applicant. In these two cases, vita-

potentially available for successful amnesty applicants.²⁰ In the vitamin investigation, French-based Rhone-Poulenc SA came forward and reported its role in a worldwide vitamin cartel. The company, as well as all of its officers, directors, and employees who came forward with the company and cooperated, received a pass from prosecution and paid zero dollars in fines. Shortly after learning of their co-conspirator's approach to the Division, Swiss-based HLR and German-based BASF A.G. (BASF) agreed to plead guilty and cooperate with the government's investigation. The Department of Justice has stated that these companies provided very valuable cooperation. The companies received very significant reductions in their fines in exchange for their cooperation, although they still paid fines of \$500 million and \$225 million, respectively. (Discussed further in relation to the next Trend, below.)

In the graphite electrodes investigation, the cooperation of the amnesty applicant led to the execution of search warrants, the cracking of an international cartel, and shortly thereafter, a plea agreement with another cartel participant. The next company in the door after the amnesty applicant paid a \$32.5 million fine, the third company in paid a \$110 million fine, and the last company to accept responsibility and plead guilty paid a \$135 million fine. (Discussed further in relation to the next Trend, below.)

Application Rate. The Department of Justice's revised corporate amnesty program has resulted in a dramatic increase in amnesty applications to the Antitrust Division. Under the old amnesty policy, the Division received roughly one amnesty application per year. Under the revised policy, the application is more than one per month.²¹ As a result of this increased interest in seeking amnesty by firms involved in international violations, the Division frequently encounters situations where the second company approaches the government within days, and in some cases only a few hours, after one of its co-conspirators has secured its position as first in line for amnesty.²² As stated above, only the first company to qualify receives amnesty.

Where to Apply First. The increasingly international scope of car-

mins and graphite electrodes, the identity of the amnesty applicants is public because they issued press releases announcing their conditional acceptance into the corporate amnesty program.

²⁰The Antitrust Division has coined a phrase to refer to the financial benefits accruing to an amnesty applicant: "a corporate super saver."

²¹Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, *supra*.

²²See "When Calculating the Costs and Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?" *supra*, at 3; "Lessons Common To Detecting and Deterring Cartel Activity," *supra*, at 9.

tel enforcement – and the corresponding rise in the number of jurisdictions in which amnesty or leniency is available to cartel participants – means that cartel participants now have a number of jurisdictions in addition to the United States in which to seek leniency. However, approaching several jurisdictions simultaneously, which may seem to be the optimal procedure, has a cost: a company cannot prepare to go to three, or even two, jurisdictions as quickly as it can go to one. And because the "race to the prosecutor," discussed further below, is often won by a matter of days or even hours, the opportunity cost of simultaneous applications could be enormous – that is, coming in second, and therefore failing to qualify for amnesty, in a jurisdiction where the company could have come in first. Management and counsel should therefore follow this decision-making principle: determine the jurisdiction where it would hurt the firm most to come in second place, and approach that jurisdiction first, moving as quickly as possible. Then, using the same principle, approach serially those remaining jurisdictions where the risks justify an amnesty application.

Trend: When Another Firm Is First In The Door For Amnesty In the United States, Increasing Numbers of Cartel Participants Are Racing To Qualify For Second Place

The Race To Be First In The Door. There can be no doubt that, in the United States, the extremely beneficial prizes awarded to the first amnesty applicant in the door, in combination with the fact that the most important of those prizes are unavailable to the second arrival, have resulted in a race among amnesty applicants.

The Antitrust Division has made no secret – indeed officials of the agency have broadcasted – that its objective has been to set up a race to the prosecutor.²³ The Division emphasizes that only the first in the door gets amnesty, cites the adverse financial consequences of not being first in the door, and discloses that the difference between being first and second is often only a

²³See "When Calculating the Costs and Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?" *supra*; "Lessons Common To Detecting And Deterring Cartel Activity," *supra*; "Making Companies An Offer They Shouldn't Refuse," speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (February 16, 1999); Janet Novack, *supra*, at 46.

few days, and sometimes only a few hours.²⁴ Members of the private bar have heard this message and confirmed publicly that the Division has been successful in its invitation to counsel, and their multinational clients, to enter the race.²⁵

However, this is one race that is not a winner-take-all competition. There remain valuable rewards for quick action available to the second-place finisher. To be sure, the successful amnesty applicant wins the three biggest prizes: (1) no criminal prosecution of the company (as well as the collateral benefits of not having a criminal conviction), (2) no criminal prosecution of cooperating individuals, and (3) zero dollars in fines. Yet, as to the last prize, the Division's practice in dealing with firms that come in seriatim in international investigations generally results in huge financial advantages for being second as compared to finishing later.

Second In The Door Wins Valuable Consolation Prizes. In addition to showing the rewards of the United States' corporate amnesty program, the fine calculations in the vitamin and graphite electrodes cases also demonstrate the prizes available to the firms that come in second place, as compared to being the third or fourth, or an even later finisher.

In the vitamins investigation, HLR and BASF came forward to plead guilty and cooperate immediately after the amnesty applicant disclosed the scope of the conspiracy. Since the companies approached the government nearly simultaneously, they were treated for purposes of sentencing as having tied for second place in coming forward. As a result of each firm's quick actions in coming forward and the extraordinary level of cooperation and assistance each provided in the government's investigation, both companies received enormous downward departures from their Guidelines fine ranges. Specifically, HLR's Guidelines fine range was \$1.312 billion to \$2.624 billion; BASF's range was \$409 million to \$818 million. As mentioned above, the imposed fines were \$500 million (over \$800 million below the minimum Sentencing Guidelines fine) and \$225 million (nearly \$200 million below the minimum Sentencing Guidelines fine), respectively. Thus, in each case the imposed fine was roughly 15 percent of the firm's respective volume of commerce; significantly lower than the percentage typically paid by firms in international cartels who come in the door third, fourth, or further down the line.

²⁴See "Lessons Common To Detecting And Deterring Cartel Activity," *supra*; "Making Companies An Offer They Shouldn't Refuse," *supra*; Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, *supra*.

²⁵Jayne O'Donnell, "Company turncoats race to Justice for corporate amnesty," USA TODAY, June 1, 1999, at 1B; Janet Novak, *supra*, at 46.

What fine would the Division have sought from HLR and/or BASF if the firms had not been second, but instead had been third or fourth?

The "would have" fine is not subject to precise calculation because of the large number of variables considered by the Antitrust Division in determining a recommended fine.²⁶ These variables come into play whether the Antitrust Division is determining a recommended fine as a downward departure from the Sentencing Guidelines minimum or a fine within the Sentencing Guidelines range. The fine imposed on a firm is not instructive of the Antitrust Division's valuation of any one of these variables because, of course, the final fine reflects the cumulative valuation of all variables. However, the Antitrust Division states that it is very careful in tracking its valuations of these variables so as to ensure compliance with its publicly stated objective of proportionality – not only proportionality of sentences imposed on culpable firms in a particular conspiracy but also proportionality across all conspiracies prosecuted.²⁷

Firms involved in international conspiracies that decide to plead guilty and cooperate, but are not the first or second firms in the door, typically pay fines ranging from 25 to 35 percent of their volume of affected commerce (i.e., their sales affected by the conspiracy). Put another way, being third or fourth in the door can cost the firm an additional 10 to 20 percent of their volume of commerce as a criminal fine, unless the percentage increase is even higher because the third or fourth place firm is very late to come in and/or is the last firm to resolve its exposure with the prosecutors (see Section II, be-

²⁶In addition to the variables specified in the Guidelines – volume of commerce, number of employees, the level of personnel involved in or tolerating the criminal activity, prior history of misconduct, whether the firm engaged in obstruction, existence of an effective compliance program, cooperation in the investigation, affirmative acceptance of responsibility, and ability to pay – the Division considers, and ends up placing dollar values on, the timing of the cooperation; what place the firm was in or the order of firms coming in and how many firms were involved in the conspiracy (i.e., being the third firm in the door and therefore last in a three-firm conspiracy is different than being the third firm in a seven-firm conspiracy); the significance of the cooperation and assistance in the instant investigation; the significance of cooperation and assistance, or even possibly self-reporting, on another matter; and the relative seriousness of the conduct (length of the conspiracy, relative significance of the firm's role in the conspiracy, use of coercive tactics, "brazenness" of top management in flouting the law, extent of knowledge/tolerance throughout management of the firm, and the level and total amount of overcharge).

²⁷See "Transparency In Enforcement Maximizes Cooperation From Antitrust Offenders," speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before the Fordham Corporate Law Institute Conference on International Antitrust Law & Policy (October 15, 1999).

low). Given the very large volumes of commerce affected in international cartel cases, this difference will generally translate into tens or hundreds of millions of dollars.

In the vitamins prosecutions, for example, two Japanese-based firms, Daiichi and Takeda, each agreed to plead guilty and cooperate after HLR and BASF had begun assisting the government. Their fines represented approximately 26 percent and 20 percent of their respective volumes of commerce. Takeda's fine fell below the 25 to 35 percent range only because it reported wrongdoing in a second, unrelated market not previously known to the government, a disclosure which resulted in an additional reduction in its fine. (See discussion of "Amnesty Plus" in text related to footnotes 52 through 55, *infra*.) Thus, by being second after the amnesty applicant and thereby avoiding the fine ranges representing 25 to 35 percent of their respective volumes of affected commerce, HLR and BASF each paid several hundreds of millions of dollars less in fines than each likely would have faced as the third or fourth company in the door.

In the graphite electrodes investigation, Japanese-based Showa Denko Carbon, Inc. (SDC) was the second firm in the door after the amnesty applicant. SDC came forward and offered to plead guilty and cooperate immediately after the investigation went overt with the issuance of search warrants. The \$32.5 million fine imposed on SDC was 10 percent of its volume of affected commerce. In comparison, the German-based firm SGL Carbon AG (SGL), which was the last firm to come forward, was levied with a fine of \$135 million, nearly 30 percent of SGL's volume of affected commerce. Moreover, SGL's fine would have been an even higher dollar amount (and, therefore, a higher percentage of the volume of affected commerce) but for a reduction based on the firm's inability to pay a higher fine, pursuant to U.S.S.G. § 8C3.3(b). If SDC and SGL's positions had been reversed, and SDC had been in last instead of second, then its fine may have been three times greater or, in this case, an additional \$60 million, or more.

The Above Trends Are Complementary And Yield Cumulative Increased Incentives To Self-Report. The fact that increasing numbers of cartel participants are both self-reporting in order to qualify for amnesty *and* racing in to qualify for the benefits available for the second to cooperate, exacerbates the existing tension and mistrust among the cartel participants and, in turn, yields increased incentives for each participant to approach the government as soon as it learns of, or suspects, an investigation. At that point, each cartel participant knows that any of its co-conspirators, tempted by the rewards of being first or second, can go to the government and seal a frightful fate for the rest. Each individual acting on behalf of a company engaged in

cartel conduct must ask himself or herself: Can I trust my co-conspirators to be loyal, to look out for my company's well being and my personal freedom, by not disclosing our cartel activities?

The nondisclosure strategy depends upon complete solidarity among all the corporate members of a cartel and all the individuals who are potential targets of the investigation. It is a particularly unstable and strained equilibrium in an international cartel case because critical personal and corporate interests of numerous players in several countries are continuously in jeopardy. The statistics show that, more and more, such players seek relief from the pain.²⁸ If one of the players reports and cooperates with the government, the remaining participants who have been holding out can expect that the government will receive compelling evidence against them and that the government will escalate the severity of the consequences to them because they were late, or even worse, last to resolve their exposure.

B. ESCALATING THE SEVERITY OF THE CONSEQUENCES

The United States Treats Cartel Activity As A Crime And The Department Of Justice Seeks Tough Penalties

The United States Department of Justice prosecutes all hardcore cartel activity – such as price fixing, bid rigging, and customer, territorial, and volume allocation agreements – as criminal violations. Corporations and individuals, domestic or foreign, may be held criminally liable, irrespective of the legal treatment of cartel activity in the home jurisdiction of a foreign defendant, and all are subject to sentencing under the United States Sentencing Guidelines.

Firms. The Sentencing Guidelines instruct that for an antitrust offense by an organization, in lieu of pecuniary loss (the measure used to determine sentences for nearly all other types of offenses), courts should use 20 percent of the volume of commerce affected by the offense in establishing a base fine. The base fine is adjusted by minimum and maximum multipliers derived from a culpability score, the net result of upward and downward adjustments based on various factors in aggravation and mitigation. The guidelines fine range, i.e., the minimum fine and the maximum fine, is determined by multiplying the base fine by the applicable minimum and maximum multipliers. The guidelines fine ranges are at a level "appropriate to deter organizational criminal conduct and to provide incentive for organizations to maintain

²⁸See "International Cartels, International Exposure: How to Contain The Pain," *supra*.

internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct."²⁹ The bottom number in the range is typically one half the top number in the range, e.g., \$200 million - \$400 million, the range for UCAR International, Inc. in the graphite electrodes cartel. In the final analysis, the Sentencing Guidelines result in fines for organizations that can range from a minimum of 15 percent to a maximum of 80 percent of the affected volume of commerce. However, organizations can receive fines below, often substantially below, the minimum Guidelines fine by providing substantial assistance and cooperation in the government's investigation.

An Example. A review of the fine calculation for F. Hoffmann-La Roche, Ltd. (HLR) in the vitamins cartel will illustrate the methodology of the Sentencing Guidelines. First, the Antitrust Division calculated the volume of affected commerce (the firm's sales in the United States) to be \$3.28 billion. Then, the base fine was determined – 20 percent of the volume of affected commerce, or, here, \$656 million. Next, the Division calculated the culpability score. Every firm starts with a culpability score of 5 points.³⁰ In the case of HLR, there was a 5-point upward adjustment because the unit of the organization within which the offense was committed had 5,000 or more employees and high-level personnel participated in the cartel;³¹ a 2-point upward adjustment because the firm had a prior history of misconduct;³² a 3-point upward adjustment because the firm obstructed the government's investigation;³³ a zero-point downward adjustment for an effective program to prevent and detect violations of law,³⁴ because HLR did not have an effective program; and a 2-point downward adjustment for affirmatively accepting responsibility and fully cooperating in the investigation.³⁵ This resulted in a net culpability score of 13, and the highest minimum and maximum multiplier range (reached at culpability score 10) of 2.0 to 4.0.³⁶ Multiplying the base fine (\$656 million) by the minimum (2.0) and maximum (4.0) multipliers yields a Sentencing Guidelines fine range of \$1.3 billion to \$2.6 billion.³⁷ As a result of HLR's extraordinary cooperation and assistance in the investigation, it received an enormous downward departure from the Sentencing Guidelines minimum to a

²⁹U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.4, cmt. background (2000).

³⁰U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(a) (2000).

³¹U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(b) (2000).

³²U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(c) (2000).

³³U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(e) (2000).

³⁴U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(f) (2000).

³⁵U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(g)(2) (2000).

³⁶U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.6 (2000).

³⁷U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.7 (2000).

fine of \$500 million.

Fines Imposed in International Cartels. Based on the U.S. Sentencing Guidelines, the Department of Justice has obtained the following fines of \$20 million or more against organizations that participated in international cartels:

<u>Defendant (FY)</u>	<u>Product</u>	<u>Fine (In Millions)</u>	<u>Country</u>
F. Hoffmann-La Roche, Ltd. (1999)	Vitamins	\$500	Switzerland
BASF AG (1999)	Vitamins	\$225	Germany
SGL Carbon AG (1999)	Graphite Electrodes	\$135	Germany
Mitsubishi Corporation (2001)	Graphite Electrodes	\$134	Japan
UCAR International, Inc. (1998)	Graphite Electrodes	\$110	U.S.
Archer Daniels Midland Co. (1997)	Lysine & Citric Acid	\$100	U.S.
Takeda Chemical Industries, Ltd. (1999)	Vitamins	\$72	Japan
ABB Middle East & Africa (2001) (2001 Participations)	Construction	\$53	Switzerland (Hdq. Italy)
Daicel Chemical Industries, Ltd. (2000)	Sorbates	\$53	Japan
Haarmann & Reimer Corp. (1997)	Citric Acid	\$50	German Parent
HeereMac v.o.f. (1998)	Marine Construction	\$49	Netherlands
Sotheby's Holdings Inc. (2001)	Fine Arts Auctions	\$45	U.S.
Eisai Co., Ltd. (1999)	Vitamins	\$40	Japan
Hoechst AG (1999)	Sorbates	\$36	Germany
Showa Denko Carbon, Inc. (1998)	Graphite Electrodes	\$32.5	Japan

<u>Defendant (FY)</u>	<u>Product</u>	<u>Fine (In Millions)</u>	<u>Country</u>
Philipp Holzmann AG (2000)	Construction	\$30	Germany
Daiichi Pharmaceutical Co., Ltd. (1999)	Vitamins	\$25	Japan
Nippon Gohsei (1999)	Sorbates	\$21	Japan
Fujisawa Pharmaceuticals Co. (1998)	Sodium Glucosate	\$20	Japan
Pfizer Inc. (1999)	Maltol/Sodium Erythorbate	\$20	U.S.

Individuals. The maximum penalty for a Sherman Antitrust Act offense for an individual is three years imprisonment and the greatest of \$350,000, twice the pecuniary gain the individual derived from the crime, or twice the pecuniary loss caused the victims of the crime. The Sentencing Guidelines result in jail sentences for individuals of 6 to 12 months for single-count, base level antitrust violations. However, if the crime involves bid-rigging, the base level sentencing range is 8 to 14 months. The jail sentences are increased based on factors in aggravation, and can go up to 33 months based on volume of commerce affected by the violation alone. The Sentencing Guidelines require a fine, in addition to prison, of one percent to five percent of the volume of commerce attributable to the individual's organization.

Trend: The United States Is Obtaining Higher Fines Against Organizations Involved In International Cartels

Fines above \$10 million have become commonplace sanctions in the United States for organizations involved in cartel activity. Note, however, that the overwhelming majority of large fines have been against organizations involved in *international* cartels. For example, in *every* case where the U.S. Department of Justice has secured a fine above \$20 million for cartel activity, the cartel has been international in scope, as opposed to domestic. In 16 of the 20 instances in which the fine was \$20 million or greater, and in 29 of the 35 instances in which the fine was \$10 million or greater, the organizations were foreign-based.

These statistics reflect several factors: (1) international cartels typically affect larger volumes of commerce in the United States (the measure on which U.S. fines are based) than do U.S.-domestic cartels; (2) international cartels typically consist of a U.S. company and three or four of its competitors that are market leaders in Europe, Asia, and throughout the world; and (3) the U.S. Department of Justice is continuing its efforts to “up the ante” in international cartel cases to ensure that potential sentences are sufficiently punitive so as not to be viewed merely as a cost of doing business.³⁸

Trend: The United States Is Now Seeking To Obtain Jail Sentences More Frequently Against Foreign Individuals Involved In International Cartels

The U.S. Department of Justice's treatment of the criminal liability of foreign individuals involved in international cartels affecting the United States has been evolving over the past six years, with some of the most important developments occurring in the last two years.

Stage One: One Foreign Executive From Each Foreign Firm Involved In The Cartel Must Plead Guilty In The United States.

In the mid-1990s, as the U.S. Department of Justice was ramping up its investigations of international cartels and looking ahead to many prosecutions, senior officials thought hard about how to ensure that foreign-located executives would receive treatment comparable to the treatment given U.S. executives in international cartel prosecutions. The Department of Justice wanted to insist that at least one culpable individual from each foreign firm involved in a cartel accept responsibility in the U.S. and plead guilty alongside his/her employer.

At that time, cooperation among antitrust authorities in the pursuit of international cartel participants was more concept than reality. Until March 1996 (see below), the Department often could not offer sufficient incentives to an executive outside U.S. jurisdiction to induce that individual to come to the United States and plead guilty to violating U.S. law. The situation was that alien defendants could escape prosecution so long as they forfeited their ability to travel into the United States, or into any other country with whom the United States had an extradition treaty applicable to antitrust offenses. It was (is) true, for foreign executives who have international responsibilities and place a high premium on their ability to travel without fear of being detained

³⁸See "Lessons Common To Detecting and Deterring Cartel Activity," supra.

or arrested, that this often was (is) an unacceptable alternative. On the other hand, cooperating aliens could not be assured that they would receive the benefit of immigration relief by agreeing to cooperate with U.S. antitrust authorities and pleading guilty, even though the promise of immigration relief may have been the foremost, even only, incentive from the alien's perspective for entering into such an agreement.

The Department of Justice was able to eliminate that uncertainty and achieve its initial objective of obtaining convictions (guilty pleas in the United States) against foreign individuals through a memorandum of understanding (MOU) that the Antitrust Division entered into with the United States Immigration and Naturalization Service (INS) in March 1996. The MOU lays out a protocol whereby the Antitrust Division may petition the INS to preadjudicate the immigration status of a cooperating alien witness before the witness enters into a plea agreement or pleads to a crime. It allows the Antitrust Division to petition for a range of relief which would allow the alien to continue or resume travel into the United States. Because the Division submits its petition to the INS during plea negotiations, it is able to include written assurances in the plea agreement of the way in which the INS will treat the alien's convictions. In simple terms, the MOU allows the Antitrust Division to offer the foreign national contemplating cooperation an assessment of his exact post-conviction immigration status *before* he enters into plea agreement and pleads guilty – to know, in other words, that a felony conviction in the United States would not affect his ability to travel to the United States in the future.

That MOU has been instrumental in inducing foreign executives to plead guilty and to cooperate in Division cases.³⁹ Since the MOU's inception, the Antitrust Division, in nearly every international cartel prosecution, has brought criminal charges, and generally obtained convictions, against at least one culpable executive from each foreign firm involved in the cartel.

Stage Two: Increasing Numbers of Foreign Executives Must Plead Guilty And Agree To Serve Jail Time In A United States Prison.

³⁹The MOU also facilitates the Antitrust Division's ability to enter into companion agreements with foreign corporations. In the lysine investigation, for instance, the MOU was crucial in securing the 1996 plea agreements of the three Asian firms involved. The Division would not enter a plea agreement with the corporations without securing a guilty plea from at least one culpable executive at each company. The individual and corporate defendants would not enter into plea agreements without the promise of immigration relief. The MOU provided the solution, and all three firms and several individual defendants ultimately pled guilty.

Now, with increasing frequency, the Antitrust Division is insisting not only that foreign executives agree to plead guilty in the United States, but also that they agree to serve a prison sentence in the United States as part of any plea agreement to resolve completely their exposure for violating U.S. law. In fact, in some cases the Antitrust Division has begun to seek dispositions that include a prison sentence against multiple executives from the same foreign firm.

Plea agreements with firms typically "carve out" one or more executives for separate treatment, which means that such executives neither are subject to the cooperation requirement of the plea agreement nor are the beneficiaries of the protection provision. Put another way, no matter how much cooperation is offered by such executives, the U.S. Department of Justice will not agree not to bring criminal charges against them. If foreign executives are carved out of the organization's plea agreement, and thereby face separate treatment as individuals for their participation in the international cartel, then it remains in the Department of Justice's prosecutorial discretion whether to seek a disposition that would involve only a guilty plea and the payment of a fine, or a prison sentence in addition to the plea and fine. Increasingly, the U.S. Department of Justice seeks the latter.

Many people are familiar with the prosecutions in the vitamins cartel, discussed above, including the convictions of HLR and BASF and the payment of fines of \$500 million and \$225 million, respectively. What many people do not know is that at the time HLR and BASF agreed to plead guilty and pay nearly three-quarters of a billion dollars in fines, four HLR executives and four BASF executives were carved out of the cooperation and protection provisions of their plea agreements with the U.S. Department of Justice. The carve-out language in the protection provision in the BASF plea agreement, similar to the language in the HLR provision, reads:

Subject to the exceptions noted in Paragraph 14(d),⁴⁰ the United States will not bring criminal charges against any current or former director, officer, or employee of BASF or its subsidiaries (except for Dr. Reinhard Steinmetz, former Head of Fine Chemicals Division; Dr. Dieter Suter, Head of Fine Chemicals Division; Dietz Kaminski, former Head of Marketing; and Hugo Strotmann, Head of Marketing; who are all specifically excluded from each and every term of paragraphs 12, 13 and 14 of this Plea Agreement⁴¹).⁴²

⁴⁰The provision that addresses failure to cooperate.

⁴¹The provisions that address cooperation and protection against prosecution.

The HLR plea agreement excluded Roland Bronnimann, at the time of the agreement the President of the Vitamins and Fine Chemicals Division, Andreas Hauri, a former Executive Vice President and Head of Global Marketing, and Kuno Sommer, also a former Executive Vice President and Head of Global Marketing. In addition, it excluded a fourth, unidentified individual, named in a sealed addendum to the plea agreement.

Thus, at the time the plea agreements with the two firms became public, one could deduce that the U.S. Department of Justice refused to give these eight executives a pass from individual prosecution. As a result of proceedings since then, one can deduce that, with respect to six of those eight executives, the United States insisted that they serve prison terms to settle their criminal exposure; that is, the Department of Justice would not agree to a no-jail, fine-only disposition against those individuals. Three individuals from each company entered into plea agreements in which they admitted to conspiring to fix prices and allocate sales volume of vitamins sold in the United States and elsewhere, submitted to U.S. jurisdiction, agreed to pay fines ranging from \$75,000 to \$150,000, and agreed to serve prison time in a U.S. jail for periods ranging from 3 to 5 months. One, Kuno Sommer, also agreed to plead guilty to a separate criminal violation for his role in attempting to cover up the vitamins conspiracy.

In February 2001, Takesha Takagi, an executive of Toyo Tanso USA, Inc., became the first Japanese executive to agree to face possible time in a United States jail for an antitrust violation (the plea agreement provided for a range of zero to three months confinement). Ultimately, however, the Court did not sentence Takagi to a term of incarceration, but fined him \$10,000 and put him on three years probation for his role in an international conspiracy to fix prices and allocate market shares and customers in the isostatic graphite industry. His employer, Toyo Tanso, an American subsidiary of Toyo Tanso Co. Ltd. of Japan, pled guilty and paid a fine of \$4.5 million for its role in the conspiracy.

Not all foreign executives conclude that "getting the matter behind them" and putting an end to the United States' pursuit of them is worth the price of a guilty plea, fine, and prison in the U.S. This is the situation that developed in the prosecution of Daicel Chemical Industries and its executives over a six-month period in 2000-2001. In July of 2000, the Division entered into a plea agreement with Daicel that called for the firm to plead guilty to

⁴²Plea Agreement, United States of America v. BASF A.G. (N.D. Texas May 19, 1999).

participating in an international conspiracy to fix the prices and sales volume of sorbates, a food additive. The agreement carved out for separate treatment four executives: Kunio Kanai, the Managing Director of Daicel's Organic Chemicals Division, Hirohisa Ikeda, General Manager for the Organic Chemicals Division, Takayasu Miyasaka, first the General Sales Manager and later the Deputy General Manager of the Organic Chemicals Division, and one additional unnamed individual. The plea agreement protected all other directors, officers, and employees of the company from criminal charges. Based on related criminal proceedings, one can make two assumptions about the positions of the U.S. Department of Justice and the Daicel executives, respectively. First, the Department insisted that the executives plead guilty, pay a fine, *and* serve a prison sentence to settle their criminal exposure in the United States. Second, the Daicel executives were unwilling to serve time in a United States jail, and therefore refused to enter into a plea agreement with the Department. Therefore, on the same day that the charges against, and an agreed-upon disposition with, Daicel were filed pursuant to a plea agreement with the firm, three of the four executives – Ikeda, Kanai and Miyasaka – were indicted by a Federal Grand Jury for their participation in the cartel. In January 2001, the fourth individual, Hitoshi Hayashi, a salesman in Daicel's Organic Chemicals Division, was also indicted by a Federal Grand Jury for his participation in the cartel. Because the four executives have refused to submit to the jurisdiction of the United States for criminal proceedings, they have been placed on border watches and warrants have been issued for their arrest. These individuals are now subject to the full range of criminal sanctions discussed earlier, as well as arrest and the threat of extradition from Japan to the United States.

Hayashi was indicted alongside three top executives of another participant in the sorbates conspiracy, Ueno Fine Chemicals Industry Ltd. (Ueno). Ueno, a Japanese company, agreed to pay an \$11 million fine (reduced from the fine that would have been sought by the government, based on the company's inability to pay any higher fine and remain a viable organization). However, four of the company's executives, Yuji Komatsu, a member of the Board of Directors, Yoshihiko Katsuyama, general manager of the Chemical Division Sales Department, Wakao Shinoda, a sales manager in the Chemical Division (the three indicted individuals), along with a fourth, as yet unindicted individual, Yushiyuki Ebara, were carved out of the plea agreement with the company. As with the Daicel executives, one can assume both that the U.S. Department of Justice insisted that the Ueno executives plead guilty, pay a fine, *and* face a prison sentence in the United States, and that the individual executives refused. Like the Daicel executives, they are on border watches, are the subjects of arrest warrants, and will remain international fugi-

tives until they submit to the jurisdiction of the United States.

This scenario appears to have repeated itself in July 2001 in the isostatic graphite prosecutions⁴³ and again in August 2001 in the nucleotides prosecutions.⁴⁴

Trend: The United States Is Increasing The Penalties For Firms And Their Executives That Come In Late

Firms. The Antitrust Division is getting tougher all the time on firms that come in very late in an investigation and/or are the last firms to reach a disposition in an investigation.

The recent criminal proceedings against Daicel Chemical Industries, Ltd. and Ueno Fine Chemicals Industry Ltd. and each company's executives, discussed above, provide the most striking examples yet of the costs of being a late finisher. Daicel was fifth in the prosecutor's door, trailing behind an amnesty applicant and three earlier finishers in seeking to resolve its criminal exposure. Daicel reached a disposition 22 months after Eastman Chemical Co. pled guilty and cooperated in the investigation. The other firms, in order, that entered into plea agreements – Eastman Chemical Co., Hoechst AG, and Nippon Gohsei – paid fines of \$11 million, \$36 million, and \$21 million, respectively. Daicel paid a fine of \$53 million. But more important than the fine amounts are the proportionality comparisons. Compared to Eastman, for example, Daicel paid a fine that was 10 percent higher as a percentage of volume of affected commerce; if Daicel had paid Eastman's percentage, it would have paid a fine nearly \$20 million lower. In addition to fine as a percentage of volume of affected commerce, the Antitrust Division relies on another measure to ensure its objective of proportionality: fine as a percentage of the

⁴³U.S. v. Masaru Endo, Shigeo Yasuda, and Akira Hashimoto, (E.D. Pa. 2001). A Federal Grand Jury indicted Endo, Yasuda, and Hashimoto, each an executive at Ividen Co. Ltd., a firm that agreed to plead guilty in July 2001 to participating in an international cartel to fix the prices of non-machined and semi-machined isostatic graphite (a carbon product with unique properties used in electrical discharge machinery, metal casting, and the semi-conductor industry). All three are Japanese citizens.

⁴⁴U.S. v. Tamon Tanabe, (N.D. Tex. 2001). A Federal Grand Jury indicted Tanabe, a Japanese citizen and an executive of Ajinomoto Co. Inc., which agreed to plead guilty in August 2001 to participating in a worldwide conspiracy to fix the prices of, and allocate customers for, nucleotides (a food flavor enhancer). Ajinomoto agreed to a fine of \$6 million for its role in the conspiracy.

Sentencing Guidelines minimum. Looking to that measure, in the sorbates investigation, each of the three higher-placed finishers that offered their cooperation before Daicel received fines significantly below the Sentencing Guidelines minimum, whereas Daicel paid the full (100 percent) Sentencing Guidelines minimum.

The prosecution against Philipp Holzmann AG in the construction industry provides another example of the costs to a firm of reaching a disposition very late in the investigation, even if not very far down in the sequence of firms coming in. Holzmann was only number three in the prosecutor's door, but the company came in several months after number two and over four years after it was on notice of the criminal investigation. Holzmann paid a fine of \$30 million, which was 48 percent of the volume of affected commerce and 135 percent of the Sentencing Guidelines minimum – high percentages reflecting the Division's tough stance regarding firms that come forward very late.

Officials from the Antitrust Division addressed these fine measures in connection with a hypothetical exercise at the ABA Advanced International Cartel Workshop in New York City in February 2001.⁴⁵ The Division has used hypothetical exercises at previous ABA Workshops to provide general guidance to the antitrust bar on its current practices.⁴⁶ In the hypothetical at the Advanced International Cartel workshop, the Division insisted on a fine that was 126 percent of the Sentencing Guidelines minimum for the third firm in the prosecutor's door, behind an amnesty applicant and one firm that entered into an earlier plea agreement; and for the fourth firm, insisted on a fine that was 150 percent of the Sentencing Guidelines minimum.

Not only are Antitrust Division prosecutors seeking fines that are a higher percentage of the Sentencing Guidelines minimum for firms coming in late, they have now begun a practice that increases the minimum. This is accomplished by giving less credit in the Sentencing Guidelines calculation for cooperation received late in an investigation, which is, of course, worth less to the Division – an approach that conforms with instructions in the Sentencing Guidelines.

As a reminder, for antitrust offenses the Sentencing Guidelines use 20 percent of the volume of affected commerce to establish a base fine. The

⁴⁵American Bar Association Section of Antitrust Law, Advanced International Cartel Workshop, New York, New York, February 15-16, 2001.

⁴⁶American Bar Association Section of Antitrust Law, Advanced Criminal Antitrust Workshop, Phoenix, Arizona, February 20-21, 1997; American Bar Association Section of Antitrust Law, Advanced Criminal Antitrust Workshop, New York, New York, April 30-May 1, 1998.

base fine is adjusted by minimum and maximum multipliers derived from a culpability score, the net result of upward and downward adjustments based on various factors in aggravation and mitigation. One factor in mitigation is "if the organization fully cooperated in an investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility," and calls for a two-point reduction in culpability score.⁴⁷ However, the Sentencing Guidelines place a qualifier on that two-point reduction: "To qualify for a reduction under [the cooperation factor], cooperation must be both timely and thorough. To be timely, the cooperation must begin essentially at the same time as the organization is officially notified of a criminal investigation."⁴⁸ If the firm offering to cooperate later in an investigation does not meet this standard, then the Division may give it credit only for "clearly demonstrat[ing] recognition and affirmative acceptance of responsibility," which calls for a one-point reduction in the culpability score.⁴⁹ Of course, the cooperation of such a firm may still have value, in which case the Division will factor that into its recommendation as to the appropriate fine within the Sentencing Guidelines range. But, such a firm will still receive only a one-point reduction in its culpability score in determining the base fine multiplier.

What difference does one point make? Plenty. Every point in culpability is worth 0.2 in the minimum multiplier and 0.4 in the maximum multiplier (e.g., a culpability score of 7 equates to a 1.4 minimum multiplier and 2.8 maximum multiplier; 8 equates to a 1.6 minimum multiplier and a 3.2 maximum multiplier).⁵⁰ Thus, in practical application, a one-point higher culpability score results in an increase of 20 percent of the base fine as a minimum and 40 percent of the base fine as a maximum. So, on an affected volume of commerce of, say, \$250 million, the base fine would be \$50 million, and the difference between qualifying for a 2-point reduction for timely cooperation, versus only getting credit for acceptance of responsibility, would be a \$10 million increase in the minimum fine and a \$20 million increase in the maximum fine.

The Division gave only a one-point reduction to Phillip Holzmann AG, which increased its culpability score one point (from 8 to 9), its multiplier from 1.6 to 1.8, and the minimum Sentencing Guidelines fine by \$2.5 million. Obviously, determining the increase in the minimum fine is only the first step in computing the cost of being late; the second step is multiplying

⁴⁷U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(g)(2) (2000).

⁴⁸U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(g)(2), cmt. n.12 (2000).

⁴⁹U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(g)(3) (2000).

⁵⁰U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(g)(3) (2000).

the higher minimum fine by a higher percentage (here, 135 percent) – also for being late – to arrive at the fine paid.

Similarly, at the Advanced International Cartel Workshop hypothetical exercise, discussed above, the Division was willing to credit the third and fourth place firms to deal with the prosecutors with only a one-point reduction, instead of a two-point reduction for timely cooperation.

Executives. The greatest cost to the company and its executives, as a group, for coming in late in an investigation has nothing to do with money: it is the treatment of their culpable executives.

In the sorbates prosecutions, each of the first three finishers after the amnesty applicant was required to carve out just one individual, and the individuals were offered *fine-only, no-jail* dispositions. In stark contrast, as discussed in Section II above, the government carved out four individuals from the plea agreement with fifth-place finisher Daicel, and, since none entered plea agreements and all four were indicted, one can assume that the government is seeking prison sentences for some or all of them.

The executives from sixth-place Ueno, even though it had a far lower volume of affected commerce than Daicel, received similarly harsh treatment: four of its top executives were carved out of the company's plea agreement with the government and three have been indicted thus far, suggesting that the Division is also seeking jail sentences rather than fine-only dispositions for them as well.

C. ENHANCING THE RISK OF DETECTION

This third element of the Department of Justice's plan for detecting and deterring cartel activity is based on the premise that reporting by participants, and therefore cartel detection, is a function of the risk and fear of being caught. If that risk is perceived as small, then severe penalties will not be sufficient to deter cartel activity. Likewise, if cartel participants do not fear detection, they will not be incentivized to report their wrongdoing to authorities in exchange for leniency. Therefore, antitrust authorities must in fact enhance the likelihood of cartel detection in order to promote increased self-reporting.⁵¹ The Antitrust Division implemented four strategies to further enhance the risk of detection, and those strategies have become trends: application of an "Amnesty Plus" Program, coupled with the "omnibus question" practice; the "Penalty Plus" practice; proactive investigations; and increasing cooperation among antitrust authorities worldwide.

⁵¹See "Lessons Common To Detecting and Deterring Cartel Activity," supra, at 7-8.

Trend: The “Amnesty Plus” Program, Coupled With The “Omnibus Question” Practice, Are Significantly Increasing The Risk Of Detection

As the Antitrust Division gained experience in international cartel investigations and developed a docket of international prosecutions in the last half of the 1990s, a pattern emerged: roughly one-half of the investigations were initiated as a result of evidence developed during an investigation of a completely separate market. The pattern remains, as the Division continues to initiate approximately one-half of its international cartel investigations as spin-offs of ongoing investigations.⁵²

This pattern, and the potential for generating even more spin-off investigations, led the Division to take a proactive approach to attracting amnesty applications by encouraging subjects and targets of investigations to consider whether they may qualify for amnesty in other markets where they sell. The Division established and implemented a program referred to as “Amnesty Plus.”

Amnesty Plus results when a company is negotiating a plea agreement in a current investigation and seeks to obtain more lenient treatment in its plea agreement by offering to disclose the existence of a second, unrelated conspiracy. In such a case, the company that reports the second conspiracy and cooperates in the resulting investigation will receive amnesty for and pay no criminal fines in connection with the second offense, and none of its officers, directors, or employees who cooperate will be prosecuted criminally in connection with that offense. Plus, the company will receive a substantial additional discount from the Division in the calculation of the fine for its participation in the first conspiracy. Many of the Division’s international cartel investigations have resulted from such Amnesty Plus spin-offs of ongoing investigations of international cartels.⁵³

The Amnesty Plus program’s objective of encouraging disclosure of other cartels is bolstered by another significant generator of leads to additional cartel activity. This cartel detection device is the result of the now-standard practice of Antitrust Division attorneys to employ the “omnibus question” at the conclusion of a witness interview or grand jury interrogation.

⁵²See Antitrust Division Status Report: Corporate Leniency Program, supra.

⁵³“Status Report on International Cartel Enforcement,” speech by Belinda A. Barnett, Senior Counsel to the Assistant Attorney General, Antitrust Division, before the Antitrust Law Section, State Bar of Georgia (November 30, 2000).

Division attorneys pose the omnibus question after examining a witness about anticompetitive activities in connection with a specific product(s) in the subject industry. The question goes something like this: “Do you have any information whatsoever, direct or indirect, relating to [description of conduct: *e.g.*, price fixing, bid rigging, market allocation] with respect to other products in this industry or in any other industry?” The witness must answer the question, and must answer it truthfully, or he/she not only would lose whatever protection he/she would otherwise have had for his/her statements, but also would be subject to the penalties of perjury or making false statements or declarations.

In the international cartel context, the omnibus question comes up most commonly in three situations: a cooperating director, officer, or employee being interviewed pursuant to the Antitrust Division’s conditional amnesty agreement with his/her firm; a cooperating director, officer, or employee being interviewed pursuant to the cooperation provisions of the Antitrust Division’s plea agreement with his/her firm; or, an executive being interviewed pursuant to the cooperation provisions of his/her separate plea agreement with the Antitrust Division.⁵⁴ Conditional amnesty agreements and plea agreements have iron-clad, unambiguous requirements regarding a director’s, officer’s, or employee’s obligation to respond fully and truthfully to all inquiries of the United States. There is no wiggle room and no basis for not answering the question, no matter what the collateral implications are to the firm sponsoring the witness pursuant to the cooperation requirements of a conditional amnesty agreement⁵⁵ or plea agreement.

The omnibus question has uncovered many cartels and spawned many investigations. Government prosecutors, private practitioners, and company counsel alike know from experience that executives who have colluded on one product are more likely to have colluded on another or at least have knowledge of collusion. The omnibus question is a no-cost method to test the odds and is often a winner for the government.

⁵⁴The omnibus question is also asked in grand jury interrogations, but to date that has been a less common method of developing evidence of cartel activity in the subject investigation and in spin-off investigations.

⁵⁵However, it is the Antitrust Division's policy to protect amnesty applicants if, as a result of the company's good faith efforts to make knowledgeable employees available, their executives disclose additional antitrust offenses that were not reported in the original amnesty application. The scope of coverage of the conditional amnesty agreement will be expanded, as long as the company can meet the amnesty criteria and its cooperation obligations, to extend the amnesty protection for the company and the executive(s) to the newly revealed activity.

There is a synergy between the Amnesty Plus program and the omnibus question practice that reinforces the potential of each to uncover cartel activity. For example, assume counsel for the firm sponsoring an executive pursuant to the cooperation provisions of its plea agreement on the subject product becomes aware that the executive participated in, or has knowledge of, cartel activity in a second product. Since that information will necessarily be disclosed in any event by the executive when the Antitrust Division attorneys pose the omnibus question, counsel will often decide to formally make an amnesty application on the second product in order to obtain an additional discount from the fine on the subject product pursuant to the Amnesty Plus program.

Trend: The United States Has Instituted A "Penalty Plus" Factor, Further Enhancing The Risk of Detection

The Antitrust Division now takes the position that, if a company has the opportunity for an amnesty-plus disclosure and rejects it in favor of non-disclosure, it will seek a substantial increase in the penalty against the company for its failure to report the second offense. This increases the incentive for each company in this situation to report the second offense and, therefore, enhances the risk that the cartel will be detected. This increase in penalty is referred to as "Penalty Plus," and results when a company was knowledgeable about a second offense, elected not to report it, the Antitrust Division later detects the second offense, discovers the company's nondisclosure election, and successfully prosecutes the company for that offense. Then the Division will urge the sentencing court to consider the company's and any culpable executive's failure to report as an aggravating sentencing factor. The Antitrust Division will request the court impose a term and conditions of probation and will pursue a fine or jail sentence *at or above the upper end of the Guidelines range*. For a company, the failure to self-report under amnesty-plus circumstances could mean the difference between no fine at all on the second product under Amnesty Plus and a fine as high as 80 percent of the volume of affected commerce under Penalty Plus. For the executives, it could mean the difference between no jail and a lengthy jail sentence.⁵⁶

⁵⁶See discussion of Penalty Plus in "When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?", *supra*, at 7.

Trend: The United States Is Increasing Its Use Of Proactive Investigations, Still Further Enhancing The Risk Of Detection

At the aforementioned Advanced International Cartel Workshop, the Department of Justice's Antitrust Division revealed, for the first time publicly, that the enforcement agency has proactive efforts underway to detect international cartels.⁵⁷ The proactive efforts are a targeted and focused undertaking, directed at markets in industries where the Division has information that collusion has occurred or where the Division has had leads or prosecutions in adjacent industries.⁵⁸ The proactive efforts generally take advantage of the Division's experience in the subject or adjacent industries and its knowledge about how collusion occurred and where to look for evidence.⁵⁹

The Division announced it was willing to disclose one industry in which it has proactive efforts underway to detect international cartel activity: commodity chemicals – an industry where the Division has been so active in international cartel prosecutions that the disclosure is not likely to jeopardize any covert investigations. Active, indeed. To date, the Division has prosecuted cases involving 16 commodity chemicals, brought criminal charges against 31 corporations and over 35 individuals, and obtained \$1.2 billion in corporate fines and jail sentences for 14 executives.

The Division has learned that, structurally, international cartels occur in highly concentrated industries with few significant competitors, that small firms on the fringes do not destabilize an effective cartel, that the cartels sell standardized products where price competition is more important than other forms of competition, and that cartels prosper even in the face of large, sophisticated customers.⁶⁰

The bedrock agreements of these cartels are volume- or market-share allocation agreements, price-fixing agreements around the world, and perhaps bid rigging on individual accounts. Other common characteristics include the involvement of very high level executives, meetings outside the United States, cartel “budgets,” “scorecards” and other detailed schemes for reporting and tracking sales volumes in order to police the agreement, “com-

⁵⁷Remarks by Phillip H. Warren, Assistant Chief, San Francisco Office, Antitrust Division, U.S. Department of Justice at the panel on “Detection of International Cartels,” Advanced International Cartel Workshop, *supra*.

⁵⁸*Id.*

⁵⁹*Id.*

⁶⁰*Id.*

pensation” schemes to deal with firms being “over or under budget” or cheating, and elaborate measures to prevent evidence from being created.⁶¹

Phillip Warren, an Antitrust Division official with extensive experience prosecuting international cartels, shared a few of the Division’s proactive activities in the organic chemicals industry: subscribing to industry trade publications, including the *Chemical Marketing Reporter* (a weekly newspaper that reports on price movements, changes in capacity, mergers and acquisitions), used in some cartels as a way for one firm to announce price increases to other firms which they were to follow; pursuing every lead in the industry, even thin leads, very aggressively; rolling investigations in one market to other markets, such as when a firm involved in cartel activities in one market also is a significant player in a related market, or when an executive who has been involved in cartel activity on one product also has had marketing responsibilities within the same firm for another product; and working with representatives of large purchasers of products where there is reason to suspect those products could have been subject to cartel agreements.⁶²

Mr. Warren stated that, although the Antitrust Division was willing at this time to make public just this one example of a proactive investigation, it would be a mistake to think the Division was not doing proactive work in many different industries. For firms around the world wondering if they are targets of proactive investigations, the Division’s experience, as noted by Mr. Warren at another point in his presentation, is that the greater number of firms involved in international cartel activity are located in Europe and Asia.

Trend: The Increasing Cooperation Among Antitrust Authorities Worldwide Means Cartel Participants Have Fewer Safe Places To Hide And Face A Greater Likelihood of Prosecution

⁶¹Id.; see also “An Inside Look At A Cartel At Work: Common Characteristics of International Cartels,” speech by James M. Griffin, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before the ABA Antitrust Section 2000 Spring Meeting (April 6, 2000); “International Cartels: The Intersection Between FCPA Violations and Antitrust Violations,” speech by Gary R. Spratling, then Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, before American Conference Institute National Conference on Foreign Concept Practices Act (December 9, 1999).

⁶²Mr. Warren pointed out that large purchasers, as potential victims, are anxious to cooperate, given the billions of dollars awarded to victims of international cartels in civil settlements in the last few years; and that such firms’ purchasing agents typically are very sophisticated and can provide records and analyses of their purchases, descriptions of interactions with sellers, anomalous pricing patterns, and suspicious comments made by sellers’ sales and marketing personnel.

Over 80 countries now have antitrust laws – most of them enacted during the past five or ten years – and nearly 25 other countries are in the process of drafting such laws. There are many differences in the purposes and provisions of these laws. There are also enormous disparities in the enforcement resources and priorities in these various countries. But there is nearly universal agreement among antitrust authorities that hard-core international cartels are harmful to every affected country and should be stopped.

This common commitment to stamping out international cartels has resulted in a sea change in the level of cooperation among antitrust authorities. The current level of international cooperation far exceeds even the most optimistic expectations of enforcers two or three years ago. Signaling the sea change was an unprecedented, two-day International Anti-Cartel Enforcement Workshop hosted by the U.S. Department of Justice Antitrust Division on September 30-October 1, 1999. The attendees included anti-cartel investigators and litigators from across the United States and nearly 50 anti-cartel enforcers from 28 other jurisdictions on six continents. The panelists, from over a dozen different enforcement agencies, led discussions on topics ranging from leniency (amnesty) policies, to investigatory and prosecutorial mechanisms and policy, to methods of building an anti-cartel enforcement program, to cooperation among antitrust authorities in cartel investigations and prosecutions. Friendships were formed, professional relationships enhanced, improved methods of communication discussed, and new procedures for cooperation established. The effects were immediate, including an enormous increase in the frequency of communication among the most active antitrust authorities. The second anti-cartel enforcement workshop, modeled on the first, was held on November 21 and 22, 2000 in Brighton, England and hosted by the U.K.'s Office of Fair Trading, and was attended by enforcers from 27 other jurisdictions. The enforcers will meet for the third time next week in Ottawa, this time hosted by the Canadian Department of Justice and the Canadian Bureau of Competition.

In addition to these private, enforcers-only conferences, there has been a sharp rise in bar association programs on anti-cartel enforcement. A year ago, in September 2000, the 3rd Nordic Competition Policy Conference in Stockholm had as its theme, "Fighting Cartels – Why and How?", reflecting "the growing concern in Sweden, as well as internationally, for the detrimental effects of cartels on society."⁶³ The ABA's Advanced International Cartel Workshop in February 2001 confirmed the extraordinary interest in anti-cartel

⁶³Conference Brochure, The 3rd Nordic Policy Conference: "Fighting Cartels – Why and How?", Stockholm, Sweden (September 11-12, 2000).

enforcement among enforcers, private practitioners, and corporate counsel from around the globe. The Workshop drew 165 participants, nearly 50 from outside the United States, including enforcement officials from 11 countries on five continents and private practitioners with similar geographic diversity.

III. THE CONVERGENCE BETWEEN THE CARTEL ENFORCEMENT POLICIES OF NORTH AMERICAN AUTHORITIES AND THE EUROPEAN UNION

As explained in connection with the trend discussed above, "Increasing Numbers of Cartel Participants Are Self-Reporting Under the U.S. Amnesty Program" (beginning at page 5), the United States revised its amnesty policy in 1993 to make it easier and more attractive to self-report. There were three major revisions made to the amnesty program: (1) amnesty is automatic if there is no pre-existing investigation; (2) amnesty may still be available even if cooperation begins after the investigation is underway; and (3) all officers, directors, and employees who cooperate are protected from criminal prosecution.⁶⁴ At the time, these features distinguished the U.S. amnesty/immunity policy for antitrust offenses from not only any other amnesty/immunity policy in the United States, but, continuing until 2000, any other amnesty/immunity in the rest of the world as well.

In 2000, Canada adopted its own revised immunity policy that has virtually the same features as the United States' policy: automatic amnesty, the availability of amnesty even after the government has begun its investigation, and protection for officers, directors, and employees who cooperate.

Countries outside of North American have also developed or are developing amnesty or immunity policies that provide guarantees analogous to those in the United States' policies (except for provisions protecting individuals from prosecution in those jurisdictions where there is no liability for individuals who participate in a cartel). Countries outside of North America with existing policies include the EU, the UK, Germany, Australia, and Brazil, and more are on the way.

The EU's current leniency policy, adopted in 1996, provides for fine reductions or even a complete exemption from fines for the first cartel partici-

⁶⁴See U.S. Department of Justice, Antitrust Division Corporate Leniency Policy (August 1993).

pant to inform the Commission of a cartel's existence.⁶⁵ In order to qualify for such a reduction, the reporting entity must meet certain conditions: (1) it must notify the Commission before the Commission begins an investigation, so long as it does not already possess sufficient information to establish the existence of the cartel; (2) it must provide decisive evidence of the cartel's existence; (3) it must not have compelled another entity to take part in the cartel, have acted as an instigator, or have played a determining role in the cartel's activities; (4) it must have terminated its involvement at or earlier than the time it reports its activities; and (5) it must fully cooperate and provide all of the relevant evidence in its possession.

The Commission's two international cartel decisions in 2001 suggest that it is placing greater reliance on the price-reduction provisions of the Leniency Notice to aid in its prosecutions, and cartel participants are beginning to be successful in obtaining the potential benefits under the Notice. In the graphite electrodes decision earlier this year, the Commission granted Showa Denko a 70 percent reduction in its fine for its cooperation after the Commission executed its "dawn raids," the first time any company received a substantial fine reduction under the leniency notice. And just recently, one of the defendants in the sodium gluconate prosecution, Fujisawa, received an 80 percent reduction in its fine – the largest reduction yet granted by the Commission under its current Notice. Fujisawa came forward to cooperate and provide evidence after the Commission issued a request for information but before it conducted a "dawn raid." All of the other defendants in the sodium gluconate prosecution received fine reductions of either 20 or 40 percent for their cooperation. However, the fact remains that the EU has not yet granted a total exemption from (or 100 percent reduction in) fines to even one firm!

Approximately four months ago, the European Union issued for comment a draft Notice of a revised leniency policy, one that moves toward the United States and Canadian policies by providing immunity from fines to the first entity to report illegal activities and reduced fines for the second, third, and subsequent entities that report such activities.⁶⁶ The key provisions of the policy include:

- *Immunity from fines* for the first entity that reports activities of which the Commission was previously unaware. The reporting entity must meet certain requirements in order to qualify for immunity: terminate its in-

⁶⁵Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases (July 18, 1996).

⁶⁶Draft Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, July 18, 2001.

volvement in the illegal activities, provide evidence sufficient to support a "dawn raid," and fully cooperate with enforcement authorities, including providing all information and evidence in its possession. The policy also requires that the applicant not have coerced other parties into participating in the illegal activities through economic strength or other means. The revised policy would allow a party to first present information about the cartel activities (description of the activities, geographic market, participants, size of the market) in hypothetical terms. It also allows the Commission, after determining that the party meets the requirements of the Notice, to provide in writing a conditional grant of immunity from fines. The EU will not provide a final grant of immunity until it issues its decision at the completion of the matter.

- *Reduction in fines* of up to fifty percent for the parties that follow the immunity applicant in the door. The reduction will be granted on a sliding scale according to when the parties meet the requirements of the Notice: the first entity is eligible for a fine reduction of 30 to 50 percent, the second a reduction of 20 to 30 percent, and subsequent entities a reduction of up to 20 percent. In order to qualify for a reduction, parties must offer evidence that provides "significant added value" to the evidence that the Commission already possesses, as well as terminate their involvement in the activities. Parties will not receive notice of any reduction until the Commission issues its final decision.

The proposed revisions represent a significant step forward by the Commission toward encouraging parties to report their illegal activities, particularly by providing for full immunity from fines for the first entity in the door, as well as more significant reductions for subsequent cooperators. The revised policy, in ways that the previous policy did not, provides a measure of transparency and certainty – prerequisites to self-reporting and cooperation by antitrust offenders.⁶⁷ However, as the American Bar Association's Sections on Antitrust Law and International Law and Practice noted in their comments on the draft Notice, there are aspects of the new policy that will blunt the positive impact of the changes and, in some instances, may actually have the effect of discouraging parties to self-report:

- The Commission provides no opportunity for parties to receive full immunity if they report activities after the Commission has already begun

⁶⁷See "Transparency in Enforcement Maximizes Cooperation from Antitrust Offenders," *supra*.

an investigation. This will obviously discourage entities from reporting their activities if they know, or *believe*, an investigation has begun, and, because other enforcement authorities do provide such an opportunity, it will leave companies open to disparate treatment by various jurisdictions. Enforcement authorities in the United States have found that entities who report after the opening of an investigation are a prolific source of information that have greatly aided their prosecution efforts. The cartel investigations that have generated the largest fines, including the vitamins and graphite electrodes prosecutions, all began before – sometimes years before – the first entity came in to self-report.

- The requirement that immunity applicants provide sufficient evidence to support a "dawn raid" is too ambiguous and provides too few incentives to assure applicants that the benefits of self-reporting outweigh the risks. The draft Notice provides no guidance as to what constitutes sufficient information, nor does it promise that an entity that provides information that the Commission ultimately decides is insufficient will not be prosecuted based on the very evidence it provides. The policy incentivizes waiting, investigating, and gathering evidence, as opposed to prompt reporting. The United States and Canada have no such minimum evidentiary requirement. Those jurisdictions require only that an applicant make a full disclosure of all of the evidence in its possession, even where that information, while useful and even essential, would not be sufficient to support a search warrant, for example.

- The requirement that an entity not have coerced others by using its economic strength could have the effect of discouraging larger, stronger entities, often those with the most information, from reporting for fear that their success could be held against them in the immunity process. The United States and Canada have found that economic markers such as profitability or size of the relevant market share are not predictive enough to support a presumption that economic strength necessarily equals coercion, and that other factors frequently enable one company to coerce others.

- With respect to the proposed fine reductions, the Commission does not take into account the possibility that subsequent cooperators will provide information of tremendous value to a case – cooperation that is worth more than a fifty percent reduction. The immunity applicant may provide information to support a dawn raid, but no more; in the United States' experience, however, subsequent cooperators often provide the kind and quality of evidence needed to actually prosecute the case.

- The provision that the Commission will wait until it issues a final decision before it determines the amount of an entity's fine reduction creates the kind of uncertainty that will cause many entities to pause – and per-

haps permanently retreat – before reporting their conduct. Written and timely notice of the conditional amount of the reduction, akin to the conditional notice of immunity provided for in this revised Notice, will more likely provide the certainty that a Board of Directors will demand before reporting their company's behavior.

The Commission may modify the final version of the Notice, based on the comments it receives, to remove the disincentives to self-reporting. Such modifications would lead to a convergence between the European and North American leniency/immunity policies and would ensure consistent treatment of cooperating parties across jurisdictions, further increasing the likelihood that cartel behavior will be detected and prosecuted.

Very recently, enforcement authorities from around the world took an even more concrete step toward continued, effective cooperation by creating the International Competition Network (ICN). The purpose of the ICN is to provide a means for antitrust officials to "work to reach consensus on proposals for procedural and substantive convergence in antitrust enforcement."⁶⁸ The ICN is intended to help developing and developed countries create effective means of addressing cross-jurisdictional issues in the civil and criminal arenas, with the goal of promoting and protecting competition in all countries. The interim steering committee of the group gives some indication of the breadth of its membership: Australia, Canada, the EU, France, Germany, Israel, Italy, Japan, Korea, Mexico, South Africa, the UK, the U.S., and Zambia. The first meeting is scheduled in Italy in the Spring of 2002. While the group will have no binding authority, it does intend to provide recommendations to be considered by the enforcement agencies of individual jurisdictions. It is anticipated that the group would likely recommend substantive convergence among even more countries on amnesty/immunity and fine reduction policies for self-reporting and cooperation.

CONCLUSION

The U.S. cartel enforcement trends addressed above, some now sev-

⁶⁸See "Reconciling Divergent Enforcement Policies: Where Do We Go From Here?" speech by Charles A. James, Assistant Attorney General, Antitrust Division, before Fordham Corporate Law Institute Conference on International Law and Policy (October 25, 2001); "U.S. and Foreign Antitrust Officials Launch International Competition Network," U.S. Department of Justice Press Release (October 25, 2001).

eral years old and others revealed only recently, have coalesced into an evolving, fully integrated master plan on the part of the U.S. Department of Justice to detect, investigate, and prosecute international cartels. The plan would appear to be very effective in rooting out cartel activity. On one end of the spectrum, the Antitrust Division is continuing to increase the incentives for early reporting and cooperation, promising a greater likelihood of detection through both proactive efforts and methods to encourage reporting in multiple product areas, and providing a means to reduce penalties in one product area in return for cooperation in another. At the other end of the spectrum, the Division has made the consequences for cartel behavior even more significant than they have been in the recent past: making penalties for corporations more severe, seeking jail sentences against foreign as well as domestic executives, ratcheting up the sanctions for firms and executives that come in late, and dramatically increasing the penalties for firms and executives that are latest in the door.

The key to the United States' success in detecting and prosecuting international cartels has been its amnesty/immunity policy,⁶⁹ coupled with its policy of significantly reduced penalties for subsequent cooperators. The story is the same in Canada. And now the EU, and other authorities, appear to be following suit, or at least moving in that direction. This convergence, and the promise of consistent treatment across jurisdictions, particularly if the EU removes the disincentives to self-reporting in the final version of the Notice, will result in ever-greater numbers of cartel participants self-reporting. It will also increase the challenges to general counsel and private practitioners – to general counsel to develop compliance programs that will prevent cartel activities; and, in the event a cartel infringement still occurs, to private practitioners to provide guidance to cartel participants, whether before or after detection of the cartel by an antitrust authority, on an integrated international strategy and the course of action in each country that will minimize overall exposure for the firm and its executives.

⁶⁹See text related to footnotes 10 through 13, *supra*.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º-
Alexandre, Leticia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação "extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
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
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
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
Carvalho, Carlos Eduardo	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4

Vieira de		
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
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
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 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
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 SE-AE 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
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
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	Discrecionariedade 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, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6

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
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
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
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
<i>Klajmic, Magali</i>	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
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Cláudia 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
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
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
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
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
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 <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	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	Os limites da liberdade contratual no direito da concor-	6-3

Paulo	rência	
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8-3
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 CA-DE	5-8
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
Rivière Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Per- nomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luís Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilher- me	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Spindola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1

Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n. o
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE - Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração 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 Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3

42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	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 Willianmas 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
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	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. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. 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 Chemicals Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Compans e Innova	7-1
29/95	Caraíba	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 investimeto s/a; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo	1-1

	Roussel S/A	
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 Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11

40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e 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 Officio 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 Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P dde 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. Qímicas	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

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./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 Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens	4-1

Noguchi e Pedro Dutra	
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	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” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	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 Nº 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.	6-4

Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	
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)	6-4

Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 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 Policu - 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

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br