

REVISTA DO

**IBRAC**

10 anos

Instituto Brasileiro de Estudos  
das Relações de Concorrência e de Consumo

Doutrina  
Jurisprudência  
Legislação

volume 10 número 2

**2003**

# REVISTA DO IBRAC

*DOCTRINA*

*JURISPRUDÊNCIA*

*LEGISLAÇÃO*

São Paulo

Volume 10 número 2 - 2003

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](http://www.ibrac.org.br)  
[ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)**

**VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE  
DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

**8<sup>TH</sup> INTERNATIONAL SEMINAR IN  
COMPETITION POLICY**

***29-30 DE NOVEMBRO DE 2002  
Brasília - DF Brasil***

Damos a público a transcrição das apresentações e debates havidos no *VIII Seminário internacional de defesa da concorrência*. Os textos foram editados ao ponto de conferir-lhes melhor legibilidade mas conservam ainda o registro oral que caracterizou o encontro. Registramos nossos agradecimentos aos palestrantes que gentilmente cederam seus 'slides' e nos ajudaram a enriquecer este número da Revista do IBRAC.

## SUMÁRIO

<b>Abertura / Opening .....</b>	<b>5</b>
Ubiratan Mattos .....	5
Werter Faria .....	6
Rui Coutinho do Nascimento.....	7
Gesner Oliveira.....	9
João Grandino Rodas .....	12
Cláudio Considera.....	16
Elisa Ribeiro .....	20
Carlos Francisco de Magalhães .....	21
<b>PAINEL I .....</b>	<b>25</b>
Laércio Farina .....	25
Enrico Raffaelli.....	26
Pedro Dutra.....	46
Roberto Pfeiffer .....	55
Debates .....	75
<b>PAINEL II.....</b>	<b>89</b>
Mauro Grinberg .....	89
William Rowley .....	90
Michael Reynolds .....	116
Debate 1 .....	122
William Blumenthal.....	127
Cláudio Considera.....	156
Ronaldo Macedo.....	163
Debate 2.....	170
<b>PAINEL III .....</b>	<b>183</b>
Arthur Barrionuevo.....	183
Pietro Ariboni .....	183
Cleveland Prates Teixeira .....	193
Fernando Marques .....	213
Paula Forgioni.....	234
Mario Possas .....	241
<b>PAINEL IV.....</b>	<b>261</b>
Túlio Coelho .....	261
Vera Thorstensen .....	263
Elizabeth Farina .....	272
Debates .....	283
Encerramento Ubiratan Mattos .....	300



**VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA  
CONCORRÊNCIA**

**8<sup>th</sup> INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY**

**29-30 de NOVEMBRO de 2002**

**Brasília - DF Brasil**

**SEXTA-FEIRA 29 DE NOVEMBRO 9: 00 HORAS / FRIDAY NOVEMBER 9:00 A. M.**

**ABERTURA / OPENING**

Ubiratan Mattos - *Presidente do IBRAC*

João Grandino Rodas - *Presidente do CADE*

Cláudio Considera - *Secretário de Acompanhamento Econômico*

Elisa Silva Ribeiro Baptista de Oliveira - *Secretária de Direito Econômico*

Werter R. Faria - *ex-Presidente do CADE*

Rui Coutinho do Nascimento - *ex-Presidente do CADE*

Gesner Oliveira - *ex-Presidente do CADE*

**PAINEL I** - O abuso do poder econômico – a experiência comparada : prevenção, repressão e estrutura administrativa / *Abuse of economic power - compared experience : prevention, repression and administrative structure*

Laércio Farina (Chairman)

Enrico Raffaelli - *Studio Legale Rucellai & Raffaelli*

Pedro Dutra - *Advogado*

Roberto Pfeiffer - *Conselheiro do CADE*

**PAINEL II** - O controle dos atos de concentração segundo as melhores práticas internacionais / *Merger control under the best international practices*

Mauro Grinberg (Chairman)

William Blumenthal - *King & Spalding - Washington - USA*

William Rowley - *Macmillan Binch - Toronto - Canada*

Michael Reynolds - *Allen & Overy - Bruxelas - Bélgica*

Cláudio Considera - *Secretário de Acompanhamento Econômico*

Ronaldo Porto Macedo - *Conselheiro do CADE*

**18:00 HORAS - ENTREGA DO PRÊMIO IBRAC-ESSO 2002 / AWARDING OF  
IBRAC/ESSO PRIZE**

**PAINEL III** - Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial / *Vertical restrictions and abuse of industrial property rights*

*Arthur Barrionuevo* (Chairman)

Mário Possas - ***Economista - professor titular da UFRJ***

Paula Forgioni - ***Advogada, prof. da FGV-SP e da Fac. de Direito da USP***

Pietro Ariboni - ***Advogado***

Fernando Marques - ***Conselheiro do CADE***

Cleveland Prates Teixeira - ***Conselheiro do CADE***

**PAINEL IV** - Comércio e concorrência / *Trade and competition*

*Túlio do Egito Coelho* (Chairman)

Vera Thorstensen - ***Assessora Especial da Missão Brasileira em Genebra***

Elizabeth Farina - ***Economista, Chefe do Dep. de Economia da FEA - USP***

**ABERTURA / OPENING**

Ubiratan Mattos - *Presidente do IBRAC*

João Grandino Rodas - *Presidente do CADE*

Cláudio Considera - *Secretário de Acompanhamento Econômico*

Elisa Silva Ribeiro Baptista de Oliveira - *Secretária de Direito Econômico*

Werter R. Faria - *ex-Presidente do CADE*

Rui Coutinho do Nascimento - *ex-Presidente do CADE*

Gesner Oliveira - *ex-Presidente do CADE*

Carlos Francisco de Magalhães - *ex-Presidente do IBRAC*

**UBIRATAN MATTOS**

Bom dia a todos. Esta é uma data muito importante para nós todos porque estamos celebrando dez anos de fundação do Ibrac. E, só para aqueles que não conhecem a história do Ibrac, vale a pena talvez, lembrar como ele surgiu.

O Ibrac nasceu de uma idéia ocorrida num evento. Foi no primeiro evento de defesa do consumidor realizado em Gramado e organizado pelo Ministério Público. Um grupo de advogados presentes àquele evento sentiu uma certa preocupação de não existir, então, um interlocutor do fornecedor e a idéia foi justamente a de se criar o Idec do fornecedor.

Esta foi a idéia inicial e o Ibrac se consolidou como um instituto de defesa, não do consumidor, mas da concorrência e das relações de consumo. E mais recentemente se incorporou aos seus objetivos a defesa comercial.

Foram anos de muitas realizações, nós estamos fazendo o 8.º seminário internacional; realizamos nesse período 2 seminários de defesa comercial, lançamos a *Revista do Ibrac*, com 60 números já publicados, que é uma fonte importante de consulta e de divulgação da cultura da concorrência.

Mais recentemente fizemos o *Clipping do Ibrac* de circulação eletrônica e dentro desse laboratório de idéias e com a colaboração e participação efetiva de todos os associados do Ibrac, lançamos o concurso de monografia que está na sua 3º edição. Inicialmente voltado a alunos de graduação e depois alunos de pós-graduação.

Este ano de 2002 foi um ano particularmente ativo, agitado eu diria. Nós lançamos no início do ano, em Madri, o Instituto Ibero-Americano da Concorrência que entra efetivamente em operação a partir de janeiro 2003,

inicialmente reunindo Portugal, Espanha e Brasil, sob a liderança do Brasil, e depois com a entrada do México, Argentina e outros países da região.

Nos comprometemos também neste ano, a desenvolver um programa muito ambicioso na área de defesa comercial. Estamos criando um núcleo de especialistas na OMC e na rodada de Doha, mais um núcleo de treinamento de advogados para o órgão de solução de controvérsias da OMC, com o apoio do Itamaraty.

Foi um ano de muitas realizações e é particularmente significativa esta mesa, porque ela conta um pouco da história da concorrência no Brasil. À minha esquerda, Dr. Werter Faria, Presidente do CADE no período de 85 a 90 que, para nossa comunidade é uma figura ímpar por tudo o que representou no desenvolvimento do CADE; não seria exagero eu dizer que o Dr. Werter Faria sedimentou a atuação do CADE no Brasil, não obstante o CADE tenha sido criado em 1962. Depois do Dr. Werter Faria, tivemos o Dr. Rui Coutinho do Nascimento, Presidente do CADE de 92 a 96 que realizou igualmente um extraordinário trabalho e foi um dos grandes incentivadores do Ibrac. Naquela época o Ibrac estava praticamente nascendo e ele proporcionou ao Ibrac inúmeras oportunidades de participação e de colaboração com o CADE. Depois do Dr. Rui Coutinho, tivemos o Dr. Gesner Oliveira e seria absolutamente desnecessário ressaltar o trabalho realizado pelo Dr. Gesner. Ele traz consigo, além de todas as virtudes que o marcam, a de ter se tornado Diretor do Ibrac. E por último o Dr. João Grandino Rodas, grande amigo do Ibrac, que nos apoia em todas as nossas iniciativas, no âmbito do acordo de cooperação técnica que nós temos com o CADE. Esta mesa, repito, é muito representativa da história e no desenvolvimento da defesa da concorrência. Compondo a mesa o Dr. Cláudio Considera pela SEAE e a Dra. Elisa Ribeiro pela SDE.

Então com estas palavras, e com uma breve apresentação, eu declaro aberto o Seminário do Ibrac, dou as boas-vindas às Sras., aos Srs., distintas autoridades, e passo à palavra ao Dr. Werter Faria para que faça a sua saudação.

Muito obrigado.

## **WERTER FARIA**

Inicialmente, agradeço a referência elogiosa que me fez o Dr. Ubiratan e, em segundo lugar, quero expressar a minha satisfação de estar nesta mesa com Dr. Rui Coutinho, Dr. Gesner de Oliveira e Dr. João Grandino Rodas.

E essa satisfação é um tanto maior quando ela decorre do fato de que não é comum sucessores se tornarem ou continuarem sendo amigos, como aconteceu, e espero que isto nunca deixe de existir nas sucessões do CADE.

Uma das preocupações na - pode-se chamar - recriação do CADE, era a escassa, porém explicável, produção de artigos, monografias, livros sobre concorrência, porque era um tema que, se não desagradável, pelo menos pouco interessava aos governantes da época. Era uma verdadeira aflição para meus colegas a busca de elementos que nos socorressem na decisão dos casos que começavam a dar entrada no CADE. Daí, a publicação da revista de direito econômico que também tinha um objetivo secundário que era respaldar a disciplina de direito econômico que alguns contestavam a propriedade. Em segundo lugar, a promoção de seminários, inclusive internacionais, com o objetivo, que eu diria até desesperado, de trazer a consciência do meio acadêmico e do meio profissional da importância da concorrência e da necessidade da realização de estudos, volto a dizer, que eram imprescindíveis para os julgadores das questões que ingressavam no CADE. E assim, através de um contato da direção do CADE com os advogados, e graças à determinação de manter abertas as portas do CADE a todos advogados, foi que, com o passar do tempo, olhando para o que se sucedeu, pude verificar que aquilo pelo qual nos empenhávamos tanto deu como resultado, não só o funcionamento de um órgão que é o principal da América Latina, como também realização de muitos estudos, a publicação de muitos artigos, a defesa de muitas teses, em matéria de concorrência. O Ibrac é sem dúvida nenhuma o grande responsável pela difusão desta área de conhecimento e pelo apoio a todas as iniciativas e ao funcionamento correto do CADE.

Assim, pois, todos nós, os que nos encontramos neste seminário só temos motivos para nos sentirmos jubilosos com o que ocorreu em tão pouco tempo na vida do Ibrac e desejar que assim prossiga porque a missão dele é importantíssima, até mesmo vital para o bom funcionamento de todas instituições que tratam da matéria da concorrência.

Mais uma vez agradecendo ao honroso convite para vir a esse seminário e as referências que me foram feitas.

Agradeço a todos os senhores.

- Com a palavra, Dr. Rui Coutinho do Nascimento

**RUI COUTINHO DO NASCIMENTO**

Presidente Ubiratan, Presidente Grandino, Secretária Elisa, Secretário Considera, Professor Werter Faria, emblemática figura do direito da concorrência no Brasil, Professor Gesner Oliveira, meu querido Carlos Francisco de Magalhães: queria, em primeiro lugar, agradecer ao Ibrac pelo convite que me foi feito para participar dessa sessão de abertura desse importante seminário internacional, cujo tema é de extrema relevância para o momento em que o país vive, que é a integração econômica e política da concorrência; e ao mesmo tempo, e talvez principalmente, cumprimentar o Ibrac pelos seus 10 anos. Eu tive a honra de participar dos passos iniciais do Ibrac em 1992, e, se não me engano, numa reunião que estava presente também o Professor Werter Faria. Desde 92, 93, o Ibrac vem prestando uma extrema colaboração a causa do direito da concorrência no Brasil através não apenas do seu já clássico seminário anual, mas também das suas publicações, das suas reuniões, da sua inserção nas definições desse importante braço de política pública que é a defesa da concorrência. Eu me lembro que em 93, quando eu tive a honra de presidir a comissão que elaborou o anteprojeto de lei que resultou na atual lei 8884 na gestão do então Ministro da Justiça, Maurício Correia, eu propus que dessa Comissão não participassem apenas órgãos do Governo. Era preciso abrir mais a discussão para a própria sociedade no sentido de que se pudesse formular uma legislação, a mais adequada possível para o momento. Foi a legislação possível e tivemos a honra de contar nessa Comissão com a presença do Ibrac, através do seu presidente Carlos Magalhães, que nos prestou uma relevantíssima colaboração. É importante dizer que naquela época o CADE estava, digamos, sob uma séria ameaça de sobrevivência. Ele estava paralisado há quase três anos depois da dedicada e competente gestão do Professor Werter Faria. Vivíamos o início do processo de descompressão, de abertura econômica e estávamos saindo de uma gravíssima crise institucional que culminou com o “impeachment” do Presidente da República. Portanto, era uma fase extremamente sensível da vida política nacional. E, felizmente aquele período de extrema fragilidade institucional do órgão, digamos, do sistema, que na época não era o tripé de hoje, era apenas o CADE e a SDE. Essa fragilidade foi fortemente superada. Temos hoje instituições críveis e melhor qualificadas, para exercer um papel importante, apesar do incompreensível e inaceitável sub-investimento ainda remanescente, principalmente no campo dos recursos humanos. É um círculo ainda, digamos, inconcluso mas resta muito a fazer. É preciso aprofundar, no meu entender, o redesenho do aparato institucional através, não apenas da revisão de alguns pontos, de alguns aspectos da legislação, mas principalmente na consolidação de um órgão efetivamente forte e atuante que possa estar compatível com os novos tempos e com tudo aquilo que ocorre num mundo hoje cada vez mais globalizado. É, evidentemente, um longo processo, um processo às vezes conflitivo, mas acredito que

muito fecundo, que deverá gerar, no meu entendimento, mecanismos bem concebidos e sobretudo bem implantados, desse importantíssimo componente do elenco de políticas públicas do estado moderno que é a defesa da concorrência. A importância deste seminário é potencializada pelo fato de que é enorme o esforço nacional por maior integração competitiva do País no cenário internacional e pela candente discussão sobre temas como Alca, que é um mercado de 800 milhões de consumidores, e alianças sub-regionais como por exemplo, o caso do Mercosul. O que leva a defesa da concorrência a ser tratada com o particular denodo, deve ser tratada com o particular denodo. É também esse processo de discussão, um processo complexo, um processo delicado, mas indispensável à efetiva integração e ao seu saudável funcionamento.

Gostaria aqui de fazer uma referência justa ao Professor Werter Faria que durante um período de, como ele mesmo disse aqui, extremo desconforto para os órgãos de defesa da concorrência e para o CADE. Era absolutamente incompatível a existência do CADE e do CIP, com mecanismos fortes de intervenção estatal, controle de preços. A isso se atribuí uma performance talvez não tão brilhante do CADE nos seus primeiros trinta anos de existência. Mas, fizemos, como disse, a legislação possível, procuramos implantar uma base institucional para o órgão que pudesse servir de plataforma para vãos mais amplos e eu gostaria aqui de fazer uma referência ao Professor Gesner de Oliveira, que na sua Presidência, muito fez pela efetiva inserção do CADE no cenário internacional como na OMC, como UNCTAD, OCDE, etc. Esforço esse que tem sido seguido pelo Presidente Grandino, com a sua vastíssima experiência no trato internacional. E é diante de tudo isso, não quero me alongar, nós temos hoje, eu creio, o conforto de perceber que há excelentes razões para acreditarmos de maneira muito firme que o amadurecimento político e o amadurecimento institucional nesta área não é uma utopia.

Muito obrigado.

- Passo à palavra ao Dr. Gesner Oliveira:

## **GESNER OLIVEIRA**

Prezado Presidente do Ibrac, Ubiratan Mattos, meus caríssimos amigos a quem respeito tanto, e que contribuíram tanto para a defesa da concorrência, componentes dessa mesa Eu me sinto muito honrado de estar nessa

mesa porque os meus colegas de mesa tem algo em comum: eles fizeram um grande investimento pessoal na construção de instituições, eu acho que é disso que se trata o tema hoje dessa abertura tão bonita promovida pelo Ibrac, eu acho que se trata de construção institucional, que nós temos várias fases da história do CADE, da SDE, da SEAE. Esse grande investimento pessoal acabou fortalecendo instituições e as instituições, uma vez fortalecidas, ironicamente elas dependem menos e menos das pessoas então eu acho que isso é muito, isso é muito importante no Brasil. Talvez aqui nós tenhamos uma pequena metáfora para o país porque também houve um grande investimento nas instituições. As instituições brasileiras, de um modo geral, se fortaleceram, em algumas áreas mais em algumas áreas menos, mas a verdade é que se fortaleceram e hoje o Brasil vive um momento de transição muito importante no qual nós percebemos muita esperança em instituições suficientemente fortes para justamente assegurar essa transição para um desenvolvimento futuro. Eu acho isso extremamente positivo e neste momento de transição me permitiria de uma maneira muito breve, chamar a atenção para dois aspectos: um aspecto de cooperação internacional e outro aspecto de pontos, ou diretrizes gerais que talvez sejam necessárias para continuar fortalecendo as instituições de defesa da concorrência.

Do ponto de vista da cooperação internacional, eu tive a oportunidade e a honra, de relatar ao Presidente Rodas e também ao Presidente Ubiratan, uma iniciativa para a qual nós devemos dar atenção que é a iniciativa de uma organização com sede na Índia, chamadas CUTS, é um Centro de Defesa do Consumidor e Comércio Internacional extremamente ativo, que já tem feito reuniões com dezenas de países, recentemente fez uma reunião, promoverá um seminário regional dia 4 e 5 de dezembro. As informações até depois, eu sugeriria que o Ibrac as tornassem mais públicas, e essa organização tem um objetivo que aliás o seminário busca esse objetivo que é o de justamente discutir a defesa da concorrência nos vários pólos como também apontou o Dr. Rui Coutinho na OMC, na ALCA etc.; e essa organização procura preparar os países em desenvolvimento para a discussão da concorrência e comércio. Dra. Vera Thorstensen que participa tão ativamente em Genebra sabe da importância das coalizões no âmbito da OMC, e o Brasil terá um papel fundamental nesse aspecto. Dr. Cláudio Considera, Dra. Elisa e, certamente o Dr. Grandino tem participado com grande importância nessa discussão da defesa da concorrência na OMC e vejam que, vários países, em particular os asiáticos, resistem a um maior papel da defesa da concorrência na OMC, e o Brasil tem um papel de fiel da balança muito importante nesta discussão. Dra. Vera, que concorda comigo, a reunião final do grupo de defesa da concorrência e comércio que ocorrerá em fevereiro de 2003, será muito importante e justamente a CUTS promoverá uma reunião simultânea. É uma organização não-governamental de

âmbito internacional, justamente para impulsionar essa discussão. Eu acho que é um espaço aberto a um convite, eu transmiti isso ao Dr. Ubiratan, um convite para que o Ibrac participe. O Dr. Ubiratan já liderou de forma muito importante a participação do Ibrac na OMC, e agora, eu acho que nós deveríamos também, participar no âmbito dessas organizações não-governamentais. Acho que seria muito, muito importante essa participação do ponto de vista da cooperação internacional. E, finalmente eu acho que num momento de transição, que é um momento de aprofundamento de reflexões sobre o que deu certo, o que não deu certo. Acho que o seminário desse ano, o 8º seminário, traz um Painel especificamente sobre melhores práticas para que nós possamos aprender com nossos ilustres convidados internacionais, pessoa por exemplo, Dr. Michael Reynolds, certamente trará um material muito rico para as nossas reflexões.

Ontem, conversávamos com o Dr. Enrico Raffaelli da Itália, a respeito do modelo institucional italiano e eu acho que há várias coisas a aprender e nós sabemos que é um projeto, é tão minuciosamente discutido, de aperfeiçoamento institucional que é da maior importância para ser oferecido a discussão ao governo Lula justamente para, eventualmente aperfeiçoar esta área.

Eu gostaria de chamar a atenção para 4 diretrizes que foram discutidas com as minhas colegas Denise, Bianca Müller, acerca de possibilidades de aperfeiçoamento institucional. Chamaria a atenção em primeiro lugar, para necessidade de maior coordenação entre as agências de defesa da concorrência, os órgãos de defesa da concorrência e as agências regulatórias. Este é um tema que o governo atual atacou, avançou na área. Ontem eu ouvi do nosso Presidente Rodas, importantes avanços na área do Banco Central e a relação Banco Central-CADE, sei que a SEAE e a SDE tem feito um trabalho muito relevante de aproximação com as agências setoriais, mas esse é um tema da maior relevância do ponto de vista de investimento, de segurança jurídica, e que infelizmente não foi atacado, a contento. Há várias lacunas, então esse é um tema que mereceria essa coordenação, essa interação entre defesa da concorrência e regulação. Um segundo tema que nos chama, nos chamou a atenção nessa, nesse estudo, nessas reflexões foi a necessidade de maior delimitação de áreas de competência e de atenção com os abusos nessa invasão de áreas de competência e muitas vezes as agências fizeram muito mais do que aquilo que a Lei prevê e também é uma fonte de insegurança jurídica bastante grande. Um terceiro aspecto é a velocidade do processo decisório; isso também nós avançamos muito, mas seria preciso avançar muito mais do ponto de vista do bom funcionamento da economia. E o último ponto, já abordado aqui, todos nós já sofremos tanto com isso eu sei que as autoridades hoje sofrem

muito com isso, os conselheiros do CADE, os quadros da SEAE, da SDE e que é preciso insistir e é preciso cobrar das instituições e é preciso cobrar do executivo mais dotação de recursos humanos e materiais. Quer dizer, há uma absoluta incompatibilidade entre a importância do trabalho dessas autoridades aqui e os recursos orçamentários disponíveis a esses órgãos.

Muito obrigado.

## **UBIRATAN MATTOS**

Aceitamos o desafio. Convido o Presidente Dr. João Grandino Rodas, a fazer a sua saudação:

## **JOÃO GRANDINO RODAS**

Não poderia deixar de iniciar minhas palavras agradecendo ao Presidente Ubiratan Mattos a oportunidade, mais uma vez reiterada, de estar aqui. Hoje, todos nós sabemos, que já de tempos e memoriais, e isso permanece até hoje, o ser humano vem preocupando-se com a duração de certas instituições, de certo estado de coisas, por um período, por um lapso de tempo, aquilo que realmente chamam os jubileus. É uma coisa tão antiga, mas também tão nova, e eu justamente iniciaria essas poucas palavras me referindo a duas comemorações, dois lapsos de tempo razoáveis que duas instituições acabam de perfazer. Pela ordem do tempo, em primeiro lugar, não poderia deixar de lembrar os 40 anos do CADE; 40 anos para o Brasil que é um país ainda jovem, para a América Latina, é um lapso bastante razoável em que uma organização, muito embora com perfil diferenciado através dos anos, mas que dura e que mostra, obviamente, a importância, não só para o Brasil, da questão de direito concorrencial do direito econômico, e que possui, como também cativa, no hemisfério e no mundo um lugar especial para nosso país nesse assunto. Portanto, não poderia deixar de dizer, que muito embora as instituições sejam impessoais e justamente a sua imortalidade está especificamente nessa questão e, embora sejam impessoais as pessoas que o compõem e o dirigem, são engrenagens importantíssimas e aqui eu lembraria todos aqueles que participaram no CADE como conselheiros, e em especial os que estão aqui nesta mesa, e que certamente contribuíram muitíssimo, deixando marcas indelévels nesse órgão, e aí nós não poderíamos deixar de citar o queridíssimo Werter Faria, o operosíssimo Rui Coutinho, e o sempre presente, não só no Brasil, como nos vários quadrantes da Terra, mesmo que esteja na Índia, mesmo que seja por 24 horas, o Presidente Gesner Oliveira. Isso não é uma comemoração vazia; é justamente uma necessidade de fazer com que o órgão e todo o sistema que hoje o

compõe tenha maior responsabilidade, não só com relação aos brasileiros, mas também vis a vi ao mundo.

Outra comemoração importante: a dos 10 anos do Ibrac. É um outro por assim dizer, número cabalístico, um pequeno jubileu que faz essa organização e que vem dando frutos, não só dentro Das suas hostes mas também fora delas. Eu pretenderia falar isso no final, mas já adiantaria, eu não tenho dúvida nenhuma que se o Ibrac não existisse, não tivesse esses 10 anos, não trabalhasse como trabalhou, nós não teríamos tido nos últimos meses algo que o termômetro nos mostra com grande alegria. Nos últimos meses, nos últimos três meses, somente numa faculdade, que é do meu conhecimento, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no concurso de Professor-Titular de Direito Comercial, dos três candidatos, dois apresentaram teses de direito de concorrência, inclusive aquele que tirou o primeiro lugar e, há uma semana atrás, uma livre docência, também no mesmo departamento, a que honrosamente estivemos, Professor Werter e eu, examinando, também se dedicava à aspectos do direito da concorrência.

Isso mostra como a cultura da concorrência vêm permeando também os estamentos acadêmicos, o que não é o mais importante certamente, mas é algo que demonstra o quanto esse direito passa a ser um direito apto a inclusive ser escolhido para teses de concurso, concursos esses que são renhidos e aqui até a própria escolha do tema já pode influenciar no sucesso da tese.

Certamente se deve isso ao Ibrac porque ele vem fazendo todo esse trabalho nesses últimos anos, e isso deu um status, por assim dizer, mesmo academicamente falando, para o direito da concorrência que certamente não possuía antes.

Mas, procurando, encaminhar o encerramento das minhas colocações eu não poderia deixar de fazer aqui duas colocações, duas constatações, melhor dizendo. Nós sabemos que hoje no Brasil se perguntássemos, quais são as duas características principais do Sistema Brasileiro de Direito de Concorrência, certamente nos diriam: em primeiro lugar a diversidade de órgãos que o compõem.

Hoje, nessa década passada, portanto, há doze anos praticamente, nós fomos corporificando esse sistema e, temos como todos sabem, o CADE como órgão julgador e os órgãos com um poder fundamental de instaurar e de instruir processos, as duas secretarias à SDE e a SEAE. Portanto, essa tripartição é algo que nós não podemos afastar. E de outro lado, a outra constatação seria que a grande maioria dos processos que tramitam nesses órgãos e que acabam sendo julgados pelo CADE são processos relativos a atos de concentração. Atos de concentração estes que, em que se discute, na maioria das vezes, a famigerada questão das multas e portanto muitas vezes as sessões do

CADE acabam sendo sessões de dosimetria de multa, o que é importante mas certamente não é o mais relevante para se fazer nesse órgão. O fato é que, com referência a questão primeira da diversidade de órgãos, nós todos sabemos que só se muda isso através de lei, não é possível fazê-lo por jurisprudência, mesmo que administrativa, e portanto, esse afã vem sendo feito e certamente o Dr. Cláudio Considera poderá comentar ainda que *en passant*, o término após dois anos e meio de uma sugestão de anteprojeto de lei que viria de certa forma a minorar essa diversidade, e viria por outro lado também a simplificar e a desonerar, por assim dizer, as empresas de apresentação de inúmeros atos de concentração que não tem absolutamente o mínimo sentido em entrar, em tramitar, e sair do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que só o fazem em detrimento de energia que poderia ser dispensada para julgar depois de ter instaurado e instruído os Processos de Conduta. Portanto, a questão da diversidade poderá, imagino eu, a curto ou a médio prazo ser resolvida através dessa mudança da criação da agência e da manutenção do CADE com seu status de independência autárquico que hoje possui. Mas, por outro lado, nós sabemos que o outro aspecto é que a grande parte dos processos, são de atos de concentração e isso muitos, o próprio Ibrac e pessoas ligadas ao Ibrac, já escreveram no passado que isso poderia ser resolvido através de jurisprudência. A minha opinião pessoal é que não seria a melhor resolução através de jurisprudência, justamente porque, face aos mandatos extremamente curtos do CADE, nós teríamos uma variabilidade muito grande. A cada seis meses nós teríamos uma mudança de conselheiros, e em sete qualquer mudança pode ser relevante para a mudança da jurisprudência e isso continuaria fazendo com que houvesse uma insegurança jurídica por parte dos advogados em não entrar, em não apresentar um ato de concentração baseado nessa jurisprudência. Mas, a questão que se fala e aí realmente terminaria, nesse último ano o que nós verificamos foi a criação, com base na Lei, obviamente, dos acordos de preservação e de reversibilidade por parte dos Conselheiros do CADE. Nós todos sabemos que a nossa lei permite a apresentação *a priori* e, *a posteriori* dos atos de concentração. Entretanto, na prática, o que se faz é, quase que em 100% dos casos, a apresentação *a posteriori*. Essa apresentação *a posteriori* obviamente traz uma facilitação porque se permite as empresas que façam as suas fusões e incorporações e os apresentem posteriormente. Entretanto, obviamente, traz um risco que é aquele inerente à relativa demora no exame por parte das autoridades relativa demora essa que pode ser muito mais que relativa se as partes ajudarem a fazer com que a tramitação seja mais longa. O fato é que, os fatos consumados podem ser absolutamente detrimenais. E justamente, para isso é que a Lei fala nas medidas preventivas ou cautelares. Entretanto, nós sabemos que foram parcimoniosamente usadas e por razões absolutamente razoáveis ultimamente. Assim é que esse acordo de preservação de

reversibilidade, que é um acordo, portanto acordado pelas partes e, obviamente pode ser levado ao judiciário, mas é menos possível e menos crível que alguém assine hoje e amanhã leve e tem dado uma maior estabilidade e obviamente, a preservação da eventual reversibilidade no caso de não ser aprovado total ou parcialmente a fusão ou a incorporação, ou ato de concentração genericamente falando. Entretanto, nós temos uma outra questão, que é um outro perigo que é o engessamento das empresas por meses longos, principalmente quando nesses meses se passam turbulências econômicas e financeiras, como, por exemplo, se passaram nesses últimos meses aqui no Brasil. E novamente, aquele acordo de preservação, e nós já temos uma meia dúzia deles, o que mostra em 8 meses temos meia dúzia de acordos e significa que eles foram bem aceitos, que isso redundou numa maior respeitabilidade com as empresas, que muitas vezes não têm as suas ações diminuídas e seu valor em bolsa justamente porque sofreram aquilo que os jornais diriam uma medida preventiva ou cautelar que pode ser entendida pelo público como uma punição quando não é. O fato é que, e disso redundando a conversa que os órgãos, três órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tiveram justamente para que se possa abreviar o máximo possível o exame por parte desses órgãos e fazer com que do momento em que entra o ato de concentração, do momento em que, eventualmente haja uma medida cautelar, ou melhor ainda, haja um acordo de preservação de reversibilidade, possa não decorrer muito tempo para que as empresas não possam alegar que estão cerceadas e, muitas vezes, tentar erodir absolutamente aquelas medidas preliminares. Na realidade são esforços que o Sistema procura fazer não só através daquele rito sumário fazendo com que haja aquele *fast track* para aqueles inúmeros casos de ato de concentração extremamente simples para que eles possam entrar e passar pelo Sistema mais celeremente enquanto não se consiga através de lei afastá-los do sistema e por outro lado a questão decidida oportunamente e que certamente o Secretário Cláudio Considera vai dar maiores detalhes, que seria dos Pareceres não conjuntos, porque não é permitido legalmente, mas que os pareceres das secretarias fossem próximos um do outro, e pudéssemos diminuir o período que vai entre a medida cautelar, entre o acordo de preservação de reversibilidade e o julgamento.

Termino dizendo que espero, para dias próximos, pela sua lógica, que justamente se possa chegar o momento em que haja uma legislação suficientemente positiva para que, desonerado o sistema de centenas e centenas e centenas de acordos de concentração, que só entram no Brasil e em nenhuma outra parte do mundo, possa esse mesmo sistema se dedicar mais que já vem começando a fazer, casos nós já temos e são emblemáticos de exame e even-

tual punição, se provas houver, em atos de conduta principalmente no que se refere a cartéis.

Finalizo agradecendo uma vez mais a possibilidade de aqui estar e dizer de todos os meus pares os outros seis conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que todos nós, embora obviamente cada qual com seu *background*, cada qual com seu modo de pensar e de agir, todos estamos unidos com as demais secretarias para que não só o rito sumário, mas também que aqueles pareceres mais celeremente dados pelas secretarias, possam encontrar eco no CADE para que, na medida do possível, se possa minorar a demora e justamente fazer com que se preste um serviço mais efetivo à população e às empresas com o intuito e sempre em prol do direito econômico e do consumidor.

Muito obrigado.

## **UBIRATAN MATTOS**

- Convido Dr. Cláudio Considera, Secretário de Acompanhamento Econômico, a fazer a sua saudação:

## **CLÁUDIO CONSIDERA**

Bom dia a todos, meus companheiros de mesa e companheira de mesa, meus companheiros presentes, como os senhores vêm, já estou adaptando meu discurso à nova realidade do país. Então, eu gostaria de iniciar abordando a questão do Dr. Grandino, que falou por último, só para não perder o tema, a atualidade do tema.

Nós estaremos distribuindo, os três órgãos, até o final da tarde neste seminário, sempre aproveitamos esse seminário para esse tipo de comunicação, aqui está a defesa da concorrência no país, e aproveito para cumprimentar pelos 10 anos Dr. Ubiratan Mattos, mas até o final da tarde nós estaremos distribuindo uma nota conjunta do que o Dr. Grandino há pouco anunciou, ou seja, doravante a SDE, SEAE, nos casos em que houver acordo de reversão de preservação de reversibilidade, a SDE e a SEAE vão trabalhar juntos no caso, e sairão com os seus pareceres um após ao outro, como a lei prevê, mas um após ao outro, talvez com a diferença de 5 minutos, de forma que os dois órgãos trabalharão juntos. Não haverá mais aquela oportunidade das empresas, antes do processo ir ao CADE, se defenderem junto à SDE, mas faremos isso provavelmente com uma pequena diferença de tempo para seguir a lei, e a defesa das empresas fará onde deve ser feita de fato, ou seja, no CADE.

Isso é um acordo que nós entramos, mas também faremos uma coisa: informaremos ao CADE de cada ato que estivermos tomando com relação a cada ato de concentração dessa espécie, ou seja, nós pensávamos que apelando para as medidas cautelares, ou o acordo, como o CADE tão brilhantemente transformou os nossos pedidos cautelares, nós estaríamos colocando ônus do tempo sobre a empresa e ela teria o máximo interesse em apresentar todos os documentos rapidamente. Isso não se constatou, não foi verdade. Infelizmente as empresas continuam protelando, muitas vezes, a entrega de informações fundamentais que estão nessas condições e atrasando o nosso acordo e pedindo ao CADE que acabe com o acordo porque SEAE e SDE estão atrasando a análise do caso. Então nós resolvemos que vamos trabalhar juntos e o CADE será informado de cada passo deste ato. Numa reunião que fizemos há cerca de dois dias no CADE, tomamos esta decisão e soltaremos a nota conjunta até o final da reunião.

Eu gostaria então, acho que a gente quando está saindo é sempre um momento de a gente prestar contas à sociedade, e no caso a sociedade está muito bem representada nesta platéia aqui e me parece que vale a pena a gente prestar um pouco conta do nosso trabalho, não do nosso trabalho da SEAE, da SDE ou do CADE, mas o trabalho de todos nós que estamos aqui presentes e que de certa forma contribuímos, com os nossos esforços individuais, nessa construção institucional que o Dr. Gesner há pouco se referiu.

Eu diria que a história da defesa da concorrência tem muitos marcos. Certamente, primeiro deles em 62, com a criação do CADE, e eu diria que se passou um grande tempo até que nós tivéssemos um outro marco importante, que foi o fim de controle de preços no Brasil e a criação do Ibrac eu citaria também, como marco histórico importante, a Lei 8.884 e a sua implantação tão perseguida por aqueles que estavam na defesa da concorrência naquele momento.

Eu diria, o que é um marco importante da nossa atuação nesses 4 anos? Eu não consigo assim identificar um ponto importante.

Gostaria muito de dizer que nós criamos a Agência, que nós transformamos a Lei 8.884, modernizamos a Lei 8.884, isso infelizmente não foi possível.

Na verdade pela 3º vez estou anunciando, na reunião do Ibrac, a ida do projeto para a Casa Civil, então, lamentavelmente, eu ainda não pude anunciar que o projeto foi para o Congresso Nacional. Existe a intenção deste governo. No nosso contato que a equipe de transição, não foi a idéia repelida, ou seja, há intenção de que o projeto irá, como um projeto de lei, para o Congresso Nacional. E sofrerá então toda discussão de sociedade no próximo ano. Também não posso então citar isso.

Mas nós fizemos muita coisa, eu acho que nós, que estamos nessa sala, mudamos a Defesa da Concorrência nesses 4 anos. Foram muitas coisas que nós realizamos nesse momento. Eu poderia talvez dizer que a maior realização nossa foi a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O que é isso? Todo mundo acha que esse troço existe, que existe o SBDC. Não existe; não tem nenhuma lei que defina isso. Entretanto, vários dessa sala aqui pensam que está na lei e nós constatamos isso numa reunião do Banco Central, para tratar dessa questão. O Dr. João Grandino se referiu há pouco que o processo de análise e atos de concentração nos casos bancários voltada para o sistema, é um projeto de lei que saiu da Casa Civil e já está no Congresso Nacional, felizmente. Eu espero que a gente consiga fazer o mesmo esforço com o outro projeto, mas queriam colocar na lei, naquela lei que devolve ao sistema, queriam colocar o termo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Aí, eu disse:

- “Espera aí, não tem isso! Vocês têm que citar as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência!”

Eu acho que nós criamos, nós insistimos tanto nesta história que existe um Sistema, que nós trabalhamos juntos, trabalhamos numa mesma direção, que hoje se encara essa coisa de uma forma completamente diferente do que se encarava há quatro anos atrás.

Eu acho que a gente tem o direito de se orgulhar disso porque nós que estamos nesta sala, não as autoridades, mas todos nós, contribuimos para isso, nas coisas que começamos a dizer, tal como: existe um sistema e dessa forma, aquilo que muitas vezes no passado julgava-se uma mera opinião de SEAE e SDE não é mais, é uma instrução processual.

Vocês vejam que é completamente diferente a forma de se encarar, o respeito que se tem agora por um ato de instrução que o sistema faz junto a um Tribunal, nós criamos essa coisa de tal maneira que o CADE hoje em dia se consideram um Tribunal realmente. Cada uma daquelas pessoas se acha um Juiz, como sempre deveriam ter sido, mas eu acho que nós conseguimos. Foi um processo de advocacia da concorrência que nós fizemos durante esse período que eu acho que a gente pode se orgulhar bastante de termos criado essa coisa.

Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência: hoje eu digo que ele existe.

No campo da frustração, eu acho que eu tenho uma frustração muito grande e talvez os senhores também compartilhem essa frustração comigo.

Todos nós sabemos que estabilidade e concorrência são duas faces de uma mesma moeda. Entretanto hoje, estabilidade econômica, estabilidade

da moeda, estabilidade dos preços, é um valor da sociedade. “O Globo” hoje traz lá uma inflação em 5,19% , a maior do real. Isso é um escândalo nacional. Essa taxa aí, era a taxa quase que diária quando o Plano Real veio. Então, é um escândalo nacional você ter uma inflação de 5,19%, todo mundo diz que isso daí é fora de propósito, isso é uma bolha, isso vai acabar e nós queremos a estabilidade. Estabilidade é um valor, concorrência não é. Concorrência não é um valor da nossa sociedade. A nossa sociedade ela está disposta a que determinados políticos e técnicos populistas puguem o controle de preços outra vez; ela está disposta a isso: nós sempre queremos controlar o preço do outro como queremos sempre reduzir o nosso imposto e aumentar o do outro. Então, não é ainda um valor. Concorrência não é um valor, isso talvez a gente tenha falhado.

Eu acho que nós temos que fazer muito mais seminários como esse, darmos muito mais aulas nas Universidades, termos muito mais contatos com a sociedade de forma geral, com os parlamentares, de forma que a concorrência seja um valor da nossa sociedade, que nós vamos preservar a estabilidade, enquanto nós tivermos concorrência.

Sinto-me frustrado de não ter atacado os cartéis como nós deveríamos fazer; eu não tenho dúvida que todas as associações de classe no Brasil são ninhos de cartéis: ou nós destruímos isso ou seremos destruídos por isso.

Não tenho dúvida de que esse problema da separação entre o direito administrativo e o direito civil, de forma geral, é um problema que nós vamos ter, que vamos ter que enfrentar, ou seja, à medida que as empresas venham a recorrer às cortes para qualquer ação administrativa que o CADE tomar mais séria, mais forte contra as empresas, isso redundará certamente na desvalorização da Defesa da Concorrência no Brasil.

Temos que atacar isso, não sei de que forma. Creio que algumas cruzadas teremos que continuar fazendo para o futuro.

Então, nós temos muitos desafios pela frente. Hoje é um dia de comemoração, acho que avançamos muito e eu acho que durante o dia de hoje e o de amanhã, durante os temas que aqui serão discutidos, teremos a oportunidade certamente de avançar um pouco nas questões que estão colocadas como desafio do Sistema, de forma que eu espero continuar trabalhando nessa área, na Universidade para onde eu devo retornar, e certamente vou estar no próximo seminário do Ibrac, apresentando algum *paper* discutindo alguma questão.

Muito grato aos senhores por tudo o que fizeram.

**UBIRATAN MATTOS**

- No próximo seminário do Ibrac eu espero que o Dr. Cláudio Considera apareça como associado ou diretor do Ibrac. Eu convido a Dra. Elisa Ribeiro Baptista Oliveira, Secretária de Direito Econômico, a fazer pela sua saudação.

## **ELISA RIBEIRO**

Bom dia a todos. Primeiro, eu gostaria de agradecer ao Ibrac pelo convite. Realmente é uma satisfação participar da abertura desse 8º seminário, desse seminário histórico do Ibrac. Nessa versão comemorativa, mesmo correndo o risco de ser um pouco repetitiva, não posso deixar de ressaltar o pioneirismo e a importância do trabalho do Ibrac. Isso foi ressaltado pelos meus colegas de mesa, mas eu queria destacar dois pontos: primeiro, exatamente o pioneirismo. Confesso que me surpreendi, a princípio até duvidei que eram realmente 10 anos, eu, posso dizer que a história do Ibrac se confunde com a própria evolução e história da defesa da concorrência no Brasil. Isso foi reafirmado aqui pelos meus companheiros que participaram dessa história, da evolução da defesa da concorrência. E o segundo ponto é que eu tenho uma grande simpatia por iniciativas dessa natureza que estimulam o debate, estimulam o estudo acadêmico, o trabalho científico e eu ressalto aí o Prêmio Ibrac-Esso que está na 3ª ou 4ª versão, se não me engano, que realmente é uma iniciativa muito importante.

Quanto a esse 8º seminário, eu tenho certeza que vai ser muito produtivo pelos temas que serão debatidos aqui, pelo brilhantismo dos palestrantes que irão se apresentar e alguns temas, algumas dessas questões realmente vem sendo um objeto de ponderações e de preocupação na SDE e em todo o sistema e eu acho muito oportuno que sejam discutidas em uma oportunidade como essa. E por fim rapidamente eu não queria deixar de reafirmar e de endossar o que foi dito pelo Dr. João Grandino e pelo Dr. Cláudio Considera, acho que esse é um momento bem oportuno para que isso seja feito, da preocupação de todo o sistema, o chamado Sistema de Defesa da Concorrência, com as operações, com os acordos de reversibilidade de operação. Eu acredito que esse é um instrumento juridicamente válido e muito importante para que se preserve a reversibilidade de algumas operações que merecem uma maior atenção dos órgãos de defesa da concorrência, como o próprio nome já diz, mas o sistema é sensível para os transtornos e para o ônus que muitas vezes isso acarreta para as empresas.

Desde o primeiro acordo e a SDE vem também sugerindo medidas cautelares que garantam reversibilidade de operações, e isso foi habilidosamente transformado em acordo pelo CADE e pelas próprias empresas. Desde

o primeiro acordo isso vem sendo uma preocupação e essas duas secretarias tem procurado trabalhar de forma conjunta para que diminua, para que esses atos tramitem de forma mais rápida dentro do sistema. Mas o que se propõe hoje, o que se anuncia hoje, é que essa tramitação seja mais rápida, ou seja, haverá uma maior interação entre as duas secretarias na instrução dos processos. O que se pretende é que os pareceres possam ser emitidos em datas bem próximas. E permitindo assim ao CADE dar atenção também e prioridade a esses casos. Eu desejo a todos, então, uma boa sorte, um excelente seminário, desejo muito sucesso para os organizadores do evento.

Muito obrigada.

### **UBIRATAN MATTOS**

- Encerrando essa abertura, eu convido o Dr. Carlos Francisco de Magalhães a saudar os presentes, lembrando que o Dr. Carlos, além de ser um amigo de todos nós, foi o Primeiro Presidente do Ibrac, e foi uma das pessoas a que eu me referi daquela conversa em Canela, e o Dr. Carlos, todos nós devemos muito à ele pela iniciativa tomada subseqüentemente àquela oportunidade.

Então, passo à palavra ao Dr. Carlos para que faça a sua saudação:

### **CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES**

Obrigado, colega Ubiratan.

É uma grande emoção para mim participar dessa mesa de abertura do 10º aniversário do Ibrac, já que no dia quatro de dezembro faz exatamente dez anos que assinamos a Ata da Assembléia Geral de sua criação.

Nessa oportunidade me parece muito oportuno trazer um pouco da história do Ibrac complementando aquela parte que Dr. Ubiratan Mattos trouxe a respeito do Instituto que frutificou de um evento no Paraná, onde se tratava de relações de consumo. Para tanto eu quero voltar para Brasília, 10 anos atrás, um pouco mais, onde estávamos após um pequeno seminário, do qual participavam como palestrantes Dr. Rui Coutinho, Dr. Werter Faria, Dr. Marcos Vinícius de Campos e eu. Naquela ocasião após o seminário, como sempre, começou-se a falar do problema da falta de continuidade das Instituições do Brasil, daquele trauma que acontece a cada governo de começar tudo de novo como se nada tivesse sido feito antes. Falava-se sobre isso, todos revoltados, e eu lembrei inclusive que o Brasil era o país pioneiro na matéria na América Latina; o 3º país do mundo a ter uma legislação antitruste, um di-

ploma legal completo e que era um absurdo que a cada 4 anos tudo isso terminasse. Então os outros três presentes, todos autoridades do governo e ex-autoridades, olharam para mim e disseram:

-“ Você é o único membro da Comunidade da sociedade e deve fazer algo para isso, já que nós do Governo saímos e não podemos fazer.”

Ciente dessa responsabilidade, era um recado que recebi do Dr. Werter Faria especialmente, e do Dr. Rui Coutinho. Ciente disso, voltando para São Paulo comecei a pensar no que poderia ser feito, e já chegando em São Paulo, estava com o esboço completo do que seria um Instituto para Estudo das Relações de Concorrência apenas. Já tinha um pequeno papel de tudo o que deveria ser o objetivo e tudo o mais. Foi quando então procurei os mais destacados colegas da matéria os advogados: Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Dr. Franceschini, já então publicando o seu primeiro livro, e, pelo Dr. José Del Chiaro me foi informado que frutificava o Instituto das Relações de Consumo, também daquela Assembléia que se realizava do Seminário do Paraná.

Decidimos imediatamente reunir nossos esforços e então nasceu um Ibrac, que deveria ser um Ibrac com dois "c", esses dois "c" claro, foram vetados. Essa sigla foi vetada pelo Dr. Franceschini na ocasião, já que não poderia soar muito bem, mas este Ibrac conteria realmente os estudos da relação de consumo e de concorrência.

Algumas semanas depois, procuramos grandes escritórios de advocacia, colegas, amigos, proeminentes advogados e professores, como o chanceler Celso Lafer, Tércio Sampaio Ferraz, Waldírio Bulgarelli e outros juristas eminentes, e formamos o Ibrac numa Assembléia com 45 pessoas que assinaram uma ata de aprovação de estatutos. Uma organização não governamental que comece com 45 assinaturas é muito importante. Éramos apenas advogados no começo. Uns meses depois tivemos a Dra. Elizabeth Farina como nossa primeira economista do Instituto, vieram depois outros eminentes economistas, e eu lembro aqui o nome do Dr. Luciano Coutinho, o nome do Dr. Mario Possas e muitos outros que estão hoje lá fazendo parte da nossa Diretoria e justamente essa era uma característica do Ibrac em face de outras congêneres, da única outra congêneres do mundo, que foi feita dentro de uma associação de advogados, ou seja, American Bar Association com a sua Comissão Antitruste.

Nessa oportunidade já contávamos inclusive, com a colaboração do Dr. José Carlos Busto que, naquela momento da formação do Ibrac, já serviu de Secretário para a realização dessa ata histórica que eu tenho aqui com todas assinaturas e rubricas de todos esses proeminentes fundadores do Ibrac. Dr. José Carlos Busto desde aquela época nos acompanhou e foi o responsável

sem dúvida, pelo sucesso de tudo o que se fez em matéria desses seminários, sem recorrer ao auxílio de qualquer empresa para terceirizar serviço, um trabalho excelente de publicação de clippings, de revista, uma revista que se tornou o repertório, podemos dizer, semi-oficial do CADE, enfim, que é citado como a Revista dos Tribunais perante os outros Tribunais, e outras realizações que se seguiam, a qual nós devemos fazer essa homenagem ao Dr. José Carlos Busto que sempre nos ajudou.

Por último eu queria fazer um registro sobre a nossa cultura da concorrência, uma cultura pioneira, adquirida nessa matéria antitruste no país desde 1962. Uma cultura que o Ibrac tem realmente orgulho de ter participado, ter ajudado, trazer para as novas autoridades a cada novo governo tudo aquilo que se fez através das suas publicações, de doutrinas, jurisprudência, julgados, que sequer eram transcritos anteriormente à existência do Ibrac e de sua revista. Mas essa cultura realmente nos traz uma grande e grave responsabilidade para continuar aperfeiçoando continuamente a defesa da concorrência e sua aplicação.

Aperfeiçoamentos existem a serem feitos em todas as jurisdições mundiais, estamos vendo toda hora a União Européia novos diplomas serem editados, inclusive com grandes modificações e especialmente agora, está em fase de elaboração outra grande modificação na legislação supranacional. Aperfeiçoamentos existem sempre a serem feitos, mas é preciso colher do passado tudo de bom que alcançamos para melhor enfrentarmos esses desafios futuros que vão ser inúmeros, da globalização, da internacionalização que continua a passos largos, talvez com retorno ao nacional, sim, que já é uma tendência também, inclusive na União Européia, para que os Institutos tenham realmente reflitam, os Institutos próprios da legislação antitruste e outros, que realmente reflitam aquilo que é a cultura do nacional daquele País, que não se traga institutos estrangeiros transplantados sem qualquer adaptação. É preciso enfim, fazer aperfeiçoamentos. E nesses aperfeiçoamentos que se seguirão não deveríamos, eu acho, sofrer nunca o desestímulo de críticas im procedentes, que são às vezes recebidas com certa amplitude em razão de um conhecido complexo de inferioridade nacional; realmente é esse complexo que nos faz receber essas críticas de uma forma muito contundente. Críticas que vêm de agências ou de empresas de publicidade, editoras, travestidas de empresas de avaliação, de agências de avaliação mal informadas e equivocadas, em sua metodologia comparativa. Nada, nada deverá tirar do Brasil, essa posição irreversível de um dos países pioneiros na aplicação da legislação antitruste, detentor de uma das melhores e mais ricas experiências que vem desde 1962 e até antes de 1945, quando foi ditado realmente a chamada Lei Malaia que foi o primeiro diploma que se fez a respeito no Brasil. Um país que tem institui-

ções como o nosso Conselho Administrativo de Defesa Econômica, já agora perfeitamente entrosado com as Secretarias de Direito Econômico e de Acompanhamento Econômico, que tem um órgão como o Ibrac, único no mundo, sem qualquer similar, congregando tantos juristas, economistas, e interessados na matéria como nenhum outro, nem American Bar Association têm; um País que tem essa tradição, jamais deverá sair do topo de qualquer classificação que se faça ao tentar se avaliar a qualidade e a aplicação da legislação anti-truste.

Quero deixar essa última mensagem de otimismo, estamos numa fase de transição, nada deverá se perder, acredito realmente que esse novo governo, seguindo a economia de mercado implantada não deverá de maneira alguma deixar para o segundo plano as instituições ora existentes no campo da concorrência dentro do que seria o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Acredito realmente que isso continuará cada vez melhor e a cada governo poderíamos nos orgulhar cada vez mais dessa nossa tradição pioneira.

Muito obrigado.

## **UBIRATAN MATTOS**

Eu agradeço aos componentes da mesa em nome dos associados do Ibrac; oferecemos aos nossos ilustres convidados uma pequena lembrança.

Vamos fazer um brevíssimo intervalo para o café e voltamos depois para início efetivo dos trabalhos.

Obrigado a todos.

**PAINEL I****O abuso do poder econômico – a experiência comparada : prevenção, repressão e estrutura administrativa*****Abuse of economic power - compared experience : prevention, repression and administrative structure***

*Laércio Farina* (Chairman)

Enrico Raffaelli - *Studio Legale Rucellai & Raffaelli*

Pedro Dutra - *Advogado*

Roberto Pfeiffer - *Conselheiro do CADE*

**LAÉRCIO FARINA**

Senhoras e Senhores, meus caros colegas, dando início aos trabalhos efetivos desse nosso 8º Seminário, eu preciso fazer algumas observações preliminares, anotando, em primeiro lugar, que nesses oito anos de seminários promovidos pelo Ibrac, nós continuamos cultuando uma das tradições mais consistentes de nossas discussões sobre concorrência, que é aquela relativa ao fato de jamais conseguirmos começar um painel no horário. Nós estamos cada vez mais atrasados. Esse nosso painel deveria começar às 9:30 hrs. são 11:15 hrs.

Peço aos senhores que por gentileza desliguem os seus celulares, ou pelo menos mantenham. Uma outra correção que vai junto com o pedido de desculpas, eu acho que não é necessário para aqueles que militam há mais tempo na área, talvez a observação não seja necessária, sirva apenas como um pedido de desculpas, mas parece que é uma explicação necessária para os mais novos, os jovens que estão aqui, principalmente estudantes e recém-formados.

Eu quero lamentar e justificar a ausência do nosso grande Juan Rivière Martí que não pôde comparecer, por motivos de saúde, estava programado para esse painel, e pediu-nos que transmitissem a todos os seus votos de sucesso deste Seminário, e principalmente aos muitos amigos que ele fez ao longo destes anos, esses longos anos de participação no Seminário do Ibrac. Ele que sempre foi uma figura muito presente quis transmitir seu grande abraço.

Sem mais delongas eu quero dar início a este Painel apresentando o Dr. Enrico Raffaelli, que é Professor da Universidade Católica de Milano, Professor de Direito da Comunidade Européia e também Organizador de uma Conferência Internacional que se realiza a cada dois anos sobre antitruste e as relações da legislação da Comunidade Européia, e a legislação nacional dos países-membros. O Dr. Raffaelli é sócio do Escritório Rucellai & Raffaelli, Milano.

Com a palavra, Dr. Raffaelli, por gentileza.

## **ENRICO RAFFAELLI**

Thank you, Mr. Chairman. Ladies and Gentlemen, let me start by thanking very much the president of Ibrac, Dr. Ubiratan Mattos, and the others organizers of this prestigious conference for inviting me to participate. It is my first time in Brazil and I am very glad to be in this wonderful country. I wish to make some comments on what I consider the present problem of antitrust. A problem even in this period of reform of antitrust rules seems to be neglected by the European antitrust legislator. I mean, the difficulties that antitrust authorities facing, dealing with the oligopolistic markets. Indeed all of us know that the application of antitrust rules to oligopolistic markets creates specific problems. Antitrust authorities are facing real challenges in the oligopolistic markets while oligopolistic markets are becoming more and more common in all geographic markets. My remarks will be made focusing on European Antitrust Law. Indeed the experience of the young Italian substantive antitrust law is not original. Italian antitrust law is derived from the European antitrust law. Italian antitrust law provides the application of the single barrier principle and therefore it applies only if the European law does not apply. Furthermore, the Italian antitrust rules must be interpreted by law on the basis of the principles established at European level. Before examining the specific topics of this issue it is advisable to confirm what we mean for oligopolistic markets. That is a market where there are few or relatively few undertakings; a market in which the undertakings are aware of their interdependence, in which changes in the conduct of one undertaking causes immediate reaction from the others undertakings. A market, therefore, in which the undertakings have as their primary concerns the study and the prediction of the conduct of their competitors rather than the conduct of the consumers.

The European antitrust rules which are, as you know, derived by those which were enacted more than one hundred years ago in the U.S., are essentially the ban on restrictive agreement, the ban on abuses of dominant positions, the regulation on merger control which is based on the dominance

test and not on the SLC test as in USA and other legal systems as in Great Britain. In the European Union, therefore, the concentration may be blocked only if it creates or strengthens a dominant position and it impedes competition in the common market or substantial part of it. This is very important for our today's analysis. What is happening is that in the last years, at least at European level, the limits of these antitrust rules to face these challenges of the oligopolistic markets have become clear. This should not surprise since the present antitrust rules were created, as I already said, more than one hundred years ago, were created in completely different economic context when the markets were at national level while today the territorial boundaries do not contain any longer the markets, when the technology was not sophisticated and subjected to rapid evolution, when communications were completely different from today and, above all, oligopolistic markets were not so widespread, and of course, as regards Europe, the common market was still to be founded.

But which are the specific problems of oligopolistic markets? Which are these challenges of oligopolistic markets? The problem raises from the fact that, due to specific structural factors, oligopolistic markets undertakings may achieve an equilibrium in which it is rational and economically convenient for them to adapt their strategies to those of their competitors. Oligopolistic undertaking, therefore, can substantially restrict and even eliminate competition without any collusion, using this word in the legal terms. Simply practicing the so called conscious parallelism, in other words, the problems of oligopolistic markets and therefore the problems for the antitrust authorities are due to the fact that in these markets companies without colluding obtain results which are identical to those that would be achieved with collusive behavior. When the oligopolistic companies achieve the afore said equilibrium, competition does not perform its fundamental role of regulator of the market, market power can be exercised jointly and all these, with the series of possible negative consequences supra-competitive prices, low technology innovation, output reduction, etc.

All these is already a problem but this situation is rendered more difficult from the fact that oligopolistic markets do not comply with well defined economic rules as in the case of other types of markets, I refer to monopolistic or atomistic markets or those markets characterized by the presence of a company which is in individual dominant position. Indeed, it is well known that economic theory plays a less important role in oligopolies than it does in other types of markets, therefore, as economists have underlined, in oligopoly anything can happen. And, as Frederic Jenny has recently outlined the fact that interdependence exists is sufficient to be able to say anything about the

performance of the firms in the industry and in particular whether or not they will engage in what legal experts define as anticompetitive parallel behavior. I think that every one is in agreement that this is a serious situation which must be faced by all antitrust authorities in the world. European Commission which continues to be the antitrust authority at European level, although if a new role of national antitrust authority due to modernization of antitrust rules which will enter into force on first May 2004, the same day of the enlargement of European Union to receive the new members states on the basis of the political agreement reach the level of Council of European Union two days ago. European Commission in order to face the challenges of the oligopolistic markets and to attempt to guarantee competition also in those markets uses the instruments which is provided with by the European antitrust system and therefore, as mentioned before, article 81: ban on restrictive agreement and, article 82: ban on abusive dominant position and mergers control regulation.

Now we will shortly exam these words starting by the application of article 81. The utilization of ban on agreements which restricts competition provided by article 81 is very limited because as we have seen, the oligopolistic companies may eliminate competition in practices parallel behaviors without colluding but simply exploiting the natural transparency of oligopolistic markets. Therefore, there's no need for agreements between undertakings or decisions of association of undertakings to reach the afore said equilibrium and therefore the goal of restricting or even eliminating competition on oligopolistic markets. More delicate is the application of the notion of a concerted practices. It is tacit coordination of the competitors realized through direct or indirect contacts or through an artificial increase of the natural transparency of the market. The boundaries between a concerted practices which is unlawful in the parallel behavior which is lawful are not always definable. On the basis of the case law we can say that parallel behavior by itself is not sufficient to demonstrate a concerted practice if it can find an explanation in the structure of the oligopolistic market. Economic operators have the right to adapt intelligently to the existing and the anticipated conduct of their competitors. Therefore, in order to assert that the parallel behavior is unlawful in an oligopolistic market, it is necessary to demonstrate direct or indirect contacts or other facilitating practices, if any. As regards article 81, the main aim of European Commission has been to apply it in the oligopolistic markets to all agreements that may constitute the so called facilitating practices. Those practices that announces the potential tacit coordination between competitors. I mean, exchange of information, agency contracts, we have seen agency for different producers. This is the limited application of the ban provided by article 81 to oligopolistic markets. In view of the increasing widespread of the oligopolistic markets and the practical difficulties of applying article 81 in

tacit collusion situations, European antitrust authorities have developed the theory of collective dominance in applying article 82 concerning the ban on abuses of dominant position. And this, in order to be in a position to strike at least the abuses of the joint market power of the oligopolistic companies such as the practices of excessive pricing. In other words, if it is not possible to impede parallel behavior we attempt to reach at least the abuse of market power used jointly.

In the establishment of the concept of collective dominant position the European Commission was favored by the fact of article 82 expressly provides the possibility that the dominant position may be held jointly by more than one company. The debate therefore focused on the economic links which should characterize the relationship between the companies in order to consider then in collective dominant position. This concept of economic links between companies in collective dominant position was progressively widened by European antitrust courts and authorities. The landmark case is the European Court of Justice judgment in the *Compagnie Maritime Belge de Transports* case of March, 2000, under article 82 where it was stated that dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other provided that, from an economic point of view, they present themselves or act together on a particular market as a collective entity. This is certainly the case of oligopolistic undertakings which practice conscious parallelism and therefore present themselves on the market as a sole collective entity independently of the existence of any other link between them.

Once affirmed the concept of collective dominant position, the European Commission was in a position to prosecute abuses that companies in oligopolistic markets commit exploiting their collective dominance. The main possible abuses were practices of excessive prices, selective price cutting, loyalty discount, refusal to supply, etc. Through the application of the concept of collective dominance position under article 82, it was possible for the European Commission to face at least the microscopic effects of parallel behavior of oligopolistic companies. This is true especially since it's nowadays an established principle that the abuse can be realized also by a single undertaking which is not in an individual dominant position but which is in a collective dominant position together with his competitors. The leading case on the point is the *Irish Sugar* of 1999 in which the CFI - Court of First Instance stated that undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abusive contact.

One would think, in view of this possibility of acting through the ban provided in article 82 for the abuses of oligopolistic companies the situa-

tion is under control. But this is not true because there are certain abuses such as the practice of excessive prices which are notoriously difficult to demonstrate and in which consequently the antitrust authorities, European Commission included, are reluctant to intervene because the other afore said negative consequence of the collective dominance in oligopolistic markets, low technology innovation, output reduction, etc, remain in any event challenged and challenged.

Now, we will exam the last branch of antitrust rules. Those concerning the merger control. State Aid control is not affected by this kind of programs. The merger control applied to oligopolistic markets constitutes the more delicate aspect of this examination. This is also an issue of great tropical interest. Indeed just last June the European Commission has suffered on this subject matter its first defeat in the judicial review. Since the Court of First Instance overturned its decision to block the merger in the Airtours case. In general terms, it happened that European Commission notwithstanding the lack on any reference to collective dominance in the merger regulation attempted to the extend the concept of collective dominant position to apply it as much as possible also in merger control in oligopolistic markets. So to, I say it in rough terms, to block the deals which create tight oligopolistic markets or block the deals with strengthened an already existing thigh oligopolistic market. But what has pushed the Commission to move in this direction? The European Commission's attitude was due mainly to the following reasons. The already examined objective difficulties in facing the challenges of oligopolistic markets with the antitrust rules on the ban on the restrictive agreements, and on the ban on the abuses of dominant position.

Second, the fact that in the European Union differently from what happen in several other legal systems, the clearance given by the Commission no longer allows it to intervene on the operation cleared even if the operation has harmed the market.

Third, furthermore, it should be taken into account that the clearance phase is the only state in which the European Commission has the power to intervene in the markets by subordinating it's clearance to structural remedies. I should add that it's the only stage, at least for the time being, because if the next Council of the European Union will approve the project on modernization which was presented by the Commissioner Prof. Monti, the article 7 of this project empowers the Commission to impose all remedies necessary to bring the infringements of article 81 and 82 to an end including structural remedies: divestiture of assets.

Finally, there is the decisive aspect that in the European Union to block a concentration it is necessary to demonstrate that the concentration in

question creates or strengthens a dominant position concentration and not only that impedes competition as in USA with the SLC test. Therefore, if you wish to block a merger, you have to find a dominant position. For all these reasons, the antitrust authorities, notwithstanding the fact that the concept of collective dominant position is not mentioned in the merger regulation applied this concept in merger control cases and then progressively enlarged the concept of collective dominant position. This happened in several cases among which the most important are Kali und Salz, Gencor and recently Airtours.

But the important novelty of last June was the judgment of the Court of First Instance which has not followed the trend of European commission and annulled the European commission decision on the Airtours case for its errors in the economic assessment of the market and for the lack of evidence that the merger would have led to the creation of a collective dominant position. With this milestone judgement which is now definitive, for lack of appeal by the European Commission before the European Court of Justice the Court of First Instance stated that the Commission prohibited the transaction without having proved to the requisite legal standard that concentration would give rise to a collective dominant position of the three majors operators of such kind as significantly to impede effective competition in the relevant market. Indeed, according to the Court of First Instance for finding the collective dominant position which impedes the competition necessary requisites to block a deal the following the three conditions necessary:

First, each member of a dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. In other words, there must be sufficient market transparency to all members of the dominant oligopoly to be aware sufficiently, precisely and quickly of the way in which the other members market conduct is evolving. This situation must be sustainable over time. There must be an incentive, not to depart from the common policy on the market. This introduces the notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy. There must be, therefore, adequate deterrence to ensure that there is a long term incentive in not departing from the common policy. In other words, each member of the dominant oligopoly must be aware that any competitive action on his part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that there would be no benefit on this initiative. Finally, the third condition, it must be proved that the foreseeable reaction of current and future competitors as well as the consumers, would not jeopardize the results expected from the common policy. The Airtours judgment is a very important judgement because it establishes the legal criteria for the application of the concept of collective dominance and

merger control in oligopolistic markets. It reduces, therefore, the discretionary power of European Commission, it increases the legal certainty for undertakings, these criteria will be included in the guide lines of merger control that the European Commission is publishing and above all, it stresses the importance of the second condition search for in article 2, 3 of the merger regulation that is that affected competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it. The deal to be examined cannot be blocked because it creates a collective dominant position but only if such dominant position impedes competition.

One could ask if the *Airtours* judgment has solved the problems of the application of the concept of collective dominance to merger control in oligopolistic markets. The answer would be once again no. Because the difficulties of ascertaining the economic conditions established by the Court of First Instance through a prospective analysis remain. And in any event the development of a oligopolistic market is often unpredictable. It may vary overtime. To sum up it is not always possible to access ex-ante with reasonable certainty how the companies which are or will be in a collective dominant position will actually behave on the market after the merger.

What is therefore desirable in order to guarantee competition in oligopolistic markets without interfering in the choices of the undertakings with the prospective analysis which could be wrong at the time of the merger control? I think that the intervention of antitrust authorities through merger control should be reduced at the least to block a deal only in the cases of evident restriction of competition. Leaving to undertakings specially in consideration of present economic situation in which markets are more and more open and global and undertakings need adequate dimensions leaving to undertakings full responsibility for accessing their choices of efficiency and dimensions.

At the same time, however, the power of the European antitrust authority should be revised. Increasing the possibility to intervene ex post when competition is absent on the market and even when this is due to a concentration which was cleared in the past and granting the European antitrust authorities with the possibility to issue structural orders when necessary to open up a market again to competition. Indeed if we are actually convinced that competition is a necessary ingredient for the healthy functioning of the markets we cannot accept that the antitrust authorities which have the task of guarantee full and effective competition in the market have their hands tied in oligopolistic markets where very often competition is not only restricted but even eliminated.

These are in my opinion the problems of antitrust. I wish the reform in progress at European level should take care. And let me say because I want

to make full use of this opportunity, that I am not very much impressed from the announced reforms of merger control regulation. The reform of the check and balance process, the extension of the powers of the hearings officer, the establishment of advocate panel, the appointment of the head of economics inside DGCOM. All these, in my opinion, risks to create bureaucracy and conflicts and this only due to the will of European Commission to continue to act as the European antitrust authority. If the antitrust powers were tested by a separated body, as in the Italian experience which is going very well, this body composed by economists and jurists would decide on the work and on the conclusions of the staff of the DGCOM reducing the risk that its decision be overturned in judicial review as it is happening now. Thank you very much for your attention.

Slide 1

**IBRAC**  
***8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy***  
  
***“Oligopoly and collective dominance”***  
  
***By Enrico Adriano Raffaelli***  
  
Brasilia, November 29-30<sup>th</sup>, 2002

Slide 2

**IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy**

**European Antitrust Law  
and  
Italian Antitrust Law**

may be examined simultaneously in view of:

- the similarity of the provisions
- the “single barrier” principle applied in the Italian legal system
- the fact that the interpretation of Italian Law has to be carried out according to the principles established in the application of European Antitrust Law

1 IBRAC - November 29<sup>th</sup>, 2002

## Slide 3

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b><u>Basic features of oligopolies :</u></b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>low number of undertakings</b></li><li>• <b>interdependence between operators</b></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	2	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 4

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b><u>European competition rules</u></b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>art. 81 EC ⇒ Ban on agreements restricting competition</b></li><li>• <b>art. 82 EC ⇒ Ban on abuses of dominant position</b></li><li>• <b>Reg. 4064/89 (am. Reg. 1310/97) ⇒ Merger Control based on the dominance test (not SLC test)</b></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	3	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 5

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>- <b><u>Inadequacy</u></b> of the aforesaid rules to face the increasing challenge of oligopolies</li><li>- <b><u>Why ?</u></b><ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Present antitrust rules were created in a different economic context</b></li><li>• <b>when technology growth rate was lower</b></li><li>• <b>market shares within most of the industry sectors were more fragmented</b></li><li>• <b>the common market was still to be founded</b></li></ul></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	4	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 6

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b><u>Tacit coordination - conscious parallelism</u></b> is the problem of oligopolistic markets where		
<ul style="list-style-type: none"><li>- <b>due to the specific structural factors of the market, undertakings may achieve an equilibrium in which it is rational and economically convenient for them to adapt their strategies to those of other competitors;</b></li><li>- <b>competition is often eliminated and does not regulate the market;</b></li><li>- <b>with the following possible negative consequences:</b><ul style="list-style-type: none"><li>• <b><i>low technology innovation, supracompetitive prices, output reduction, etc.</i></b></li></ul></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	5	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 7

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>The problem with oligopolistic markets is:</b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• that they do not fit into economic models established <i>a priori</i>, as they may be characterized by potentially infinite features</li></ul>		
and therefore,		
<ul style="list-style-type: none"><li>• as economic theory has correctly stated: <i><u>“in oligopoly anything can happen”</u></i></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	6	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 8

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>The European Commission attempts to foster competition in the oligopolistic markets by using the instruments it is provided with by Law:</b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>- Art. 81 and 82 of the EC Treaty</li></ul>		
and		
<ul style="list-style-type: none"><li>- Merger Control Regulation</li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	7	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 9

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>ARTICLE 81</b>		
<b>prohibits</b>		
<b>the agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings which restrict competition</b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>As regards oligopolistic markets, the application of art. 81 has been particularly difficult with respect to concerted practices: given the peculiar structures of these markets, it is often difficult to distinguish between the aforesaid unlawful conducts and (lawful) conscious parallelism.</b></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	8	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 10

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>ARTICLE 81</b>		
<p>➤ <b>Elements to demonstrate <u>concerted practices</u>:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• <b>parallel courses of conduct</b></li><li>• <b>direct or indirect contacts</b></li><li>• <b>other facilitating practices, if any</b></li></ul>		
<p><b><u>In the absence of these conditions:</u> the requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors</b></p>		
Rucellai & Raffaelli	9	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 11

**IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy**

**ARTICLE 82**

➤ **Given the difficulty of applying art. 81 EC in “tacit collusion” situations, European Antitrust Authorities have developed the theory of**

**“COLLECTIVE DOMINANCE”**

**in applying article 82 of the Treaty**

Rucellai & Raffaelli                      10                      IBRAC - November 29<sup>th</sup>, 2002

## Slide 12

**IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy**

**ARTICLE 82**

➤ **The “entry” of the concept of collective dominance into the European antitrust system is favored by the wording of Art. 82, whereas it prohibits abuses, by one or more undertakings, of a dominant position**

➤ **The debate has focused for years on the definition of “economic links” between the companies holding a collective dominant position (commercial, corporate, contractual links, etc.)**

Rucellai & Raffaelli                      11                      IBRAC - November 29<sup>th</sup>, 2002

Slide 13

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>ARTICLE 82</b>		
<p>In March 2000, the ECJ widened the concept of collective dominance in its <u>“Compagnie Maritime Belge Transports”</u> judgment:</p>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• confirmed that a dominant position may be held and therefore abused by two or more economic entities legally independent of each other as long as they <i>“present themselves or act together as a collective entity”</i></li><li>• stated that <i>“the existence of an agreement or other links is not indispensable to a finding of a collective dominant position; and that “such a finding may be based on other connecting factors and would depend...on an assessment of the structure of the market in question.”</i></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	12	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 14

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>ARTICLE 82</b>		
<p>➤ <b><u>Possible abuses of collective dominant position:</u></b></p>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• excessive prices</li><li>• selective price cutting</li><li>• loyalty discounts</li><li>• refusal to supply</li><li>• etc.</li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	13	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 15

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>ARTICLE 82</b>		
<b><u>Individual abuse of collective dominance</u></b>		
<p>Collective dominance may be exploited also by a single undertaking which is not dominant <i>per se</i>, but which is in a collective dominant position together with its competitors.</p>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leading case: <i>Irish Sugar</i>, 1999, CFI judgment, para 66:  <i>“undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or <u>individual</u> abusive conduct.”</i></li> </ul>		
Rucellai & Raffaelli	14	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 16

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>MERGER CONTROL</b>		
<p><b>Merger Control Regulation (art. 2 (3)) provides that</b></p>		
<p>a concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market</p>		
<p>⇒ <u>but</u></p>		
<p><b><u>does not specify if the rule refers also to collective dominance</u></b></p>		
Rucellai & Raffaelli	15	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 17

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>MERGER CONTROL</b>		
<p><b>Notwithstanding the lack of explicit reference to <u>collective dominance</u> in Merger Control Regulation, the European Antitrust Authorities have extensively applied the concept also in merger cases.</b></p>		
<p><b>This is due to:</b></p>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>the difficulties of challenging oligopolistic companies with the antitrust rules (articles 81 and 82);</b></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	16	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

Slide 18

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>MERGER CONTROL</b>		
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>the fact that in the European system, once clearance is given to a concentration it can no longer be challenged;</b></li><li>• <b>the merger control procedure is the only stage in which the Commission has the power to intervene with structural remedies;</b></li><li>• <b>to block a deal it is necessary to demonstrate that it creates or strengthens a dominant position.</b></li></ul>		
Rucellai & Raffaelli	16a	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 19

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>MERGER CONTROL</b>		
<p>The European Commission has therefore applied the concept of collective dominance :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• in <u>Kali und Salz</u> , (1993) a concentration in the European potash industry, which was cleared subject to conditions (3 to 2);</li> <li>• in <u>Gencor</u>, (1996) a merger in the worldwide platinum and rhodium market, which was not cleared (3 to 2);</li> <li>• in <u>Airtours</u>, (1999) in which a takeover in the British short-haul foreign package holiday market was blocked (4 to 3).</li> </ul>		
Rucellai & Raffaelli	17	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 20

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>		
<b>MERGER CONTROL</b>		
<p>On appeal, the CFI issued a milestone judgment in the <i>Airtours</i> case last June, stating that the Commission “<i>prohibited the transaction without having proved to the requisite legal standard that the concentration would give rise to a collective dominant position of the three major tour operators, of such a kind as significantly to impede effective competition in the relevant market.</i>”</p>		
	18	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 21

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>	
<b>MERGER CONTROL</b>	
<p>According to the CFI three conditions are necessary for a finding of collective dominance:</p>	
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b><u>market transparency</u></b> each member of the dominant oligopoly must have the ability to monitor whether or not the other members are adopting the common policy;</li><li>• <b><u>retaliation mechanism</u></b> there must be an incentive not to depart from the common policy;</li><li>• <b><u>absence of actual or potential effective reaction from competitors or consumers</u></b></li></ul>	
19	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 22

<b>IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy</b>	
<b>MERGER CONTROL</b>	
<p>The CFI's Airtours judgment:</p>	
<ul style="list-style-type: none"><li>• reduces the <i>discretionary power</i> of the European Commission;</li><li>• increases the <i>legal certainty</i> for undertakings since it establishes precise criteria for assessing collective dominance;</li><li>• has stressed the importance of the second condition set forth in art. 2 (3) of Merger Regulation: "<i>effective competition would be significantly impeded in the Common Market or in a substantial part of it.</i>"</li></ul>	
Rucellai & Raffaelli	20 IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002

## Slide 23

**IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy**

**MERGER CONTROL**

**Has the Airtours judgment solved the problems of Merger Control in oligopolistic markets?**

**The answer is no, because**

**a) the difficulties of ascertaining the economic conditions established by the CFI through a prospective assessment remain**

**and**

**b) in any event the development of an oligopolistic market is often unpredictable and can vary over time**

Rucellai & Raffaelli	21	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002
----------------------	----	--

## Slide 24

**IBRAC - 8<sup>th</sup> Seminar on Competition Policy**

**CONCLUSION**

**It would be desirable that the Antitrust Authorities, the European Commission included,**

- reduce to a bare minimum their *ex ante* intervention in the concentration process phase leaving to the undertakings full responsibility for assessing their choices of efficiency and dimension;**
- be entrusted with adequate powers to intervene in the markets *ex post*, also with structural orders, even when a merger has already been cleared.**

	22	IBRAC - November 29 <sup>th</sup> , 2002
--	----	--

## **LAÉRCIO FARINA**

\_ Após as interessantes colocações do Dr. Raffaelli, quero sem mais delongas, passar a palavra ao Dr. Pedro Dutra, sobejamente conhecido entre nós, advogado ativo e combativo, já há muitos anos no setor da concorrência cuja competência profissional notória dispensa maiores apresentações.

Dr. Pedro Dutra, com a palavra, por gentileza.

## **PEDRO DUTRA**

Muito obrigado Laércio pelas referências elogiosas. Bom dia a todos!

É um prazer estar em mais um seminário do Ibrac e em especial em Brasília, local que sempre defendi fossem realizados os seminários do I-BRAC, para que pudessem ser abertos à participação daqueles funcionários tão maltratados pelo poder público mas que fazem andar com seu esforço pessoal os nossos processos, e, assim, a defesa da livre concorrência.

Primeiro ponto. Por que não se afirma a defesa da livre concorrência no Brasil? Esta é a questão que todos sabemos permanente, e à qual todos temos algumas respostas. Por que não se afirma a repressão ao abuso do poder econômico no Brasil, apesar do esforço de profissionais competentes, e alguns deles nos deram seu depoimento no início desta manhã, e apesar de termos, uma norma de boa qualidade como foi a inaugural de 1962 e é a vigente, de 1994, embora esta tenha absorvido pontos reacionários da lei 8.158/91 e sofrido os agravos de igual teor das alterações recentes perpetradas pela Lei 10.149/2000.

O Dr. Cláudio Considera, em sua palestra, sugeriu não ser a livre concorrência um valor na sociedade brasileira, o que parece correto.

Não é um valor, ou seja, não é uma idéia a que a sociedade reclame proteção porque a sociedade brasileira não pode perceber, na sua aplicação falha e ineficiente a cargo de executivo, a efetivação da repressão ao abuso do poder econômico e assim a contribuição à promoção da justiça social e da recompensa ao agente econômico que disputa a preferência do consumidor.

Ao meu ver, a principal razão de existir este estado de ignorância sobre o valor da livre concorrência está na forma em que o Estado intervém na economia no Brasil. Surgiu como elemento de organização dos mercados,

pois com efeito, não é possível que os mercados em países subdesenvolvidos se organizem sozinhos: organizar-se-iam em monopólios ou oligopólios e aí o abuso do poder econômico seria absoluto e irrestrito. A questão que se põe é todavia: quando deve o Estado retroceder do papel inicial de organizador dos mercados, deve transmutar-se em Estado regulador e fiscalizador? Este refluxo do Estado é um fato que se generalizou a partir da década de 1980 e não apenas em países subdesenvolvidos, mas nos mais avançados também, na Europa a partir da Grã-Bretanha. Se olharmos atentamente, veremos que no Brasil a ordem econômica acha-se disciplinada neste sentido na Constituição Federal: não mais o Estado concorrente ou substituidor da iniciativa privada, mas o Estado regulador e fiscalizador, ao qual incumbe não tutelar os mercados mas reprimir o abuso do poder econômico - e portanto defender a concorrência - que ocorra em todos os mercados de bens e serviços, indistintamente.

Verifica-se na experiência mundial, e formalmente na ordem constitucional econômica nacional, um câmbio na intervenção estatal no domínio econômico. Mas entre nós esta nova função do Estado vem sendo cumprida de forma claudicante, o que permite dizer que a intervenção segundo o perfil anterior continua a vigor. O governo que saiu não afirmou, como deveria em cumprimento à Lei, a função do Estado de regulação e a fiscalização dos mercados para esse fim criando e habilitando órgãos especiais; ao contrário, deixou, no próprio âmbito do Executivo, serem criados órgãos sem critério definido aos quais deu o nome do momento, agências, e não as aparelhou ao cumprimento da sua função reguladora e fiscalizadora. Deixou-as, nessa forma displicente, aptas a recolher todos os vícios dos órgãos assemelhados antes existentes, a possibilidade de adotar novas práticas.

Assim não se opera a transição da função do Estado estipulada na Constituição, e conseqüentemente não se altera a percepção da sociedade do que seja, e a que se destina, a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico. Em uma palavra, não poder a sociedade apreciar a livre concorrência como princípio constitucional diretor da ordem econômica nacional, e haver os benefícios decorrentes da sua afirmação. O grande empecilho a esta transição ao meu ver é a sedução que a forma de intervenção tradicional, concorrente e supressiva da iniciativa privada, exerce sobre a classe política brasileira. O modelo intervencionista brasileiro foi forjado à altura em que os regimes autoritários, de esquerda e de direita, se afirmavam, pelos anos 1930; ambos defendiam a intervenção direta e incontrastada do Estado na economia variando o grau, inquestionável todavia o direito de o Estado dizer qual, e como, a iniciativa privada poderia ocorrer. O modelo fascista italiano, que chamou ao aparelho burocrático do Estado a condução da economia ainda que sem alterar a titularidade dos bens privados, inspirou muitas das ações governamentais

brasileiras naquele período, e o serviço público então organizado, em bases até hoje presentes, absorveu a cultura autoritária então dominante, na qual o funcionário público de carreira vê-se compelido a atender antes ao governo - aos seus titulares eventuais - do que aos contribuintes. Embora esse vinco autoritário tenha estado sempre presente na cultura política nacional - Rui Barbosa dizia "o poder é o poder", isto é, só o poder político (e não o poder da Lei) é plenamente efetivo no Brasil - por aquela altura enraizou-se, e a única tentativa de transformá-lo como devido, pela redução da intervenção direta do estado na ordem econômica, esvai-se na letra fria da Constituição atual, à falta da ação do governo que se encerra, incapaz de vencer a cultura dominante.

Daí resulta ser muito difícil em uma cultura política como a nossa, marcadamente autoritária, surgirem lideranças, uma vez titulares de cargos de direção no Executivo, dispostas a abrir mão do poder que detêm de intervir, com larga margem discricionária e singularmente, na ordem econômica. A esse voluntarismo veio servir, inclusive, recente adereço teórico a dizer que o mandato concedido ao presidente da república legitima-lhe a intervenção por essa forma para o fim de orientar a economia conforme entenda devido, em paralelo à aplicação efetiva da Lei. Em um regime legislativo cujo instrumento máximo de ação é a medida provisória, que exclui a participação efetiva do Congresso, a sedução que a intervenção pessoal na economia exerce sobre a classe política solidifica-se irresistivelmente. Não é por outra razão que assistimos o presidente Fernando Henrique Cardoso, homem que a imprensa diz muito preparado, presidir reuniões de agências reguladoras, pondo assim questões técnicas debaixo de critérios políticos de decisão.

Esta cultura é o exemplo máximo daquilo que no passado se chamava o estado-governo, (stato-governo dos pensadores italianos) ou seja, é no poder executivo que se devem concentrar majoritariamente as funções do Estado para que o governo possa agir sem maiores restrições, inclusive intervir como entender na ordem econômica, porque é nele que se concentram o conhecimento e o discernimento do que seja o interesse público e a forma de o satisfazer. A tradição política brasileira não se livrou da tradição autoritária que unge o presidente da república a uma situação de supremacia que a sua vez se estende pelo Executivo, sobre os demais poderes, e pressiona o Congresso. Assim, o presidente da república e seus ministros convertem-se em árbitros da ordem econômica apanhando livremente funções dos demais órgãos da administração pública. Esta tradição política também é um fator decisivo para que não haja a consistência da livre concorrência como um valor que se imponha à classe política e a classe política seja obrigada a guardá-lo e observá-lo, em cumprimento à lei que o contém. Não se pode afirmar um regime democrático se em razão uma substituição ordinária na chefia do gover-

no os valores contidos nas normas sejam desprezados porque não coincidem com aqueles defendidos pelo novo grupo político no poder. Essa conduta nada mais é do que o descumprimento aberto das leis, e no âmbito da disciplina da ordem econômica vemos isso acontecer com frequência, como mostram os tribunais abarrotados de causas contra a União, por este fundamento.

Ao fim, penso que um fator menor, mas a assistir este estado, é a posição da nossa cultura jurídica, que necessita renovar-se, sobretudo na área do direito administrativo, que ainda sofre o influxo de um pensamento institucional, que vê o poder executivo em sua fisionomia hipertrofiada. É preciso que se ponha o direito administrativo mais próximo ao direito constitucional para deste receber a visão centrada no indivíduo, as garantias que o cercam e foram erguidas primeiramente para protegê-lo do abuso do poder estatal. É importante notar que livre concorrência, que a livre iniciativa, é um desdobramento da liberdade individual.

Segundo ponto. Foi também aqui levantada a proposta de alteração da lei de defesa da concorrência. Esta proposta ainda nas gavetas do governo, nele foi gerada e o IBRAC pressionou as autoridades para que a colocassem em consulta pública. Em sua forma inicial, continha inúmeras aberrações jurídicas, (que espero tenham sido corrigidas) o que não é de se estranhar uma vez que não contou, como das vezes anteriores, com o concurso de profissionais de experiência provada na matéria, além dos servidores públicos nela envolvidos.

Terceiro ponto a comentar refere-se à afirmação aqui feita pelo Dr. Cláudio Considera, que todas as associações seriam “ninhos de cartéis”. Creio que há uma generalização retórica; nem todas são e nem podemos presumir que toda associação tenha por finalidade coordenar preços ou a produção de bens ou a prestação de serviços. Essas generalizações são muito perigosas; quem foi funcionário público, como eu fui, sabe que há generalizações que também se fazem a respeito de funcionários públicos, e elas são muito desagradáveis, além de injustas. Portanto, devemos evitá-las.

Expostos os pontos acima, um tanto sombrios, passo aos pontos que eu diria luminosos da experiência de defesa da concorrência. E quero citar alguns desses pontos que nascem da aplicação da Lei, da experiência diária. Não nascem de concepções ou de teorias individualizadas, de teses acadêmicas. São formulados na lida do dia-a-dia, dos órgãos de defesa da concorrência, notadamente do CADE, e dos profissionais todos que trabalham nessa área.

O primeiro deles é a questão da competência do CADE para apreciar atos de concentração que tenham por figurantes bancos comerciais. O fato de esta questão haver surgido em função de uma decisão do CADE é um grande

avanço, pois ela foi problematizada no lugar certo: no órgão de defesa da livre concorrência, que prefiro sempre chamar o órgão de repressão ao abuso do poder econômico, porque a livre concorrência nos termos da lei brasileira é aquela onde o abuso do poder econômico é reprimido e prevenido, e está aqui nos ouvindo o Professor Tavares Guerreiro, autor de um ensaio cuja abordagem sobre o que é e como deve ser conceituado o abuso do poder econômico é extremamente precisa e extremamente pertinente nos dias de hoje. Quero enfatizar a noção de abuso do poder, a ser reprimido e prevenido, porque o abuso do poder é o cerne da defesa da livre concorrência.

Portanto, quando o CADE deu-se por competente para apreciar ato de integração do poder econômico firmado por bancos antes independentes, entendeu exercer sua função preventiva, que a Lei o autoriza exercer. É claro que este entendimento, como todos os demais que tenham norma legal por objeto, admite conclusão oposta. A reação contrária do Banco Central era esperada; não creio que houvesse alguém ingênuo a ponto de supor fosse o Banco Central abrir mão de apreciar exclusivamente fusões bancárias. Sustenta que a Lei que lhe outorga competência para disciplinar o sistema financeiro implicitamente o autoriza, e só a ele, decidir sobre integração do poder econômico e seus efeitos concorrenciais; isto é, estaria autorizado a exercer a função preventiva que o CADE exerce em relação a todos os demais mercados econômicos, de bens e serviços. Pessoalmente, fico com os argumentos expendidos nos votos dos conselheiros que entenderam ser o CADE competente; parecem-me mais substanciais. Tanto assim que foi necessário elaborar um projeto de lei, (ao que sei não submetido à consulta pública) que outorgue competência ao Banco Central sob um argumento ainda discutível, o do risco sistêmico, algo que diz tudo e não define nada, assim como se quis, mal usando a experiência norte-americana, falar-se em regulação presidencial em lugar de preventiva, esta uma das finalidades da regulação, aquela uma das suas características eventuais. Lembraria apenas não existir no ordenamento jurídico brasileiro nenhum mercado no qual a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico esteja excepcionada, qual seja, mercado isento das regras de defesa da concorrência, ou, ainda, que órgão outro, diverso do CADE, seja competente para aplicá-la. Mas foi extremamente positiva a ação do CADE, mostrou existir o empenho do órgão em defender, em todos os mercados, a livre concorrência.

Isto nos encaminha à questão seguinte, que o CADE já começa a enfrentar: a defesa da concorrência nos mercados regulados. Aí nasce uma incrível confusão na doutrina recente nacional sobre o que seja regulação. Observo que ao se falar de regulação - o que ocorre com grande descontração técnica - fala-se de disciplina especial de determinado mercado econômico, ou

seja, regulação econômica. A regulação de um mercado econômico deve-se a uma falha ingênita deste mercado, a dizer que nele não se terá afirmada a concorrência por meio da disputa ordinária (ou pela falta dela), que os agentes nele atuantes travem, mesmo se nesse mercado forem rigorosamente aplicadas as regras de defesa da concorrência. À conta da sua estrutura, nesse tipo de mercado crescerão formações monopólicas ou oligopólicas inclinarão, irremediavelmente, os agentes, ou agente, ao abuso do poder econômico. Por essa razão, não é suficiente apenas a repressão e prevenção ordinária ao abuso do poder econômico conduzida pelos órgãos de defesa da concorrência; nesse tipo de mercado é preciso que haja uma antecipação, é preciso que a prevenção se dê de maneira especial e no primeiro momento; nos mercados privatizados, é preciso que ela se estruture no momento em que eles sejam abertos à competição, como se deu na Grã-Bretanha, e imperfeitamente, inclusive pela não conclusão da privatização (como se tem no mercado de energia elétrica) no Brasil.

Nos mercados nos quais os grandes prestadores de serviço ou produtores de bens tiveram seu controle privatizado, a regulação tomou um aspecto ainda mais importante, porque, além daquelas tarefas ordinárias tradicionais da regulação, dentre elas a fixação de preços ou o acompanhamento de preços, a esses órgãos foi dada a função adicional de estruturadores da livre concorrência.

Este ponto é fundamental, e deve ficar bem delineado para que não se estabeleça a confusão que já começa crescer, de que as agências reguladoras são órgãos de defesa da concorrência no mercado que elas regulam. Isso é um absurdo jurídico, nos termos do ordenamento nacional, devido à falta de leitura de lei. A ANATEL e a ANP são competentes para tomar medidas que estruturam a concorrência a mais livre possível no mercado que regulam. Estas agências podem expedir, e expedem, normas infra-legais para esse fim; por exemplo, na forma de reajuste de tarifa dos serviços de telefonia fixa, está embutido um fator de produtividade. Esse fator de produtividade é, ou deve ser, crescente, como estímulo à concorrência na medida em que as empresas podem aumentar a sua renda se forem mais competitivas. A ANP, por exemplo, baixou uma portaria proibindo empresas que distribuam derivados de petróleo serem proprietárias de postos de gasolina. Amanhã ela pode rever essa norma, se entender que os fatores que um dia indicaram nociva à concorrência essa verticalização não mais se acham presentes no mercado, em razão das alterações verificadas em sua dinâmica concorrencial.

Mas, quando se trata de repressão ou prevenção ao abuso do poder econômico como diz Lei 8.884/94, de determinar a existência de infrações e exercer o controle de atos de integração do poder econômico, mesmo quando

ocorrem nos mercados regulados, é o CADE, competente para agir. A lei da ANATEL é clara sobre isso, a Lei da ANP também. Não há o que interpretar, senão executar. Não há ao meu ver oposição entre regulação e defesa da livre concorrência. Não há conflito de competência entre os órgãos reguladores e o CADE. Têm eles competências confluentes, para exercer ambos funções de intervenção estatal na ordem econômica, desdobrando e atualizando a regra constitucional que diz que a função do estado é fiscalizar, regular e reprimir o abuso do poder econômico na ordem econômica, sempre na forma da lei.

O outro ponto: o acordo de reversibilidade que foi citado na palestra do conselheiro Rodas.

Sem dúvida, é uma medida criativa, e uma medida que se adapta à realidade brasileira. Sabemos que todas as empresas podem apresentar previamente o ato de integração empresarial que firmem, mas assim não procedem porque os órgãos não tem estrutura para apreciar estes casos em tempo hábil. Então, como a lei também permite a notificação posterior, 99,99% dos casos é feita por essa forma.

O acordo de reversibilidade é interessante porque reduz a possibilidade de contestação judicial à decisão preliminar do CADE o que é sempre bom. Note-se, todavia, que há ou pode haver alguns questionamentos interessantes sobre este acordo. Primeiro, o nome não me parece feliz porque reversibilidade já está prevista na lei, quando diz que o CADE pode mandar desconstituir ato de concentração já indicado. Ora, se ele já tem este poder ele não precisa, nem pode, acordar sobre isto. A reversibilidade, que decorre da desconstituição, é um risco conhecido das empresas e, se o CADE entender que o negócio é negativo à concorrência, a desconstituição, parcial ou total, com a conseqüente reversibilidade, deverá ser promovida na medida necessária.

Portanto, não há necessidade de acordar sobre a reversibilidade, pois todos os atos submetidos ao CADE são suscetíveis de desconstituição e assim pode haver, na forma da Lei, reversão ao estado original, parcial ou totalmente. O acordo, na verdade, refere a conduta e atos que as empresas figurantes do ato sob exame, ao longo deste exame, devem abster-se de praticar. A lei já autoriza o CADE a impor uma medida preventiva com essa finalidade sem as ouvir. Não há necessidade, para cumprir a Lei, de ele buscar e firmar acordo. Ainda assim, o acordo não fere a Lei, exceto se for um meio de não aplicá-la, ou aplicá-la parcialmente. O acordo é uma solução eficaz e inteligente se, aplicando a Lei, o Cade reduz o ônus de uma contestação judicial à medida preventiva que vê indispensável impor para salvaguardar a efetividade de sua decisão futura. O CADE já tem competência para impor unilateralmente medida preventiva, não precisa acordar sobre a aplicação dela ou de seus

termos; a Lei assim estabeleceu, e os agentes não a desconhecem e por isso avaliam o risco a que estão sujeitos ao firmarem o ato que estão obrigados a submeter ao controle do CADE. O acordo é antes sobre alguns atos decorrentes à realização do ato de concentração que, praticados, possam ameaçar a efetividade da ação preventiva do CADE. Portanto, não se trata de acordo de reversibilidade e sim acordo de abstenção, temporária, de prática de atos cujos efeitos possam prejudicar a efetividade de decisão futura do CADE, de entre estes, aquele que venha determinar a reversão, pela desconstituição total ou parcial do ato, ao estado existente à celebração do ato.

O meu último ponto é a questão da multa por intempestividade. É preciso fazer um pequeno histórico sobre ela. Quando esta resolução, a famigerada resolução 15, foi editada, não faltou advertência ao Dr. Gesner de Oliveira, então presidente do CADE, sobre os riscos de ela conter regra contrária à lei 8.884/94. Nos termos do parágrafo 4º, artigo 54, está estipulado que o prazo para a submissão dos atos de integração do poder econômico ao CADE é de 15 dias úteis contados a partir da sua realização. Em razão do princípio da hierarquia das normas, o artigo 2, da resolução nº 15/98, não pode contrariar o dispositivo da Lei 8.884/94, e fixar forma divergente de contagem de prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54 daquela Lei. A anulação de multa imposta pelo CADE, fundada em suposta intempestividade com base nessa resolução contrária ao Direito, é medida que se impunha como forma garantidora do estado de direito. E assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmando à unanimidade sentença de primeiro grau. O que é importante nesta decisão é a confirmação de que resolução é uma regra infra-legal e como tal não pode contrariar a norma legal. Ela há de se conter nos limites da norma. San Tiago Dantas, há mais de 50 anos, dizia isto: as normas infra-legais não podem ser extravasoras se querem ser aceitas no universo jurídico. É claro que esta regra infra-legal, esta resolução do CADE, ao dizer de forma diferente da Lei, é contrária ao Direito. A realização do ato, estas as palavras da Lei, que a resolução quis alterar, entendeu o Tribunal ocorrer quando não pender nenhuma condição suspensiva do ato, e, portanto, desta data começa a contar o prazo de quinze dias úteis para notificação. Por quê? Porque o legislador quis que fosse assim e assim fixou na Lei. Não cabe ao CADE mudar a Lei, e sim cumpri-la.

É claro que existe um fator que foi tomado pelo Dr. Gesner, a sugerir que, ao uma empresa anunciar a compra de outra e para esse fim assinar um pré-contrato, já haveria, em tese, um abalo concorrencial, uma vez que a estrutura do mercado em causa vai sofrer alteração e esta perspectiva já lhe pode mudar a dinâmica. Contudo, o legislador não achou esse fato suficiente

para determinar a notificação; não viu nessa possibilidade, que nasce antes de uma especulação, de um ato de raciocínio, efeitos concretos imediatos a ocorrer em todos os mercados em que atos de integração empresarial forem anunciados, e, se ocorrer, sejam devidos à livre concorrência. É uma possibilidade não suficiente aos olhos do legislador, a lhe exigir que neste momento fosse iniciada a contagem do prazo para notificação do ato. Entendeu o legislador ser o momento devido, a partir do qual são inequívocos, porque concretos, os efeitos irradiados do ato sobre o mercado concorrencial, o momento da realização do ato de integração. E realização juridicamente se tem quando o ato está apto a produzir todos os efeitos que dele se espera. Se existe uma condição suspensiva, se o ato ainda está nas suas etapas preparatórias, ainda que estas etapas sejam atos em si que se encadeiam, o ato não está realizado e a Lei diz que a notificação é da realização do ato.

Este entendimento jamais se apresentou aos advogados como uma questão controversa, ao contrário do entendimento do CADE, que, com base em uma resolução extravasora dos limites da Lei, ergueu uma controvérsia que consumiu somas consideráveis de tempo e recursos, públicos e privados. Agora a Justiça falou.

Porém, o fato de a Justiça haver considerado o entendimento do CADE contrário ao Direito não anula a qualidade do debate que houve e as importantes lições que dele se devem tirar. Espero que com essa decisão o presidente Rodas se veja um pouco aliviado do debate cansativo, do qual ele fez uma justa queixa na sua exposição, sobre a questão da multa. Se o CADE seguir a decisão do Tribunal Regional Federal, esta questão estará rapidamente resolvida, desanuviando a pauta do CADE e permitindo que o seu tempo seja dedicado às questões mais importantes.

Muito obrigado.

## **LAÉRCIO FARINA**

\_ Com os meus agradecimentos ao Dr. Pedro Dutra, eu quero ressaltar, que é sempre um constrangimento e um desagrado para mim ter que advertir o Dr. Pedro Dutra sobre o tempo sempre excedido, na medida em que é sempre muito agradável ouvir as suas inteligentes e principalmente afiadas considerações.

Gostaria de passar agora a palavra ao Dr. Roberto Pfeiffer.

**ROBERTO PFEIFFER**

Bem, inicialmente, eu gostaria de agradecer a mais esses convite do Ibrac, ao qual aquiesci com muita satisfação e honra, queria também me agregar a todos aqueles que parabenizaram o órgão pelos seus 10 anos e por todas as suas realizações. Serei redundante, mas acho que é uma redundância que acabará sendo bem recebida pela Diretoria e por todos os seus membros, e também agradecer em nome pessoal então este convite, para tratar desse tema e desde já pedir a compreensão que eu procurei limitar, então dentro desse tema que era amplíssimo, um aspecto que é o concernente a cartéis. Então eu vou procurar ressaltar um pouco da experiência recente que o CADE e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem tido no enfrentamento a cartéis, explorando um pouco o panorama normativo, a estrutura e eu englobo tanto a estrutura do órgão no aspecto principalmente recursos humanos, mas também do aparato institucional existente. E também, finalmente, a partir da análise de alguns casos mais recentes, tentar extrair umas reflexões que podem ser dados sobre a adequação do nosso panorama institucional e legal e se algumas mudanças merecem ser efetivadas.

Então, em primeiro lugar, eu destacaria algumas condições, não são todas, seria ingenuidade querer ressaltar todas, mas algumas condições que são favoráveis na literatura mundial ao estabelecimento de cartéis que poderiam ser aplicados perfeitamente no Brasil.

Em primeiro lugar, os setores oligopolizados são mais suscetíveis, mas não são os únicos passíveis de estabelecimentos de cartéis, acredito que o setor de postos de gasolina seja uma boa prova, muito embora ele seja mais oligopolizado do que aparenta, porque analisando alguns mercados você percebe que uma grande parte dos postos são detidos pelos mesmos donos, ou o mesmo grupo empresarial, então não é verdade que ele é tão fragmentado quando aparenta ser.

Mas vou me abster de qualquer outra menção à oligopólio dado a brilhante palestra do Dr. Raffaelli.

Algo que sem dúvida nenhuma também contribui para o maior estabelecimento de cartéis, é o pequeno histórico de condenação. Então, obviamente, a outra face da moeda, a medida que mais condenações forem efetivadas ou mais persecuções forem efetivas, também não estou dizendo que isso obriga o órgão a condenar; obviamente só vai se condenar quando houver efetivamente provas da sua ocorrência, mas a medida em que há maior condenação, há maior medo de punição e conseqüentemente um menor estímulo.

A cultura de fixação de preços, sem dúvida nenhuma, talvez seja o grande agente contribuidor para um estabelecimento de cartéis, a partir do momento em que se controlava preços na forma e na evolução como isso foi feito, por exemplo no Brasil, se formos ver toda a evolução que culminou com a Comissão Interministerial de Preços mas que começa antes. Nós percebemos que na dinâmica da formação desse controle de preços, havia a chamada dos empresários, a chamada das associações de classe, para sentarem na mesa e praticamente negociarem o preço que seria fixado ou reajuste que seria feito; então obviamente isso acaba estimulando o agente econômico no mercado de livre concorrência a ter um comportamento semelhante.

Então, sem dúvida nenhuma, isto está na raiz de uma maior propensão a mecanismos de colusão.

Eu não terei tempo aqui para fazer um histórico do processo de formação, de controle de preços, mas sem dúvida nenhuma, isso na literatura econômica é muito ressaltado tanto que no seu final, os preços controlados, os reajustes controlados, eram muito semelhantes aos dos setores não controlados, o que somente comprova como isso era acordado. E isto também gerava distorções nas associações de classe no seu comportamento. Elas eram chamadas à mesa, eram interlocutores de processo de formação de preços.

Dentre outros instrumentais necessários, nós necessitaríamos da presença de amplos poderes de investigação, uma adequada estrutura administrativa, uma *expertise* técnica na análise disso e que envolvesse não só o conhecimento próprio do direito econômico, do direito da concorrência, mas também até a *expertise* investigativa, um adequado programa de leniência e uma clareza no tratamento legal. Não são os únicos requisitos, não me levem isso como um rol exaustivo, mas alguns, e eu vou procurar traçar brevemente, alguns aspectos.

Bem, quanto aos instrumentos existentes na legislação brasileira, eu ousaria dizer que infelizmente eles não são suficientes para uma adequada persecução ao cartel. Não estou aqui passando uma imagem de pessimismo, porque acredito, que como passarei na próxima transparência, que isso pode ser suprido com a correta ação conjunta com o Ministério Público. Eu vou explicar porque. Lendo os mecanismos que até foram aperfeiçoados atualmente pela introdução de novos mecanismos, nós vemos que, muito embora eles dotem de maior poderes, as autoridades antitruste não são ainda suficientes para apenas com eles se fazer uma correta persecução ao Cartel que é cada vez mais, mesmo no Brasil, tenderá a se valer de mecanismos bastante sofisticados.

Eu vou até me dispensar de ler o artigo 35, parágrafo 2º, porque ele por si só demonstra eloquência de sua inefitividade para qualquer investigação, dada a essa antecedência no aviso à empresa.

Temos um mecanismo um pouco mais efetivo que seria a possibilidade de busca e apreensão por intermédio da AGU. Esse já é um certo avanço, muito embora ainda existam entraves burocráticos para sua concreção e o importante mecanismo, a exortação a uma colaboração de todas autoridades federais.

E é esse talvez o ponto mais importante que possa ser aperfeiçoado juntamente com a sanção: a não colaboração. Mas eu vou destacar este aspecto que é justamente a colaboração da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

Parece-me , e é de suma importância essa colaboração ser efetivada, porque dado que o Cartel é crime no Brasil, ela traz ao sistema a possibilidade de alguns meses de prova que apenas o processo criminal traz. Não se trata também de uma insuficiência legal propositada, mas decorrência de limitações constitucionais. Então, aqui é somente para os Processos Criminais que ele se faz possível, instrumentos tais como: quebra de sigilo bancário, escuta telefônica.

Ressaltaria nisso um grande avanço que houve na recente celebração de convênio entre a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico com o colégio nacional dos ministérios públicos estaduais. Conseqüentemente há um convênio para colaboração com todos os Ministérios Públicos Estaduais do País, um convênio guarda-chuva, e que é de suma importância então para se aperfeiçoar esses mecanismos. E nós veremos que, na prática brasileira, há duas recentes condenações relacionadas à Cartel e que tiveram uma decisiva colaboração dos respectivos Ministérios Públicos.

Um outro fator importante é a existência de um acordo de leniência, Eu destacaria que a experiência norte-americana demonstra isso com clareza, e demonstra com clareza não só a necessidade de um acordo de leniência para você ter uma efetiva repressão à cartel como um acordo de leniência com alguns requisitos que eu vou procurar rapidamente destacar.

Se verificarmos a evolução da possibilidade de condenações nos Estados Unidos, não só antes do estabelecimento do primeiro programa de leniência norte-americano, mas principalmente após as reformas que foram feitas a partir de 1992 neste mesmo programa, nós veremos a evolução significativa da possibilidade de condenações. Esse mecanismo é para justamente exortar colaboração daqueles que estão envolvidos em cartel, que tenham medo de ser

pegos nessa atividade e, não querem sofrer as pesadas multas e as conseqüências criminais, então, vem colaborar com a investigação criminal.

O primeiro requisito é uma clareza nas condições para ingresso no programa de leniência. Sem uma clareza nas condições de ingresso de que esse ingressante será aceito, se torna impossível o sucesso do programa de leniência. Foram justamente essas as falhas do primeiro programa norte-americano que posteriormente foram consertados e que permitiram pífios resultados durante o estabelecimento do primeiro programa. Também uma transparência na indicação dos benefícios a serem alcançados pelos participante e uma concessão total dos benefícios, apenas é o primeiro a participar, é o que se chamam uma corrida para o programa, e apenas aquele primeiro que se apresentar é que recebe o benefício. Então isso gera inclusive, mecanismos de instabilidade no próprio cartel pois abala a confiança mútua entre os membros, se eles respeitarão ou não até o fim o conluio. Isso é importante estabelecer, e é isso que está no Programa Brasileiro e é isso que há no programa norte-americano e também no europeu. É uma concessão de benefícios parciais às demais empresas que colaborarem. Também é importante para os demais ingressantes fazerem parte. Uma certeza na concessão dos benefícios é muito importante, talvez seja o requisito mais importante, se não houvesse certeza não há como se fazer, e um temor de que isso venha a ser efetivado, a sanção do cartel, e finalmente uma extensão automática dos benefícios aos membros da empresa.

Bem, dito isso, se analisarmos friamente a lei brasileira, parece que todos esses requisitos estão englobados no programa de leniência. Então, há uma clareza nos benefícios a serem tomados, há uma clareza naqueles que serão beneficiados, porém há um fato inescapável que seria absurdo eu não ressaltar, até hoje, depois de dois anos de ter sido introduzido esse acordo de leniência, nenhum acordo foi firmado. Isso vem de diversos fatores e acho que cabe nós cada vez mais refletirmos sobre esse assunto.

Não vou detalhar todos eles, mas acho que deve-se aos poucos casos de condenações. Existe um pequeno temor de um membro de cartel ser efetivamente de ser pego. Mas talvez haja alguns problemas internos. Um deles era essa não-extensão automática a todos os membros.

Não estava tão claramente disposto essa extensão-automática a todos os membros, o que gerava então insegurança das firmas, de que ainda que os seus dirigentes maiores fimassem o acordo isso não ser imediatamente extensível a outros membros, e aí o anteprojeto de lei trata, da forma como está exposta na transparência; o assunto de uma forma um pouco mais pormenorizada.

Na minha opinião algo que deve ser refletido para se encaminhar um maior sucesso desse programa de leniência é a que também se estreite à cooperação com Ministério Público. Essa cooperação deve se dar não apenas na questão da instrução, que foi o primeiro aspecto que eu salientei, mas também na concretização porque se percebe diversas empresas reclamarem de uma certa insegurança, muito embora tenha sido também concedida anistia criminal, a lei expressamente permite isso, sem a qual seria inútil o programa de leniência, há alguma insegurança pelo fato de nenhum membro do Ministério Público também firmar aquele acordo de leniência, e a gente sabe que aqui há um monopólio da propositura da ação penal pelo Ministério Público. Isso tem gerado então uma insegurança nas empresas. Seria então ideal, com o amparo nesses convênios, que também o Ministério Público acabasse firmando também um eventual acordo de leniência, isto daria uma maior robustez. Mas enfim, essa é uma reflexão, mas isso talvez, sem necessidade de um maior aperfeiçoamento legal, possa ser perfeitamente consertado.

Estrutura administrativa: não vou ficar aqui também ressaltando mais do que foi dito, ela é imprescindível e efetivamente hoje como o sistema está é impossível se pensar numa adequada persecução à cartéis. É preciso dotá-lo de quadros pois senão essa tarefa não será desempenhada a contento. E daí então a importância de pressionar para aprovação de projetos de lei que dotem os órgãos de quadros efetivos.

Tentando aqui cumprir o tempo, eu vou passar para um breve histórico de algumas condenações de cartéis.

A Primeira delas, em 1999, foi então julgado aquilo que se entendeu como um cartel num setor amplamente oligopolizado, envolvendo três indústrias produtoras de aços planos mas não vou me deter muito nesse caso, vou preferir ressaltar os casos mais recentes.

Um dos processos mais importantes julgados pelo CADE no ano passado, foi sem dúvida nenhuma a condenação do primeiro cartel em postos de gasolina: o cartel de combustíveis de Florianópolis.

Destacaria inicialmente que é a colaboração com o Ministério Público que possibilitou se obter escutas telefônicas que permitiram não só uma efetiva comprovação do conluio existente, as gravações demonstraram a riqueza de detalhes com que eram combinados os preços e depois permitiu também perceber a função absolutamente central do Sindicato. O Presidente desse Sindicato tinha uma função tanto de liderança para o estabelecimento conluio como o de um monitoramento, e também tinha uma função de coação encima daqueles que não estivessem cumprindo as determinações e coagia também aqueles que não eram membros do Cartel, do conluio expresso, a também aderirem uma política de aumento de preços, e ele tinha uma função

interessante de arbitramento. Essa função de arbitramento era de permitir reduções esporádicas de preços, por exemplo, algum posto que estivesse sofrendo uma concorrência mais efetiva de seus vizinhos era permitido que ele baixasse preço por um determinado tempo, enquanto se buscava convencê-lo através de argumentos ou de ameaças a aderir a essa política de aumento de preços. Então ali se vê diversos comportamentos clássicos de um cartel.

Outro fator que eu gostaria de ressaltar e que gera algumas dúvidas sobre a nossa lei, até onde ela vai em relação à cartel, ou seja, se ela distinguiria o cartel de outras infrações contra a ordem econômica; essa é uma dúvida que vem sendo hoje bastante debatida, não existe muito doutrina escrita mas se percebe já em diversos simpósios uma discussão a respeito do assunto. Eu não pretendo expor aqui uma opinião formada sobre o assunto, mas eu diria que apesar de serem fundados alguns argumentos sobre um tratamento diferenciado não foi propriamente muito diferenciado o tratamento que o CADE deu ao tema, até por um certo temor, e foi um conservadorismo, talvez para que isso não fosse posteriormente anulado, ou seja, não se tratou aqui como uma infração per se nesse caso, mas acabou se fazendo uma investigação tradicional como se fosse efetivamente pela regra da razão todo o estudo dele.

Outro aspecto interessante é que acabou sendo, tanto nesse como no outro caso que é o caso de Goiânia, acabou sendo efetivado um estudo econômico para se tentar verificar os potenciais efeitos trazidos pelo Cartel. É importante dizer, em primeiro lugar, que esse estudo econômico a rigor seria desnecessário, porque a nossa lei é absolutamente clara quanto a necessidade prova da potencialidade dos efeitos. Em outras palavras, você não precisa provar que uma determinada infração contra a ordem econômica gerou efeitos contrários à concorrência, mas sim que ela tinha potencial de fazê-lo. Isso é uma provisão extremamente importante pois retira da autoridade antitruste a obrigação de provar os efeitos concretos efetivados numa prova extremamente difícil em diversos casos. Mas ali se procurou fazer, muito embora com diversas ressalvas, que eu me somo à elas, quanto a complexidade desses mercados e complexidade do processo de formação do preço da gasolina. Jamais se poderia dizer que uma única ação poderia ser absolutamente decisiva para uma uniformização, você tem inúmeras relações verticais existentes com possíveis imposições de abuso de poder econômico, entre elas, por exemplo, e é um mercado extremamente complexo com diversos tipos de contratos ligando distribuidoras à revendas, distribuidora à refinadora, etc. Porém se procurou fazer um estudo econômico e se demonstrou que haviam uniformizações que fugiam um pouco à lógica de um mercado efetivamente concorrencial, sem contar que essas uniformizações eram sempre feitas com preços superiores a

preços anteriormente praticados. Havia então alguns momentos de guerra de preço e depois algumas uniformizações que não eram muito harmônicas com que se esperava de uma revolução natural do mercado.

Mas esse estudo econômico foi feito também, em parte, para sedimentar aquilo que foi já muito ressaltado hoje, que é a questão da cultura da concorrência, ou seja, se procurar demonstrar quanto esse cartel pode prejudicar o consumidor final, prejudicar a população, disseminando esses aspectos da danosidade dessa conduta.

Outro caso foi o caso de Goiânia que também houve então a presença de um Sindicato coordenando processos colusivos das empresas e aí também acabou se demonstrando a ação conservadora efetivada pelo Presidente desse sindicato.

Eu a rigor, teria mais aspectos para falar sobre o tema, um tema que suscita inúmeras apreciações mas em respeito ao tempo, em respeito ao almoço de todos vocês, eu havia prometido ao Dr. Laércio que cumpriria o meu tempo de 20 minutos e eu tento fazê-lo, eu só destacaria esse aspecto que eu acho que pode ser aprofundado cada vez mais em simpósios e que é muito importante, que é essa presença das associações de classe, dos sindicatos empresariais. Também não ousaria dizer que todos eles são potenciais centralizadores de cartéis e acho que isso não há como se fazer essa generalização; porém não há dúvida, de que nós temos que nos aprofundar nos estudos de qual é o correto papel então dessas entidades numa economia efetivamente concorrencial, de mercado. Então acho que está mais do que na hora da sociedade brasileira efetivamente refletir sobre a conduta que diversas associações de classe tem feito na consecução dessas práticas colusivas. E encerrando eu diria que, por exemplo, algo essencial para demonstração da posição dominante, do poder de mercado, daquele cartel em Florianópolis, que não envolvia todos os postos, não foram todos os postos da cidade representados, foi a meu ver, a presença centralizadora de sindicato, então aquela presença conseguiu dotar, estender aquele poder daqueles agentes econômicos que atuam no mercado como um todo porque ele tinha como influenciar todo o mercado. Não só discutir o papel como acaba sendo a prova da inclusão de um sindicato, um fator bastante importante para demonstrar efetiva presença de poder de mercado. Bem, com essas palavras eu agradeço à atenção de todos e me coloco à disposição para qualquer esclarecimento.

Muito obrigado.

Slide 1



PALESTRA NO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA  
CONCORRÊNCIA

**CARTÉIS : REPRESSÃO E ESTRUTURA  
ADMINISTRATIVA**

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**  
Conselheiro do CADE  
Mestre em direito pela USP  
Professor de Direito Econômico

Brasília – 29.11.2002

Slide 2

## **I- Condições favoráveis ao estabelecimento de cartéis:**

- ◆ setores oligopolizados
- ◆ Pequeno histórico de condenações
- ◆ cultura de fixação de preços
- ◆ Distorções na atuação de associações de classes

Slide 3

## **II- Instrumental necessário para a repressão a cartéis**

- Destacarei, exemplificativamente, cinco:
- 1) Amplos poderes de investigação
- 2) Adequada estrutura administrativa
- 3) Expertise
- 4) Adequado programa de leniência
- 5) Clareza no tratamento legal

Slide 4

### III- Análise dos instrumentos existentes na legislação brasileira

- Os instrumentos de investigação, muito embora ampliados com a edição da Lei nº 10.149, de 21.12.2000, ainda são insuficientes:
  - Inspeção, mediante notificação com 24 horas de antecedência (art. 35, § 2º).
  - A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de uma série de itens (art. 35-A).
  - Assistência e colaboração de todas as autoridades federais (Art. 36).

Slide 5

Conseqüências ao desrespeito às  
determinações administrativas –  
imposição de multas: Art. 26

Slide 6

## Cooperação com a Polícia Federal e o Ministério Público

Permite-se que sejam utilizados os instrumentos de investigação criminal, aí incluídos a escuta telefônica e a quebra de sigilo bancário.

- Recente convênio entre o Colégio Nacional do Ministério Público e a SDE e SEAE.

Slide 7

## IV- O ACORDO DE LENIÊNCIA

- **Requisitos exigidos para o sucesso do programa**
- 1) Clareza nas condições para ingresso no programa de leniência
- 2) Transparência na indicação dos benefícios a serem alcançados pelo participante;
- 3) Concessão total dos benefícios apenas ao primeiro a participar;
- 4) Concessão de benefícios parciais às demais empresas que colaborarem

Slide 8

- 5) certeza na concessão dos benefícios, desde que preenchidas as condições para a sua aquisição.
- 6) Existência de pesadas sanções administrativas e, onde houver, penais, para os participantes do cartel, agravadas quando eles não colaborarem com as investigações;
- 7) Temor da descoberta do cartel e do sucesso das investigações
- 8) Extensão automática dos benefícios aos membros das empresas

Slide 9

## Problemas identificados

- 1) Não extensão automática a todos os membros da empresa.
- Anteprojeto de lei:
- § 6º Serão automaticamente estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, assim como aos seus dirigentes, administradores e empregados, envolvidos na infração, os efeitos do acordo de leniência, salvo se, requisitados pela autoridade, recusarem-se a cooperar com as investigações e o processo administrativo. (NR)

Slide 10

- 2) Cooperação com o Ministério Público. A fim de retirar todos os questionamentos existentes, o ideal seria a assinatura conjunta do acordo.

Slide 11

## V- Estrutura administrativa

- Imprescindibilidade de dotar-se os órgãos de adequada estrutura administrativa

Slide 12

## **VI- Exemplos de condenações de cartéis pelo CADE**

- Primeiro caso: PA nº 08000.015337/94, Cartel de aços planos - Usiminas, Cosipa e CSN

ação concertada entre as três maiores empresas siderúrgicas do país, que, após mais de um ano sem alterar os seus preços, reajustaram os seus preços em datas semelhantes e em patamares próximos.

Slide 13

### **Cartel de combustíveis de Florianópolis:**

#### **Uniformização do preço de revenda de combustíveis**

- Importância da colaboração com o Ministério Público de Santa Catarina: realização de escuta telefônica. Ela permitiu a gravação de conversas que demonstraram em detalhes a formação de cartel, evidenciando o papel de coordenação efetivado pelo Presidente da associação de classe

Slide 14

- Função central do Presidente do Sindicato: monitoramento, arbitramento e coação.

Slide 15

### Estudo econômico

- Mesmo com a lei não exigindo a comprovação de efeitos, foi realizado um estudo econômico da evolução dos preços no segundo semestre de 2001, evidenciando que efeitos foram alcançados.

Slide 16

Uniformização de conduta comercial coordenada pelo Sindicato dos Postos de Combustível em Goiânia

Neste caso, há dois processos administrativos: um instaurado contra diversos postos, por formação de cartel, o qual ainda está na fase preliminar de investigações, não tendo sido remetido para julgamento do CADE.

Slide 17

- O que motivou a abertura do processo foram declarações efetuadas pelo Presidente do Sindicato, na qualidade de testemunha na Averiguação Preliminar nº 08012.010083/98-41, o qual afirmou:
- *“que, quando consultado, enquanto presidente do Sindicato, recomenda que os revendedores pratiquem para a gasolina e o álcool a margem que o governo autoriza em relação ao diesel”.*

Slide 18

- No curso do processo restou evidenciado o papel coordenador do Sindicato na uniformização de condutas comerciais.

Slide 19

- realizado um estudo econômico do comportamento dos preços de revenda de combustíveis na cidade de Goiânia.
- Muito embora ressaltando-se a complexidade do processo de formação de preços deste produto, em que intervêm diversos agentes econômicos e em que há uma diversidade de modalidades contratuais relacionando refinadoras, distribuidoras e revendedores, foi constatada a existência de elementos que pudessem embasar a afirmação de que a ação uniformizadora do Sindicato surtiu efeitos concretos.

Slide 20

A rigor, seria até mesmo desnecessário, tendo em vista não ser requerida a prova da efetiva ocorrência de efeitos.

Porém, restou útil diante da necessidade de reafirmar o potencial danoso do cartel e serve para rebater qualquer acusação de aplicação de regra per se.

Slide 21

## **Anteprojeto de lei**

“Art. 21. Constituem também infração à ordem econômica, independentemente de culpa, ainda que seus efeitos não sejam alcançados, acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- I - preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- II - a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- III - a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

Slide 22

IV - preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

§ 1º Caracteriza infração da mesma natureza promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, ou ainda trocar informações, tendo por objeto ou efeito qualquer das hipóteses previstas nos incisos do **caput** deste artigo.

§ 2º Não se aplica às infrações de que trata este artigo o disposto no art. 20, § 4º, desta Lei.”

Slide 23

a) No que se refere à quase todas as infrações à ordem econômica, o anteprojeto de lei deixa claro que:

a.1) somente constituem-se infrações contra a ordem econômica na medida em que tragam os efeitos do art. 20, *caput*.

a.2.) coloca de modo expresso a presença da regra da razão:

Slide 24

- § 4º Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios, cumulativamente:
  - I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência;

Slide 25

- II - compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.”

## DEBATES

Agradecendo as colocações do Conselheiro Pfeiffer. Eu gostaria de passar aos debates e eu tenho a impressão de que nós precisávamos aqui fazer uma combinação com relação à tempo em razão do adiantado da hora. Evidentemente os debates se apresentam como necessários num tema tão apaixonante quanto esse de abuso de poder econômico, e eu imagino se não houver manifestações muito veementes em contrário levar os debates por meia hora, até 13:15 hrs.

Como todos consentiram tacitamente, então nós vamos até 13:15 hrs. Eu gostaria de fazer primeiro uma provocação às posições do Conselheiro Pfeiffer, e instigar uma parte dos debates aos senhores, levantando o seguinte ponto na esteira das colocações que foram feitas aqui, principalmente as colocações do Dr. Raffaelli, nas quais nós pudemos observar que até a nossa legislação antitruste contém mecanismos que a União Européia não prevê; as colocações feitas pelo Dr. Pedro Dutra e do conjunto delas a questão relativa à eficiência do nosso sistema antitruste, naquilo que se refere a repressão da infração à ordem econômica. Na segunda transparência do Conselheiro Pfeiffer me pareceu que havia um item de muita importância, que era a questão do baixo número de condenações, nós estamos falando a respeito da credibilidade do sistema de defesa da concorrência enquanto item desincentivador do abuso das posições dominantes ou da infração à ordem econômica por abuso de posição dominante. E a pergunta que se faz é: Por que o sistema não conquistou no Brasil - nós ouvimos por mais de uma vez isso hoje de manhã - por que o sistema não conquistou no Brasil a credibilidade necessária? É um problema estrutural dos órgãos que passa pela reformulação desses, como por exemplo a criação da agência. Não há dúvida, mas parece também que nós temos um enfoque que talvez não esteja totalmente correto, parece esse é um ponto necessário à reflexão e discussão sobre o próprio processamento da questão perante os órgãos da defesa da concorrência. Nós precisamos lembrar, o Dr. Pedro Dutra lembrou muito bem, a questão do direito administrativo que sempre foi muito pouco discutida nestes fóruns do Ibrac.

Na abertura de um recente Congresso realizado nos Estados Unidos, Congresso de Economia, um professor de Direito e de Economia, identificou nos países em desenvolvimento a excessiva criminalização dos casos de cartel como um dos motivos pelos quais o número de condenações era baixo. E essa preocupação em tratar o caso de Cartel, como se a nossa legislação atual prevísse a infração per se, o que não faz, a excessiva preocupação em tratar portanto esses casos na esfera penal com a busca das provas da verdade absoluta que é necessária para jurisdição penal, mas que não é para o processo admi-

nistrativo, que é o de que nós estamos tratando aqui, talvez seja uma das raízes do problema.

Parece ser um ponto interessante para debate que eu quero instigar os senhores. Antes de abrir a palavra para debate eu vou pedir uma gentileza aos Srs. da Rede Globo que por favor desliguem as luzes, porque vai ser muito difícil daqui da mesa identificar aqueles que queiram fazer pergunta.

Muitíssimo obrigado a ambos eu não sei se isso vai atrapalhar a filmagem, mas realmente vai dificultar muito a condução do debate.

Eu vou pedir aqueles que tiverem interesse em fazer pergunta que se identifiquem e identifiquem também o destinatário da pergunta.

Artur Barrionuevo, sou Economista da Fundação Getúlio Vargas.

A pergunta é para o Dr. Raffaelli. A discussão que ele trouxe é muito interessante em dois aspectos: o primeiro é a questão de tratar o paralelismo consciente do ponto de vista de abuso coletivo de posição dominante e a segunda questão é como reprimir oligopólios onde a competição não vem acontecendo, muito mais de uma maneira ex-post do que ex-ante.

A primeira questão então é: eu não vi claramente como economista a diferença de você tratar o abuso de posição dominante coletivo em relação ao paralelismo consciente. Porque os efeitos são os mesmos e as condições colocadas de transparência de mercado, retaliação, impossibilidade de consumidores ou competidores reagirem, são exatamente as mesmas do paralelismo consciente, quer dizer, se a gente trabalhasse com a teoria dos jogos e tal, a gente chegaria às mesmas conclusões? Quanto aos efeitos também são os mesmos; quer dizer que cada mercado tem eventualmente uma situação de lucros acima da média, barreira à entrada, etc? Eu sinto uma certa dificuldade em entender aonde está o avanço dessa posição em termos de caracterização econômica.

O segundo ponto e aí eu acho que a preocupação é maior quer dizer em vez de se tratar previamente via controle de fusões e aquisições, a questão do paralelismo consciente, tratar ex-post, a minha pergunta é se isso não pode provocar um dano ao bem-estar maior do que ele pretende evitar. Por que isso?

Porque isso vai significar uma espécie de espada de Dâmocles sobre a cabeça das empresas, quer dizer, cada setor industrial ou de serviços vai estar sujeito a um processo se a autoridade não entender que essas empresas estão concorrendo da maneira que a autoridade considera adequada. Se a gente trabalhar com a idéia do Williamson, o direito de propriedade é importante para garantir investimentos, para garantir que as empresas inovem. Se as em-

presas estão sujeitas a serem punidas por não estarem seguindo um grau de competição que as autoridades consideram adequada, talvez se possa criar um problema tão grande quanto o que se pretende evitar. E a última observação referente a isso é que os mercados nos E.U.A certamente são mais competitivos do que provavelmente na União Européia e certamente que no Brasil.

Um dos problemas dos oligopólios digamos assim, sem muita competição, é a falta de entrada, mas isso acontece mais pela inexistência de mercados de capitais que sejam mais eficientes. Tentar resolver esse tipo de problema é via um controle geral das autoridades de defesa da concorrência, imagino eu, pode criar um problema de intervenções arbitrárias.

Então, eu gostaria de saber a sua opinião sobre essas questões.

## **ENRICO RAFFAELLI**

I think it's better to answer because its not an easy query and you are touching in very important points and it's difficult to understand as a lawyer to some one who knows economic more than me. But I think that your points are very interesting. So I will attempt to give you my ideas in respect of them all. The first point is: the effects are the same. Of course this is the problem and indeed this is the reason why we are studying that. Because from an economic point of view the situation is the same, but not form a legal one. Because if we have a law which permits to do something ,we can intervene; if do not have a law, we cannot intervene. And so this is exactly what I attempted to transfer because for us lawyers, this is a problem because we cannot accept a situation like this in which it's sufficient to be in a atmosphere of oligopoly without any consequence what normally is a crime and can put you in jail submit you to fines and so on. So this is exactly what we are asking as lawyers, to the economists and to the politicians to intervene. This is exactly the reason why I have chosen subject to discuss with you. You are saying that you don't know if the positive consequences of the suggested intervention would be better... if we are not creating more disadvantages of this situation as it is. I do not know it. I ´m a lawyer and a limit myself to say that this a situation in which clarification is needed. Why ? Because oligopolistic markets are increasing. And, in theory, all markets will became oligopolistic markets and in the future there will be no more competition and there will be nothing to discuss because this is the trend. And therefore, what we do: we respect oligopolistic markets. We must do something because, this is a point that I have noted very much, because for us competition is essential, in other words, we are actually convinced in Europe that a market without the regulation of the

competition doesn't work. And they have noted this point very much, so for me it's a problem to see a market without competition. The fact that the lack of competition is due to the structure of the market is not a satisfactory answer, because this market is not working heavily, because there is not competition.

So I'm worried of the fact that the politicians must find a manner together with the economists to solve this problem. My suggestion, based on something that have seen in the world is to give to the antitrust authorities the powers to intervene with structural orders with divestiture. Maybe this is a difficult point also in e view of the fact that antitrust authorities do not like very much to act as regulator and to intervene in the market but something must be made. The last point that you raised, certainly you are touching once again in a good point. I forgot to say that in my view the antitrust if authorities should intervene in the market in order to reopen it to competition without fines, certainly because, at least for the time being, the laws do not compels the companies to compete but since we need the competition in the market in order to regulate the market because we don't have any other regulator, we have only the competition to regulate the market. At this point I want someone who assures us the regulation of the market also in the oligopolistic market. This is the answer for your query and if I have only one second I want to say two things. One is, on the opening section I was very impressed by the fact that differently of what happens in Europe, the opening section was a very interesting section. We have always formal, very boring opening section, but here the opening section there was with a lot of interesting topics and I've appreciated it. One is the problem of the association. If I have well understood the point touched was trade associations are causing cartels. This is a very delicate aspect which we can discuss because in Europe, in Italy in particular, the attention of the antitrust authorities is on the trade association. But I'm fighting against this equalization of trade association and cartels because this is a risk for competition. Because trade association are very important for competition; because if there are trade association there is the possibility for little and medium companies to compete with the big companies because in certain services the little and medium companies have certain services only if there is a association. So I'm fighting against this knowing that if I want to trace a place in which the competitors meet and their contacts, this is the trade association. What we are doing. We assist a lot of trade associations. What we doing? We are performing the most serious trade associations, some antitrust compliance programs. And we make meetings with all the groups that of the association in order to explain the risk of not respecting antitrust law because this could cause the death of the association world and which would be a problem for antitrust. The last point is that I have noted the difference in the

political framework and I was a little bit upset to see that perhaps my presentation has given for granted a background which is not the same that you have here. And therefore I don't know if it was useful or not but I noted that you are looking for a reduction of the intervention of the State while in Europe, Italy included, we have in a certain sense the opposite situation because I was requesting, as the professor was outlining, a major intervention of antitrust the authorities in the market. And I must say that in Italy the situation is changing a lot. The FIAT crisis, for example, is causing a request for nationalization of FIAT. But notoriously from the communist party. Our Tremonty Minister is saying in the news paper: "Yes, competition is good but...". This is a "but" which we were not used to hearing in the last years but the situation is changing. I thank you very much.

### **LAÉRCIO FARINA**

A segunda questão vem da Professora Elizabeth Farina. Another economist, Enrico. Sorry for that.

### **ELIZABETH FARINA**

Obrigado, eu sou economista da Universidade de São Paulo e algumas colocações que eu ia fazer o Arthur que me precedeu já fez, mas eu ainda tenho uma questão ao Dr. Enrico Raffaelli.

A respeito das recomendações, uma vez considerado o paralelismo consciente dentro da capacidade jurídica e de controlar o abuso coletivo do poder econômico, dentre as colocações, colocaram duas.

Uma, que seja mínimo o controle sobre os atos de concentração, se é que eu entendi direito, e o segundo poder intervir ex post, quer dizer, num controle prévio se reduz ao mínimo, mas se pode intervir ex post. Me parece que tem um certo conflito, uma certa inconsistência entre ampliar o escopo das considerações sobre a capacidade de exercício do poder tácito e coletivo agora de monopólio, depois de fusões e ao mesmo tempo exigir que ela seja mínima. Quer dizer, a recomendação, o diagnóstico, o instrumento e a recomendação me parece um pouco conflituosa entre si.

O segundo, comentário que eu gostaria de fazer decorre de seu segundo comentário, a respeito das associações, e eu concordo plenamente com ela. Apesar das associações poderem se tornar ninhos de cartéis, elas cumprem um papel muito importante em prol da concorrência para empresas de pequeno e médio porte. Embora, de fato, o convívio entre elas leve a facilitar

a ação concertada, eu acho que ela tem uma função sim e existem alguns critérios que os economistas podem ajudar para separar os dois.

E eu queria fazer uma observação para Dr. Pedro Dutra que é a seguinte:

Já tinha sido colocado pelo Dr. Considera e depois pelo Dr. Pedro Dutra de que o valor da concorrência não se firma no Brasil.

Será que ela se firma em algum lugar? Eu tenho enormes dúvidas sobre isso e quando eu falo sobre concorrência eu estou pensando na verdade em competição.

Olhando a literatura e essa observação do Dr. Enrico acabou de fazer, a todo o momento existe um conflito entre preservar a concorrência, estimular a concorrência, porque os efeitos distributivos tão presentes, existem sim um conflito distributivo latente e quando eu olho esse título equivocado de Seminário Internacional de Defesa Comercial, eu sempre me lembro de que existe sempre uma tensão na política pública entre a proteção e a eliminação ou redução da concorrência e, ao mesmo tempo, você de fato estimular a concorrência, e isso a gente vê nos Estados Unidos com clareza, se vê na Europa com clareza e vê aqui com clareza no Japão nem se fale.

Obrigada.

## **ENRICO RAFFAELLI**

Thank you Mr. Chairman. Perhaps I have not clarified my ideas on the points because what I attempted to say is that it is very difficult in view of the fact that oligopolies are different one from the other and you cannot have economic law which define these markets and you, therefore, are sure, or almost sure, what will happening in those markets. As a lawyer, I was suggesting to reduce as much as possible the intervention at the time that the merger control in which you are obliged to predict the future, in which you have to make an analysis on the basis of something which will happen perhaps. But if in oligopolistic markets one is different from the other you cannot predict the behaviors of the companies. How can you be so sure that the development in the market will be the one that you have decided that will be? So, in my opinion, is a very big responsibility of the antitrust authority to intervene at the time of the merger control because now there is a situation of the market in which a mistake can cause the life of the company because if the companies, the undertakings don not reach the dimensions and the efficiency that the market request in that short time that the market permits, you are causing the death of the companies now in the global markets in which the bigger are

living. So, in my opinion, to continue to exercise this merger control which can cause a lot of problems to companies in a global market, you are sure or almost sure that you have sufficient evidences that the development will be certainly in that direction, ok, we can intervene. But, if we are not so sure, why don't we leave to the undertakings the full responsibility of their choices of efficiency in dimensions and we wait and see, and then, once there is a situation in the market, we can judge if there is not competition at the point that we will have evidences of the abuses, of this lack of competition evidence and not a prediction of the future at that point that you can intervene. This is what I think as a lawyer.

## **PEDRO DUTRA**

A pergunta da Professora Farina é muito bem formulada. Temos que distinguir concorrência do abuso do poder econômico.

As minhas observações dirigiram-se à observação do abuso do poder econômico que no Brasil é praticamente inexistente. Se a repressão ao abuso do poder econômico leva a uma concorrência efetiva a resposta é: não.

Leva a concorrência possível, o legislador não cuidou da concorrência que vai resultar do abuso do poder econômico, ele cuidou do abuso do poder econômico, então o que nós temos a distinguir é: há país onde o abuso do poder econômico é reprimido numa escala considerável como nos Estados Unidos. Cartel por exemplo. O conselheiro Pfeiffer observava isso; lá se criaram os mecanismos de repressão aos cartéis, inclusive criou-se a figura do ilícito per se, que se aplica aos cartéis.

Pois bem: no Brasil é muito baixa a repressão, ela é praticamente inexistente. Na Europa é maior do que no Brasil, menor do que nos Estados Unidos, então nós temos que distinguir o abuso do poder econômico que é um abuso do direito, é um assalto ao direito individual porque o direito à livre iniciativa é uma projeção da liberdade individual no plano econômico. Então a repressão ao abuso do poder econômico no Brasil é ineficiente, e em outros países é mais eficiente. Nos Estados Unidos, muito eficiente.

A concorrência se afirma ou não se afirma? A intervenção do Estado na concorrência é a questão permanente porque o conceito de Estado e consequentemente a ação do Estado, a intervenção do Estado, na vida econômica também muda de acordo com o tempo. Se nós olharmos as duas doutrinas político-econômicas que dominaram o século XX; de um lado a socialista, de outro lado, a fascista, nós vamos ver que ambos coincidiam no ataque a livre concorrência, inclusive a doutrina católica.

Então, a defesa da livre concorrência como uma ação à livre concorrência, o respeito a ela por parte da ação do estado é minoritária, muito pequena, é algo recente; é muito localizado nos Estados Unidos, nos países Anglo-Saxões.

Agora, o que é importante é: deve-se reprimir o abuso, qual concorrência vai sair daí? É a concorrência possível?

Nos mercados regulados, e aí a sua pergunta ganha muito mais relevância, algumas medidas estruturantes são importantes, essa por exemplo, do fator de produtividade na forma de reajuste é extremamente importante.

Eu já sei que a Senhora vai achar baixinho esse valor comparado com a Grã-Bretanha, mas tudo bem, o princípio está lá, isto é muito importante. Algumas verticalizações que não se permitam são importantes, outras já não são tão importantes. Esses pontos existem.

Agora há mercados de concorrência baixa, telefonia fixa é baixa no mundo inteiro, mas já se começa a ver que pode opor concorrência à ela, a telefonia móvel. Então, o importante não é saber se vai haver concorrência, é saber se não vai haver abuso. O importante é saber se não vai haver mais criminalidade, é saber se a criminalidade é efetivamente reprimida.

Nunca vamos nos esquecer da taxa de infração que existe em toda sociedade por mais perfeita ou por mais moderna que ela seja.

Para concluir o seguinte: ainda nos mercados, como essa questão da Fiat e tudo, de intervenção do Estado, o que é importante é o seguinte: ela vai ou não se dar na forma da Lei?

Quero lembrar o caso do Japão: o caso do Japão tem uma lei de defesa da concorrência bem feita e quando o MITI interveio na economia japonesa, o que aconteceu desde o final da guerra até pouco tempo atrás, foi feita uma lei suspendendo a incidência das novas defesas da concorrência para isso. Lá eles trabalharam direitinho também. É uma intervenção na forma da lei, a sociedade exigiu, apoiou a classe política. Lá, no caso o Partido Liberal, que dominou por mais de 20 anos o governo, e foi feito, aí não tem problema; o que não pode é intervenção personalista: o Presidente quer, o Ministro acha, bom; aí nós estamos com todos os pés no terceiro mundo.

## **LAÉRCIO FARINA**

Antes de passar a próxima pergunta, o Conselheiro Pfeiffer pediu para fazer uma breve intervenção em razão dos assuntos que foram mencionados aqui em função da pergunta anterior

**ROBERTO PFEIFFER**

Muito breve, apenas para deixar claro, acredito que eu deixei claro, mas para que não cause nenhum mal-entendido, também jamais expus, em primeiro lugar, que todas as associações de classe fossem efetivamente centralizadoras de cartel ou mesmo de que elas não têm nenhuma importância e devam ser combatidas. Muito pelo contrário, eu entendo que é algo de suma importância não só para concorrência como para diversos outros aspectos. Elas tem uma posição central na sociedade brasileira; apenas saliento que se verifica alguns casos a sua efetiva participação em atividades colusivas. E eu acho que esses dois casos do CADE são um grande aprendizado, do quanto elas podem participar. E que mais do que isso, que muito dessa atividade delas decorre da tradição de serem partícipes, serem agentes do processo de controle de preços que teve ocorrência no Brasil.

O que eu defendo é, muito pelo contrário, que deva ser também feito um processo educativo e eu acho que essas condenações elas tem esse processo educativo também, de demonstrar que houve mudanças no paradigma da economia brasileira e que essas associações tem que estar adaptadas a esse paradigma. Mas eu também não concordo em dizer que não consigo de forma alguma associar associações à condição de cartel; elas tem funções muito mais relevantes e importantes do que essa, apenas é uma questão de se entender que elas, em alguns casos, participam e que é o nosso dever, então estar ressaltando esse aspecto para ver se elas se adequam ao novo paradigma da economia.

Bom dia! Meu nome é Bатуíra Meneghesso Lino eu sou do escritório Magalhães e Ferraz advocacia. Gostaria de fazer uma pergunta ao Dr. Enrico Raffaelli e também ao Dr. Pedro Dutra.

Doutor Raffaelli: essa lei italiana, a lei da comunidade européia, permitem a condenação por prática de cartel por indícios, principalmente quando o fato imputado pode caracterizar a ocorrência de paralelismo de conduta. Ou seja, qual a qualidade da prova que a lei exige para que haja a condenação de cartel, porque como, muito bem disse o Dr. Farina, direito penal exige a busca da verdade real e nós não podemos esquecer que o cartel além de infração na economia é crime. Ao Dr. Pedro Dutra, o quê que ele acha da resolução, uma recente resolução do CADE criando a medida preventiva que não está prevista na lei 8.884.

Obrigado

**ENRICO RAFFAELLI**

I think it is important to clarify that, as regards Italian law and also in European law the infringement of antitrust rules is not a crime at least for the time being but it's not the situation in all the EU States members, for example, the situation is different in Great Britain. So this is already very important because when the other speakers were presenting their report I noted that their reference were the public prosecutor so we don't have this kind of things in Italy or in Europe. Although I must say that in the mind of competition Commissioner Mr. Monti perhaps there is also this fact because this possibility to providing the future crimes, for the time being, he limited himself to obtain the green light to send the officers in the homes, in the houses of the managers of the companies. This is something which will be a part of the reform which will be enacted in the next Council of the European Union meeting and which will enter to force in the first of may of 2004. As I was mentioning in the report, if you have parallel behavior and this parallel behavior doesn't find a justification in the structure of the market, This is already an evidence. Then, there is the evidence is searched in the premises of the companies in order to trace documents in which there is the so called smoking gun. Now, the situation in Italy is becoming more difficult for the national antitrust authorities because Italian companies have now understood how to behave but in the firsts years of the application of our national antitrust law, the situation was completely different and the national antitrust authorities officers found strange things as in that case that they found in a agenda, in a book of a manager a statement of this kind of 'our competitors "compagnias di segurazione" stated that if you do not participate of the next tender of the Milano municipality we will win the next one.' So this was already many things like that. But now, also the Italian officers understood because there is a point that Italian managers, there is a point that I have not mentioned and I don't know if you are aware of. In Italy, national antitrust authorities, is very recently we had a national antitrust law only in 1990. So, till 1990, for the reasons mentioned by my colleague here, in other words, the culture which was in Italy what we called the "Cato-Comunista", catholic and communists, they were against the competition. They thought it was more important to guarantee the possibility of the state to intervene in the market instead of leaving the market to regulate by it self. So in Italy, the antitrust rules were none in these years because until 1990, in Italy, no one knew about antitrust. Not the companies, not the lawyers because there were very few who applied to apply the European antitrust rules which were only for the cases of European dimension and also the judges, because the judges were very reluctant

apply European antitrust law because they don't know it and therefore, they did not know anything about antitrust rules.

## **PEDRO DUTRA**

- A pergunta do meu colega Dr. Batuira é pertinente, tanto mais que ela é recorrente.

Conselheiro Ribas, no império, no direito administrativo, já advertia para volúpia legisferante dos órgãos da administração pública; Oliveira Viana, sociólogo, insuspeito admirador de Mussolini, também dizia isso e daí vai, já tivemos a oportunidade de escrever um trabalho sobre isso com um recorte histórico.

Há uma volúpia legislativa por parte dos órgãos da administração pública e essa volúpia leva sempre a excessos.

Sem entrar em detalhes porque a pergunta também foi feita de maneira geral, o que há em termos de expedição de norma infra-legal por órgãos da administração pública, notadamente órgãos reguladores e órgão de defesa da concorrência é uma tentativa razoável, justa e compreensível de eles adaptarem a lei à realidade.

Aí um primeiro ponto negativo além do ponto formal do eventual desrespeito a norma. É que a melhor forma de adaptação à realidade é a aplicação da lei à jurisprudência. Construa-se jurisprudencialmente, use-se jurisprudencialmente, mas não substitua-se à aplicação da lei pela expedição de norma infra-legal.

A Anatel tem uma resolução onde ela diz o que é infração à ordem concorrencial porque a Anatel entende que ordem concorrencial no mercado de telecomunicações é diferente, eventualmente da lei 8884. Então, esta tendência é o primeiro ponto negativo.

É melhor aplicar a lei, aplique a lei e a jurisprudência vai cuidando de ajustá-la à realidade.

O segundo ponto é já de natureza bem específica, é o seguinte: normas infra-legais só podem ter uma única finalidade; explicitar a norma legal.

A norma legal não pode conter, não pode compreender todas as situações factuais às quais ela se destina senão seria inviável a expedição de qualquer norma legal, sobretudo normas legais que tenham por finalidade disciplinar matéria econômica. Então, os órgãos administrativos estão autorizados por lei, e precisam estar autorizados por lei, a expedir normas e o CADE está, é explicitar as normas legais.

A função da norma infra-legal é uma função a ancilar, de explicitação, de clareamento, de precisão da norma para fazê-la; fazer a sua aplicação ao cansar a todas hipótese factuais, mas jamais criar situações em que a norma legal não previu.

Não pode excluir, não pode incluir, não pode modificar, não pode interpretar; interpretação é tarefa do aplicador.

Por fim, respondendo, tentando responder mais objetivamente, o conceito de medida cautelar. O conceito de cautela ou de prevenção, é um conceito já firmado no Direito Brasileiro, no direito processual . Se a lei de defesa da concorrência acertadamente autoriza o CADE a aplicar medida preventiva, esta medida preventiva que o CADE está autorizado a aplicar é a prevenção à cautela que o direito, e que o direito positivo já reconheceu. Então não há porque inovar; há porque explicitar determinadas hipóteses que o CADE ordinariamente enfrente.

Então, eu não vejo possível, não vou entrar no detalhe dessa medida preventiva, mas se essa medida preventiva cria situações distintas ou dá uma nova feição ao que seja medida preventiva, ao meu ver, ela terá o mesmo destino da resolução 15. Lembro nesse ponto, para concluir, uma questão muito interessante: resolução 101 da Anatel.

A resolução 101/2000 da Anatel criou um novo conceito de controle societário. Para ela, controle societário não é aquele que se deduz da Lei de S/A .

Na altura, um dos mais eminentes advogados deram parecer sobre isso e a Anatel ignorou olímpicamente. O judiciário disse: não pode se aplicar, só pode se aplicar nos limites da Lei. Então, isso é muito importante de ser verificado.

É mais um caso, nós acabamos de referir um aqui em que a justiça já repôs o limite da lei e conseqüentemente, eu tenho certeza disso, que o CADE vai observar.

## **LAÉRCIO FARINA**

Antes de encerrar, apenas uma pequena observação e um agradecimento ao Dr. Batuira, lembrando que alguns tipos previstos na 8137, além de infrações à ordem econômica também são crimes de esferas de apuração e de apenamento distintas.

A autoridade antitruste da esfera administrativa falece a competência para o apenamento, para o apenamento jurisdicional do tipo penal.

Eu pergunto ao Dr. Ubiratan Mattos se não seria conveniente, eu tenho em mãos a nota conjunta e um pedido expresso de um Conselheiro do CADE aqui à minha esquerda para ler essa nota conjunta depois do almoço.

É o que me parece, eu consulto então o Presidente do Ibrac, Dr. Ubiratan Mattos, se não seria mais conveniente que déssemos a público essa nota conjunta ao início da sessão da tarde.

Portanto, dentro das melhores tradições do Ibrac, nós encerramos esse painel atrasados, considerando aqueles 20 minutos, aquela meia hora.

Muito obrigado aos Senhores e principalmente aos nossos palestrantes.



**PAINEL II****O controle dos atos de concentração segundo as melhores práticas internacionais*****Merger control under the best international practices***

*Mauro Grinberg* (Chairman)

William Blumenthal - *King & Spalding - Washington - USA*

William Rowley - *Macmillan Binch - Toronto - Canada*

Michael Reynolds - *Allen & Overy - Bruxelas - Bélgica*

Cláudio Considera - *Secretário de Acompanhamento Econômico*

Ronaldo Porto Macedo - *Conselheiro do CADE*

***MAURO GRINBERG***

Eu tenho muito orgulho e satisfação por presidir esta mesa, que nos traz astros de primeira grandeza do direito da concorrência no Brasil e no mundo.

O nosso tema é extremamente importante pois, cada vez mais - vou poupá-los das estatísticas - existe a tendência de, nas nossas atividades profissionais, encontrarmos operações de âmbito geográfico maior do que o território brasileiro.

Isso leva à necessidade de compatibilizar o sistema brasileiro de controle de atos de concentração com outros sistemas do mundo.

Neste contexto é que surgem os nossos expositores. Muito do que os nossos expositores estrangeiros vão falar pode ser utilizado por nós, ainda que com adaptações. É certo que parte disso depende de lei, mas de qualquer forma a discussão é importantíssima. Há pontos em que se pode avançar, e o Dr, Cláudio Considera, em conversa que tivemos previamente a este evento, enumerou alguns. É possível que alguns aqui achem que é pouco, mas é certamente um extraordinário avanço.

Lembro aqui que a Professora Eleanor Fox disse uma vez que o controle de atos de concentração está fora de controle. Os nossos expositores vão falar sobre isso.

Eu quero começar apresentando o primeiro expositor que é o advogado William Rowley. Ele é chefe do departamento de antitrust do escritório Macmillan Binch, com sede em Toronto, no Canadá; ele foi chefe da business

section da International Bar Association, também foi chefe do comitê antitrust da International Bar Association e atualmente é chefe do Global Competition Forum da International Bar Association. Ele desempenhou um papel importantíssimo na criação da International Competition Network, em que ele representou a International Bar Association. Além disso, eu peço permissão para colocar no meu currículo que é meu amigo e peço então ao Bill Rowley.

## **WILLIAM ROWLEY**

Mauro, I must say, the words of your introduction have affected me positively were the last ones and I think I can speak on behalf of my colleague William Blumenthal to say how very pleased we are to be here on the occasion of the tenth anniversary of IBRAC and to be able to, with some considerable pride, to put on our curriculum vitae, after this, that we are friends of IBRAC and some many fine practitioners in international antitrust in Brazil.

### **The Internationalisation of Merger Review: Global Solutions Require Both Words and Actions**

**J William Rowley QC\***

McMillan Binch LLP

#### **A problem acknowledged**

The explosive growth of merger control regimes around the world and the attendant cost and complexity faced by parties to multijurisdictional mergers is now an acknowledged fact.<sup>1</sup> While the global surge of merger transactions

---

\* Mr Rowley is chairman of McMillan Binch LLP, Toronto, and heads its competition law practice. He is also chairman of the IBA's Global Competition Forum. The assistance of Omar and Mark Opashinov of McMillan Binch LLP in the preparation of this piece is gratefully acknowledged.

<sup>1</sup> See *Getting the Deal Through: Merger Control 2002: The international Regulation of Mergers and Joint Ventures*, London: Law Business Research, 2002 [hereinafter "Getting the Deal Through 2002"] at 3 where it was noted that in the United States mergers reported under the Hart-Scott-Rodino Act rose from 1,529 in 1991 to 4,926 by 2000 which means that filings were growing during the global merger wave at a compound annual growth rate of the 12%. In the European Union, notifications to the Merger Task Force of the European Commission increased from 63 in 1991 to 345 in 2000 (a compound annual growth rate of 35%). Similar growth rates in mergers have been encountered throughout the industrialised world.

has abated considerably since last year,<sup>2</sup> the fundamental problems associated with the proliferation of national and regional merger control laws have not. Those large transactions that are taking place continue to be burdened by filing requirements in dozens of jurisdictions, a myriad of notification thresholds, escalating filing fees, often the need to translate documents into multiple languages and a host of other unnecessary procedural differences.

Against this backdrop, the global community of competition authorities, practitioners and policy-makers has been faced, at least until very recently, with what political scientist Thomas Homer-Dixon has termed an "ingenuity gap"<sup>3</sup>. Although the phrase was coined to cover a different set of problems, the concept is an apt one here - *ie* an acknowledged problem with no foreseeable solution. Over the last decade or so, and in response to diverse causes (trade liberalisation, a shift to market economies in eastern Europe and the developing world, a global merger wave), competition authorities, competition practitioners and their "customers" have built a complex global system of merger control regimes. This system, the parts of which may have constituted logical responses to national and regional demands, has become incoherent as a whole. But until about two years ago, those who wished to address the problem appeared to lack the requisite wisdom to bring order to a system that had become chaotic.

### **ICPAC and beyond: addressing the gap**

In early 2000, with the publication of the Final Report of the International Competition Policy Advisory Committee to the US Attorney General and the Assistant Attorney General for Antitrust (ICPAC), this merger review "ingenuity gap" showed the first signs of becoming bridgeable. The ICPAC Report recommended an important step forward through the establishment of a "Global Competition Initiative" (GCI).

Then, as now, international co-operation amongst antitrust authorities occurred primarily through a series of bilateral co-operation agreements and arrangements, most notably between countries such as Australia, Canada,

---

<sup>2</sup> The rate of announced merger has since dropped precipitously in the wake of a global economic slowdown. While in part caused by the increase in the monetary thresholds under the *Hart-Scott-Rodino Act*, the U.S. for one, has seen merger notifications drop by 50% in 2002 from 2001 numbers according to Charles James, U.S. Assistant Attorney General, Antitrust Division in a recent speech to the American Bar Association on August 16, 2002.

<sup>3</sup> Thomas Homer-Dixon, *The Ingenuity Gap* (Toronto: Vintage Canada, 2001)

Israel, Japan, the US and the EU<sup>4</sup>. While it is true that a variety of institutions, such as Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), the World Trade Organisation (WTO) and the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), had acted as multilateral for a for competition policy discussions, progress was minimal and the ICPAC concluded that existing institutions each had limitations that prevented them from being the ideal place to advance the cause of greater coherence in international competition policy<sup>5</sup>.

In its report, the ICPAC recommended that "the United States explore the scope for collaborations among interested governments and international organisations to create a new venue where government officials, as well as private firms, non-governmental organisations (NGOs), and others can consult on matters of competition law and policy".<sup>6</sup> The recommended "new venue" was, of course, the GCI.

Eschewing the creation of a new institution (with the attendant bureaucracy, fixed processes and expenses that would inevitably follow), the ICPAC believed a "modest effort at creating a 'virtual organisation' with minimal dedicated staff, support by participating institutions and governments, and regular meetings can make a strong contribution to the development of a competition culture and sound antitrust enforcement"<sup>7</sup>. Believing too that "countries may be prepared to co-operate in meaningful ways, but are not necessarily prepared to be legally bound under international law"<sup>8</sup>, the ICPAC recommended that the GCI could usefully advance constructive dialogue among competition agencies to:

- multilateralise and deepen positive comity;
- consider and review the scope of governmental exemptions and immunities that insulate markets from competition around the world;
- agree upon best practices for merger control laws and develop consensus principles; and
- consider approaches to multinational merger control that aim to rationalise systems for antitrust merger notification and review<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup>.See generally, ICPAC Report at 181.

<sup>5</sup> *Ibid* at 282-283.

<sup>6</sup> *Ibid* at 282.

<sup>7</sup> *Ibid*.

<sup>8</sup> *Ibid*, at 284.

<sup>9</sup> *Ibid*.

The first important public support for the GCI came from then US Assistant Attorney General for Antitrust Joel Klein<sup>10</sup> and European Commissioner for Competition Mario Monti<sup>11</sup> at the International Bar Association's 10<sup>th</sup> Anniversary Conference on the European Commission's Merger Regulation in September 2000.

If Messrs Klein and Monti breathed life into ICPAC's recommendations in Brussels, the IBA's Ditchley Park meeting of international antitrust authorities, which followed in February 2001, can rightly be seen as midwifing the birth of their progeny. The Ditchley meeting also supplied some much needed ingenuity. The idea of bringing 40 or so of the world's senior competition law officials and professionals together in their individual capacities enabled a discussion of the concept, role and possible functions of the GCI without the institutional biases and agendas such luminaries might otherwise, quite reasonably, have been expected to bring to a discussion of this kind<sup>12</sup>. Happily, the effort succeeded, with consensus being achieved on:

- the reality of the problem created by multijurisdictional merger reviews with widely divergent procedures such as notification thresholds, timing, and filing requirements;
- the need for greater transparency of merger laws - knowing what laws are applied, when, where and how - given that an international merger faces possible scrutiny in dozens of jurisdictions; and

---

<sup>10</sup> Joel Klein, *Time for a Global Competition Initiative?* EC Merger Control, 10<sup>th</sup> Anniversary Conference, Brussels, September 14-15, 2000.

<sup>11</sup> Mario Monti, *The Main Challenges for a New Decade of EC Merger Control*, EC Merger Control, 10<sup>th</sup> Anniversary Conference, Brussels, September 14-15, 2000: see also Mario Monti, *European Competition Policy for the 21<sup>st</sup> Century*, The Fordham Corporate Law Institute, 27<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York City, October 20, 2000.

<sup>12</sup> Convened and hosted by the International Bar Association (IBA), with support from Fordham University and the ABA's Antitrust Section, Ditchley drew participants from Australia, Belgium, Brazil, Canada, the European Union, Finland, France, Germany, Hungary, Israel, Japan, Italy, Mexico, the Netherlands, South Africa, Spain, Switzerland, the United Kingdom, the United States and Turkey.

- the utility of developing a set of "best practices" in merger review against which the world's merger review regimes could be measured and to which they could aspire<sup>13</sup>.

In addition to endorsing the immediate formation of a GCI the *meeting struck an informal steering committee to oversee its formal launch*.

### **From Ditchley to the ICN**

Despite the enthusiasm generated at Ditchley, concerns arose during the spring and summer of 2001 as to whether the momentum gained there had been jeopardised by the unusually lengthy change of leadership at the US Antitrust Division and the apparent insistence by leading antitrust agencies that they alone should manage the GCI's design and planning<sup>14</sup>. Notwithstanding these concerns, subsequent indications from Klein's successor at the US Department of Justice, Charles James,<sup>15</sup> and from Robert Pitofsky's successor at the US Federal Trade Commission, Timothy Muris<sup>16</sup> made it clear that the new US Administration intended to make good on the promise of the GCI envisioned by Ditchley and the ICPAC.

The cause of greater coherence in international merger review was further aided by the publication in September of a draft Report on "Best Practices for the Review of International Mergers"<sup>17</sup> (attached at Appendix A) prepared on

---

<sup>13</sup> This overview of the Ditchley Park meeting draws on the official report of the meeting, *The Initiative for a Global Competition Forum*, prepared by Merit E Janow and available through the International Bar Association's website, <<http://www.ibanet.org>>, See also J William Rowley QC and Omar K Wakil, *The Global Competition Forum: beyond Ditchley*, *Global Competition Review* (April 2001) at 32-34.

<sup>14</sup> See *Getting the Deal Through 2002*, supra, note 1 at 3.

<sup>15</sup> See Charles A James, Assistant Attorney General, Antitrust Division, US Department of Justice, International Antitrust in the Bush Administration, Canadian Bar Association, Annual Fall Conference on Competition Law, Ottawa, Canada, September 21, 2001.

<sup>16</sup> See Timothy J. Muris, *Antitrust Enforcement at the Federal Trade Commission: In a Word - Continuity*, Annual Meeting of the ABA Antitrust Section. Chicago, Illinois. August 7, 2001.

<sup>17</sup> First discussion Draft, September 21, 2001 published at the IBA's 5<sup>th</sup> Annual Competition Conference, Fiesole, Italy; subsequently re-published in refined format in *Global Competition Review*, October/November, 2001] and presented at the OECD's

behalf of a group of leading international companies concerned with fast multiplying and divergent approaches to merger review ("the Merger Streamlining Group" or "MSG").<sup>18</sup> The aim of the Best Practices proponents was to "promove laws, enforcement practices and actions by merging parties which improve merger review processes while recognising the legitimate interest of all jurisdictions in examining transactions that may have effects on competition within their borders pursuant to their own substantive rules"<sup>19</sup>. The MSG Best Practices Report was supplemented almost immediately by the publication of a similar and highly complimentary set of recommendations from the International Chamber of Commerce and the Business Advisory Committee to the OECD ("ICC/BIAC Best Practices") (attached at Appendix B)<sup>20</sup>. As events have made clear, both reports have proved enormously influential in work which has followed on merger review issues.

Subsequently, the vision of the GCI was given public shape and clarity in the statements of the leaders of the European and American competition authorities. In speeches at the first OECD Global Forum on Competition on October 17, 2001, both Mario Monti and Charles James again endorsed and elaborated upon their visions of the GCI. Monti stated:

We should work towards the creation of a global network of competition authorities members [of the GCI] should strive to achieve a maximum of convergence and consensus on fundamental issues such as the substance and economics of competition policy, and the enforcement priorities of competition authorities. Such consensus should result from a common understanding

---

Global Forum on Competition in Paris in October 17, 2001 [hereinafter "*Best Practices*" cited to *Global Competition Review*, October/November 2001]. The report was prepared by a project team consisting of Janet McDavid (Hogan & Hartson), Phillip Proger (Jones Day), Michael Reynolds (Allen & Overy), and William Rowley QC and Neil Campbell (McMillan Binch), with assistance from Catriona Hatton and Lynda Marshall (Hogan & Hartson) and David Anderson (Allen & Overy).

<sup>18</sup> The merger Streamlining Group is a group of international businesses which have broad experience with the merger review processes of many jurisdictions. The current membership of the group comprises, Alcan Inc., British Telecom, Charles River Associates, Compaq Computer Corporation, General Electric Company, Goldman Sachs International, My Travel plc, National Economic Research Associates (NERA), Rio tinto plc, South African Breweries and Vodafone Group plc.

<sup>19</sup> *Best Practices, supra*, note 17 at 27.

<sup>20</sup> *Recommended Framework for Best Practices in International Merger Control Procedures*, October 2001.

about the best approach to solving the problems. This project would foster and develop a common worldwide "competition culture" and encourage developed and developing countries worldwide to introduce and enforce sound competition policies<sup>21</sup>.

Emphasising the pragmatic thrust of the envisioned GCI. James suggested that the

...general approach to issues should be as practical and concrete as possible; it should avoid abstract discussions that are unlikely to lead to improvements in the practice of antitrust enforcement. ... [and its] meetings would provide structured dialogue by focusing on only two or three projects at a time. As indicated, I believe it would be appropriate to start with some merger process issues, among other things. These projects would be aimed at developing non-binding general guidelines or "best practices" recommendations. Where the [GCI] reaches consensus on particular recommendations, it would be left to governments to implement them voluntarily, through unilateral, bilateral, or multilateral arrangements, as appropriate<sup>22</sup>.

### **Early work of the International Competition Network**

*Days later, the GCI newly incarnated as the "International Competition Network" (ICN), was born<sup>23</sup>. True to the spirit of the ICPAC's recommendations and the consensus reached at Ditchley Park, the ICN has been structured as a project - Oriented, informal network of antitrust agencies with opportunities for input from other antitrust stakeholders, and a mandate to address antitrust enforcement and policy issues of common interest in order to formulate proposals for procedural and substantive convergence.*

---

<sup>21</sup> See Mario Monti, Opening Speech, OECD Global Forum on Competition, Paris, October 17, 2001.

<sup>22</sup> Charles James, International Antitrust in the 21<sup>st</sup> Century: Cooperation and Convergence, OECD Global Forum on Competition, Paris, October 17, 2001.

<sup>23</sup> On October 25, 2001 the ICN was launched formally in New York City at the Fordham Corporate Law Institute conference by top officials from antitrust authorities in Australia, Canada, the European Union, France, Germany, Israel, Italy, Japan, Korea, Mexico, South Africa, the United Kingdom, United States and Zambia.

And while not all of the ICPAC and Ditchley Park recommendations have yet been taken up by the ICN, its early work on merger control reform is encouraging. A "Mergers Working Group", chaired by William Kolasky, Deputy Assistant Attorney General in the Antitrust Division of the US Department of Justice, has set itself an ambitious work plan - projects are being managed by subgroups in three areas:

- (i) merger notification and review procedures;
- (ii) investigative techniques for reviewing mergers; and
- (iii) the analytical framework for merger review.

### ***Merger notification and review procedures***

#### *Guiding Principles*

Taking its cue from the MSG and ICC/BIAC Best Practices documents, the Notification and Procedures Subgroup has developed eight Guiding Principles for Merger Notification and Review ("Guiding Principles") for merger notification and review that were adopted by the ICN membership at its inaugural conference in Naples, Italy, in September 2002. The Guiding Principles are non-binding, and it is left to governments and agencies to implement them as appropriate:<sup>24</sup>

- Sovereignty - Jurisdictions are sovereign with respect to the application of their own laws to merger.
- Transparency - In order to foster consistency, predictability, and fairness, the merger review process should be transparent with respect to the policies, practices, and procedures involved in the review, the identity of the decision-maker (s), the substantive standard of review, and the bases, of any adverse enforcement decisions on the merits.
- Non-discrimination on the basis of nationality - In the merger review process, jurisdictions should not discriminate in the application of competition laws and regulations on the basis of nationality .
- Procedural fairness - Prior to a final adverse decision on the merits, merging parties should be informed of the competitive concerns that form the basis for the proposed adverse decision and the factual basis upon which such concerns

---

<sup>24</sup> See

<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/ICN%20NP%20Working%20Group%20-%20Guiding%20Principles.pdf>>

are based, and should have an opportunity to express their views in relation to those concerns.

Reviewing jurisdictions should provide an opportunity for review of such decisions before a separate adjudicative body. Third parties that believe they would be harmed by potential anti-competitive effects of a proposed transaction should be allowed to express their views in the course of the merger review process.

- Efficient, timely and effective review - The merger review process should provide enforcement agencies with information needed to review the competitive effects of transactions and should not impose unnecessary costs on transactions. The review of transactions should be conducted, and any resulting enforcement decision should be made, within a reasonable and determinable time-frame.
- Co-ordination - Jurisdictions reviewing the same transaction should engage in such co-ordination as would, without compromising enforcement of domestic laws, enhance the efficiency and effectiveness of the review process and reduce transaction costs.
- Convergence - Jurisdictions should seek convergence of merger review processes toward agreed best practices.
- Protection of confidential information - The merger review process should provide for the protection of confidential information.

### *Recommended Practices*

More important is the Notification and Procedures Subgroup's development of an initial set of more detailed Recommended Practices for Merger Notification Procedures ("Recommended Practices").<sup>25</sup> These first recommendations address three areas identified as the most pressing by public and private sector representatives of the Working Group:

- sufficient nexus between the transaction's effects and the reviewing jurisdiction;
- clear and objective notification thresholds; and flexibility in the time of merger notification.

---

<sup>25</sup> See <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/practices.pdf>>

The format consists of a short statement of the practice, followed by the explanatory comment. Disappointingly, these initial *Recommended Practices* were merely endorsed, but not adopted., at the ICN's inaugural meeting.

The ICN stopped short of outright adoption of the Recommended Practices in Naples because of concerns expressed by two members that the jurisdictional nexus requirement would not encompass a situation where a domestic firm acquires a foreign firm that otherwise likely would enter the domestic market and the acquisition would have material anti-competitive effects given the acquiror's current domestic market position. While such a transaction is a theoretical possibility, as a practical matter, these situations are so rare that it is very hard to justify burdening all outbound acquisitions with pre-merger notification requirements. Moreover, since *Recommended Practices* are not mandatory, the ICN should not be discouraged from adopting a best practice even when a small number of jurisdictions have a different view. Individual jurisdictions can depart from those practices with which they disagree. Thus it is to be hoped that this and other best practices will be adopted at the next ICN meeting in June 2003.

### *Costs Studies*

The Notification and Procedures Subgroup has also started to compile existing studies and materials relating to the costs, burdens and delays arising from multijurisdictional merger notification and review. To assist the process, private sector advisors have been requested to provide examples of unnecessarily costly, burdensome, or dilatory procedures<sup>26</sup>.

A Global Merger Costs Survey co-sponsored by the International Bar Association and the American Bar Association, which is now under way, will also make a much-needed empirical contribution to the deliberations of the ICN and augment the largely anecdotal evidence that has existed to date. The goal of the IBA/ABA survey is to derive a reliable assessment of the costs of multi-jurisdictional merger control. The survey targets companies which have engaged in cross-border mergers and acquisitions over the last two years. The survey includes questions relating to:

---

<sup>26</sup> See *Report on Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review*, ICN Notification and Procedures Subgroup of The Mergers Working Group (September 2002): <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/costburd.doc>>, which surveys existing commentary and studies relating to the costs and burdens issue and plans to collect additional illustrative case studies from the Subgroup's private sector advisors.

- Jurisdictions (eg, number of required notifications);
- Duration (eg, start and end date of review);
- External costs (eg, legal advisory fees);
- Internal costs (eg, management and staff time); and
- Perceived complexity and efficiency.

To date, over 60 responses covering over 200 merger filings in 54 different jurisdictions have been analysed. Although statistical estimates have not been finalised,<sup>27</sup> it is clear that the number of jurisdictions reviewing a transaction significantly impacts both external costs and the duration of the review process. Moreover, although cost efficiencies in a multi-jurisdictional merger process exist, they do not appear to be very large (additional jurisdictions are only marginally cheaper).

### ***Investigative techniques for reviewing mergers***

The Investigative Techniques Subgroup is focused on the development of *best practices for investigating mergers*, including (i) methods for gathering reliable evidence; (ii) effective planning of a merger investigation; and (iii) use of economists/the evaluation of economic evidence. To develop its proposals, the Subgroup held a workshop in Washington DC in mid-November, for officials from ICN member competition authorities. The workshop's agenda was encouragingly pragmatic: the focus was on analysing the relationship between states' merger laws; the substantive competition standards such laws use; merger review procedures; the methods agencies can use to develop an effective merger review plan; and the function of international co-operation in merger review cases. Also on the agenda was the role of *economists and economic evidence in merger* investigations which, given the very real need in many jurisdictions for merger review to be conducted on a sounder economic basis, is a welcome step in the right direction.

### ***Analytical framework for merger review***

---

<sup>27</sup> The report by Pricewaterhouse Coopers' Economic Advisory Services is expected to be issued early in 2003.

Finally, the Analytical Framework Subgroup has developed a general analytical framework for merger review, including: (i) the substantive standards for prohibiting mergers; and (ii) the criteria for applying those standards. The Subgroup submitted a discussion paper to the ICN at Naples together with information on the substantive standard applied in each member jurisdiction.<sup>28</sup> Competing substantive standards for merger evaluation (ie. "substantial lessening of competition"(SLC) versus "creation or strengthening of a dominant position, versus "public interest") were considered in both the paper and by a panel at the Naples meeting. In light of the move by the UK to an SLC test earlier this month,<sup>29</sup> and the European Commission's consideration of the same question,<sup>30</sup> a more cogent approach to this key question for international substantive harmonisation is obviously timely.

### *The gulf between talk and action*

While the birth of the ICN provides us with the first real opportunity to address today's troubled approach to multijurisdictional merger review, there remains an enormous gulf between talk and action. The challenge is whether necessary changes can be implemented. And here real leadership will be required from competition laws' bipolar leaders (the US federal agencies and the EC Competition Directorate), members of the ICN Steering Group, and important regional member states, such as Brazil, which has the largest economy and most extensive competition law infrastructure in Latin America. It will be particularly important for the EC and US to step up to the plate and provide a model for legislators and enforcers in other jurisdictions whose laws and policies have drawn so heavily from these sources.

### *The EC's leadership opportunity*

The European Commission should be singled out for particular praise, having taken on much needed leadership in transforming talk into action. Philip Lowe's assumption of the Director General's office, and the decisions of the

---

<sup>28</sup> See <<http://internationalcompetitionnetwork.org/afsguk.pdf>>.

<sup>29</sup> The enterprise Act received Royal Assent on 7 November 2002. The Act and accompanying Explanatory Notes are due to be published shortly. For additional information, see <<http://www.dti.gov.uk/enterpriseact/index.htm>>.

<sup>30</sup> Commission of the European Communities, *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) N° 4064/89*, Brussels, 11.12.2001 COM (2001) 745/6 final.

Court of First Instance in *Airtours*,<sup>31</sup> *Schneider*<sup>32</sup> and *Tetra Laval*<sup>33</sup> were positive catalysts to this end, and Commissioner Monti's detailed proposals for reform of the European merger control regime at the recent EC/IBA conference in Brussels showed that there is high level commitment and real momentum for implementing positive changes<sup>34</sup>. Some key alignments with Best Practices are:

- Increased flexibility in timing of notification by removing the current deadline for notification of one week after the conclusion of a binding agreement;
- Enhancing transparency regarding the scope of the current test by clarifying the application of the notion of dominance to so-called "unilateral effects" in situations of oligopoly short of joint dominance;
- Publication of draft merger guidelines (covering efficiencies) as well as draft best practices guidelines for merger on investigations, which will be subject to full consultation;
- Explicit recognition of efficiencies in merger review analysis;
- Improved staffing and resources, including a chief economist and accelerated recruitment of industrial economists.
- Use "Devil's advocate panels" of peer review which will scrutinise a case team's preliminary conclusions with a "fresh pair of eyes" at key points of the investigation:
- Improved rights of defence, with merging parties having: early access to the file "against" them; an opportunity to confront, "complaining", third parties; and an opportunity to attend "state of play" meetings at which they will be updated on the progress of the investigation and able to discuss their case with senior Commission management:

---

<sup>31</sup> See Judgment of the Court of First Instance, 6 June 2002, *Airtours plc v. European Commission*, Case T- 342/99.

<sup>32</sup> See Judgment of the Court of First Instance, 22 October 2002, *Schneider Electric v. European Commission*, Case T- 310-01.

<sup>33</sup> See Judgment of the Court of First Instance, 25 October 2002, *Tetra Laval v. European Commission*, Cases T-5/02 and T-80/02.

<sup>34</sup> Mario Monti, *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, European Commission/ IBA Conference on EU Merger Control (Brussels 7 November 2002)

- Increased flexibility of investigatory timeframe by providing, at the parties' request, an additional four weeks in "complex" cases and an additional three weeks triggered on the submission of a remedy offer,<sup>35</sup> and
- Consideration of methods of enhancing existing fast track judicial review, perhaps though specialised "judicial panels" or the creation of a specialised merger chamber within the Court of First Instance.

### **The us cannot be exempt from change**

For a multilateral reform process to work, all key players must participate. In the case of the US system, despite its age and intellectual provenance, careful and dispassionate introspection, followed by action, is clearly needed. Once the paragon of non-regulatory antitrust, over the past two and a half decades (under Hart-Scott-Rodino) US merger law has become both bureaucratic and regulatory as well as being non-responsive to calls for corrective actions.

At a general level, public announcement of an intention to align the US system with ICN *Recommended Practices* at the earliest opportunity would be most helpful. More specifically, perhaps the most important reform would be to introduce a meaningful time limit on and reduce the unnecessarily burdensome scope of the second stage of review, which in practice can drag on for the better part of a year or more. Another priority should be the reduction of excessive filing fees to reasonable, merger-related, cost recovery levels. The following steps are respectfully suggested for the US's consideration:

- Both federal antitrust agencies should immediately undertake a study of the possible introduction of voluntarily assumed "Service Standards" (no legislative change would be required), the effect of which would be to introduce a two-phase, time-limited, merger review system.
- This should also help to address ongoing concerns with the current "second request" process. Such a system would be based on an "HSR Plus" notification "" form to be filed on a voluntary basis for mergers which may be expected to require substantial analysis.

"HSR Plus" forms would have somewhat similar information content requirements to the Form CO, but would be less comprehensive - and certainly less comprehensive than a standard second request. The Canadian Long Form Notice could be looked at as a reference point. Where "HSR Plus" notices are

---

<sup>35</sup> The timing and extent of these extension may, in fact, only partially comply with Best Practice insofar as they may add inordinate time to the over-all review.

filed, federal agencies would commit to conclude investigative action within five months of receipt of a completed filing.

- Both federal antitrust agencies should voluntarily commit to undertaking on a periodic basis (say, every two to three to five years) the type of "Merger Reform" process that is mandated and is now under way in Europe under the EC Merger Regulation.

### **A role for other jurisdictions and stakeholders**

Other jurisdictions need not and should not wait for the EU or US to act. With *Guiding Principles* adopted and several *Recommended Practices* endorsed, members of the ICN now have the individual responsibility to act. Brazil, for instance, could critically review its own practices, determine the extent to which they measure up to ICN standards and where they do not, take steps towards reform.

From the perspective of an international practitioner, several elements of the Brazilian pre-merger notification system appear to be candidates for re-examination. To identify a few:

- The absence of a two-phase system (which would quickly clear non-controversial transactions);
- Notification thresholds based on world-wide turnover, which sweeps in mergers with limited impact in Brazil;
- Rigid notification deadlines (enforced by significant fines) that are based on unclear triggering events and in practice require parties to file unnecessarily early in the merger process; and
- The absence of realistic time limits for review (as limits can be extended every time one of the reviewing agencies requires additional information).

Because of the size of Brazil's economy, the importance of having a world class, best practices-aligned merger review system cannot be overstated. Not only would convergence to ICN *Guiding Principles* and *Recommended Practice* be reputationally beneficial, but leadership of this sort from one of the "newer" antitrust regimes would undoubtedly spur other similarly positioned member of the ICN into action.

Finally, both ICPAC and Ditchley also emphasised the importance of collaboration within a GCI (or ICN) of all interested antitrust stakeholders - including other international organisations and non-governmental organisations (such as business and consumer groups) as well as private firms and knowledgeable individuals. The validity of this recommendation can be seen in the contribu-

tions already made from these sources to getting us where we are today. But much remains to be done, and it will be vital for stakeholders such as the IBA, the ICC/BIAC, the ABA, the World Bank, OECD, UNCTAD and others to maintain and enhance their respective commitments. To these stakeholders it is respectfully suggested:

- making known their expectations of the ICN - *ie* that membership focus on practical and achievable projects and utilise all appropriate resources to convert their *Recommended Practice*" and other recommendations into actual reforms of national merger regimes;
- marshalling support from individual firms, interest groups, the competition bar and others to provide a positive policy context in which the ICN and others can seek to accomplish their various convergence goals.

### **Accountability after Naples**

The momentum for reform has re-emerged with the official launch of the ICN and its first meeting in Naples. Its work to date has been very encouraging and planning is well underway for the next ICN Conference, to be held in Mérida, Mexico on June 23-25.2003. But there are a number of issues to be resolved before the ICN meets again. It will, for instance, be important to ensure that there is appropriate geographic representation on the ICN's Steering Group as well as a meaningful role for non-governmental advisors.

This all suggests the need for a pro-active, and ongoing dialogue amongst all antitrust stakeholders in a post-Naples environment to take account of where we stand, and to help map the pragmatic course for future implementation.

The global competition community cannot afford not to convert its talk into action. The ingenuity gap has not yet been closed. Clear thinking, frank discussion and more co-ordinated efforts to ensure reform actually occurs are today's priorities.

# Guiding Principles and Recommended Practices For Merger Control

IBRAC 8<sup>th</sup> International Seminar on Competition Law  
November 29, 2002  
Brasilia

Slide 2

## ***ICN Guiding Principles***

- Sovereignty
- Transparency
- Non-discrimination based on nationality
- Procedural fairness
- Efficient, timely, and effective review
- Coordination
- Convergence
- Protection of confidential information

2

Slide 3

## ***Sovereignty***

*“ . . . sovereign with respect to the application of their own laws. . . . ”*

3

Slide 4

## **Transparency**

*“ . . . transparent with respect to the policies, practices, and procedures involved in the review, the identity of the decision-maker(s), the substantive standard of review, and the bases of any adverse enforcement decisions on the merits.”*

4

Slide 5

## **Non-discrimination**

*“ . . . jurisdictions should not discriminate in the application of competition laws and regulations on the basis of nationality.”*

5

Slide 6

### **Procedural Fairness (1)**

*“Prior to final adverse decision. . . ,  
merging parties should be informed of  
the competitive concerns that form the  
basis . . . and  
the factual basis . . . ,  
and should have an opportunity to  
express their views. . . .”*

6

Slide 7

### **Procedural Fairness (2)**

*“. . . opportunity for review of such  
decisions before a separate  
adjudicative body.  
Third parties . . . should be allowed to  
express their views. . . .”*

7

Slide 8

### ***Efficient, Timely, Effective Review***

*“ . . . should provide enforcement agencies with information needed to review the competitive effects of transactions and should not impose unnecessary costs*

*. . . .*

*within a reasonable and determinable time frame.”*

8

Slide 9

### ***Coordination***

*“ . . . engage in such coordination as would, without compromising enforcement of domestic laws, enhance the efficiency and effectiveness of the review process and reduce transaction costs.”*

9

Slide 10

## **Convergence**

*“ . . . seek convergence of merger review processes toward agreed best practices.”*

10

Slide 11

## **Confidentiality**

*“ . . . provide for the protection of confidential information.”*

11

Slide 12

## ***ICN Recommended Practices***

- Jurisdictional Nexus
- Notification Thresholds
- Notification Timing

12

Slide 13

## ***Jurisdictional Nexus***

- Sovereign, but . . .
- Material local nexus
  - Supplemental worldwide test permitted
  - Limit to businesses being combined
- Measure by local activities of
  - At least two parties and/or
  - Acquired business
- Refinements to come

13

Slide 14

### ***Notification Thresholds***

- Clear and understandable
- Objectively quantifiable
  - For example, turnover or assets
  - Not market shares at this stage
- Based on readily ascertainable information

14

Slide 15

### ***Notification Timing***

- Permit upon certification of good faith intent
  - Recognizes differences in test
- Suspensive: No deadline
- Non-suspensive: Reasonable deadline
  - Reasonable time
  - Clear triggering event
  - Sufficient development in transaction negotiation process

15

Slide 16

### ***Likely Next Round of Recommended Practices***

- Timing of review
- Content of notification
- Transparency
- Periodic Review

16

Slide 17

### ***Likely Next Round – Timing***

- Two phases
- Rough contours for Phase I
- Mechanisms for abbreviation of Phase I
- Possibility of limited extension of Phase I
- Special provisions for certain non-problematic transactions
  - Bankrupt targets
  - Tender offers or hostile transactions
- Determinable timing for Phase II?

17

Slide 18

### ***Likely Next Round – Content***

- Objective (readily ascertainable) v. subjective
- Abbreviated requirements for non-problematic transactions
- Mechanisms for certainty as to adequacy
  - Prenotification consultation
- Notarization and consularization burdens
- Translation burden

18

Slide 19

### ***Future Rounds before ICN or OECD or Other***

- Multiplicity of reviewing agencies
- Non-discrimination
- Procedural fairness
- Confidentiality and information exchange

19

## **MAURO GRINBERG**

Muito obrigado, em nome do Ibrac, em meu nome, ao William Rowley pela magnífica exposição. Apesar dos atrasos, não dele, eu quero registrar aqui uma alteração que nós fizemos no plano do nosso painel, porque nós vamos ter a exposição do Michael Reynolds e depois as perguntas que tiverem a eles dois em seguida, o intervalo, porque os dois fizeram um grande esforço para estar qui conosco, mas têm que viajar ainda hoje. E nós agradecemos, além de tudo, o esforço que eles fizeram para estar aqui conosco. Eu queria registrar ainda que eu já participei de vários eventos do Ibrac, na mesa inclusive, e é a primeira vez que eu tenho que eu tenho que dirigir uma audiência com dois holofotes em cima da minha cara. Não enxergo ninguém aí... Melhorou. Agora um só. Eu vou passar imediatamente a palavra ao Michael Reynolds e quero dizer que ele é sócio encarregado do setor de concorrência internacional do escritório "Allen & Overy" e, da mesma maneira que o nosso Bill Rowley, ele foi coordenador do comitê antitrust da International Bar Association; agora ele já foi eleito, está para tomar posse, da Section of Business law da International Bar Association; é professor de business law, Direito Comercial e eu tenho acompanhado o Michael desde a minha primeira conferência na IBA que foi em Barcelona, 1999, e tenho visto sempre os seus trabalhos e ansiava por vê-lo aqui conosco e hoje foi a realização de um objetivo. Muito obrigado, Michael. A palavra é sua.

## **MICHAEL REYNOLDS**

Muito obrigado. É para mim um grande privilégio assistir a um seminário tão importante, internacional de concorrência e para mim também é um grande prazer voltar ao Brasil, sobretudo quando está fazendo muito frio na Europa, quando faz muito frio em Bruxelas, tem muita chuva, muito vento. Eu tenho visitado muitas cidades no Brasil, mas para mim é a primeira vez aqui em Brasília. Gostei muito. A paisagem é muito bonita; os edifícios, muito elegantes; a arquitetura muito, muito interessante. Eu acho, particularmente, que precisamos construir na União Européia, uma nova cidade, uma nova capital federal. A Comissão Européia pode comprar um terreno em Andaluzia ou na República Checa porque, atualmente, em Bruxelas é terrível porque todo dia tem greve, tem manifestação, tem chuva, tem vento e podia ser melhor se construíssemos uma Brasília nova da União Européia na Europa.

After that rather controversial political ideas which I only dare to express in Brazil, not in Europe, I will continue in English because I will talk about something rather more specialized and the little Portuguese that I learnt

when I was in the European Commission in Portugal and I know that there some different words and I will risk if I go on making some terrible accident of vocabulary. I think the European speak today to some extent I represent not my only view but what I will try to present is the views of European Commission as I see them and I followed this development as a practitioner as Mauro said, as He head of Allen & Overy International Competition Group, we followed this development trough out our offices in the European Union and I also followed it with my capacity as chair elected of IBA business section and I followed it in the foot steps of Bill Rowley and the developments, he has just talked, we follow the development here in Brazil and the reform process that is now taking place in Brussels. In the IBA is Global Forum For Competition Policy we organized a number of events dedicated to accessing the progress of International Competition Network of the reform process of the European merger control system and we have tried to focus attention on this not only in our main conferences, but in the regional conferences. I would just mention that we have one coming up in 2003 in Mexico City in late June which will follow the ICN conference in Merida and we will be putting the emphasis of that the conference on the developments here in South America. I'm going to talk about our experience in Europe. I think this is a useful model to analyze. It's important to remember that our system of merger control in Europe is a young system. The regulation providing for compulsory notification of merger of certain size was first adopted in 1990. I've been in Brussels quite a long time and I can remember 15 years before that , before we had this legislation when there was no legislative control requiring pre merger notification and frankly it was chaotic and the system that we have now is a great improvement of what we had then. And the European System has given us, in Europe, a clear distinction of jurisdiction what they called in French "le guichet unique". Which means the one little office you go and get your approval ticket. The one stop shop, the famous one stop shop which provides a clear distinction of jurisdiction that mergers over certain jurisdictional limit to be notified to Brussels and below those limits they are within the jurisdiction of the 15 member states of the European Union. When the merger regime in Brussels was set up it started with a very well motivated team. They even had their own brand of champagne to celebrate their early victories and they had a number of early victories. When the regime came in Many predicted that the European Commission would not be able to work within time tight limits, that the multinational bureaucracy that we have and Brussels would not be able to cope with a flood of notifications even though they have serious problems of man power resources. It was also predicted that the system would be politically influenced that a telephone call from Elisee Palace or from the German Federal Chancellery would bring about political

pressure towards competition cases and in the early years these predictions were proved wrong. In fact, on the political interference side they've been proved wrong through out. We have not had the degree of political influence that has caused merger decisions to be taken other than not competition grants. And the Commission achieved some formidable successes. It's early records with extremely impressive the ability to handle complex cases to clear 95% of the cases within the first phase process that we have in Brussels of four weeks. There were of course some prohibitions which were upheld by the court and all seems to be going well.

Recently, however, under Commissioner Mario Monti we have had a number of cases, three cases in fact, which have been overturned by the Court three prohibitions decisions and this has set off what we can describe as torrence of criticism about the methods, the fact findings, the evidential standards used by the European Commission, strongly criticized by the European Court of First Instance in Luxemburg. When the merger regime was set up Leon Britain who was, in many ways its founder said that he had created a Rolls Royce machine (...) . The Rolls Royce seems at the moment to have crashed. We now have a system of review and reform which is taking place to analyze what can be done to improve this system. I think it's instructive just to look at some of the things that have gone wrong because, as I say, the system in Brussels is a young system; it's in a formative phase. Other systems such as the United States, which is much more mature than our system in Europe, have also gone through this phases, it's not that dramatic but it's important to see what has gone wrong because I think it has lessons for others antitrust regimes.

The reform process is not being brought about because three cases have been lost in the European Court in Luxemburg. Of course losing three cases in succession does cause a lot of attention. I think the former U.S. president, Richard Nixon once, said: "If two wrongs don't make a right try three". Some people have said that is what The European Commission looks to be doing. However, the Commission takes all the criticism seriously, it also has made the point that the reform process which it's looking at was going to be undertaken in any event and there was the Green Paper that was published early this year which I already talked about reform, reform of due process, reform of procedure, reform of the jurisdictional rules. And the three appealed cases which we heard about because they have attracted a lot of attention have only served to accelerate that reform. I won't to go through all the reform measures, I just want to highlight some of them which I think are of relevance particularly in the international context and which maybe of interest here in Brazil. First of all, on jurisdiction as I said early, one of great achievements of merger control regulation was the establishment of one stop

shop, the need only to notify on one form in one language to one authority in Brussels for merger over a certain limit. And that, if you are involved in doing business in Europe is an enormous advantage. It will be even more of an advantage and we have 24 member states because that is what we are going to have in Europe. By 2004 we are going to have a number of new states members bringing the total number to 24. A lot of those new members states have compulsory merger control. So the establishment of one stop shop eliminating the need to notify in Lubiana, Viena, Riga, all those countries and centers for antitrust control is a great benefit. And Commission in its review is trying to see how that can be made to work better and this is very positive thing for them to do. It brings about one of the answers to what Bill Rowley described as ingenuity gap, the challenge of business in making a number of multinational fillings around the world. The green paper foresees a number of adjustments to the system to provide a more flexible system because at the moment quite a lot of deals which should really come within the one stop shop dimension actually fall below it so we still have the problem of notifying in a lot of different countries in Europe. And the other thing to remember in Europe is that despite membership of the European Union a lot of the merger control regimes and the antitrust laws of the member states are still very different there hasn't been a the degree of harmonization that we would have hoped for and therefore to improve the working of the one stop shop is a great problem. Many people have said can this form the model for international an system of merger review. The problem with that is that, of course, the one stop shop works within the legal political framework of the European Union because we have the Treatise that establishes European Union and without those we couldn't have this system. Nonetheless I think the working of the model is a very interesting one to analyze.

A second important issue for reform is whether the European Union, we should change the substantive test for accessing mergers at the moment the test in the merger control regulation is whether or not a concentration will created or strength a dominant position. Many have said that that test isn't really flexible enough to deal with merger control and also it doesn't correspond to the test that is adopted in a number of other jurisdictions such as in the U.S., Canada, Australia and indeed now in my country, the United Kingdom which is the test of the substantial lessening of competition. And the Commission in its Green Paper said it were looking at, whether or not, in the interest of international convergence, it should move to the test of substantial lessening of competition and drop the dominance test.

Well, the conclusion announced by Commissioner Mario Monti at the conference that Bill mentioned in Brussels and its subsequent press conference is that the Commission will retain the dominance test. I think the rea-

sons for that are, first of all, that actually a change is opposed by individual member states notably the Federal Republic of Germany which has the dominance test and they will not give it up and also, another reason given in Europe is that now we have jurisprudence for 12 years based on dominance test and suddenly we have to change the test that jurisprudence would be useless. I personally would favor a change to a test which is more in line with that adopted by other jurisdictions because I think that would indeed favor international convergence which I think was objective.

I just want to summarize some of the internal changes that the Commission is making because I think this have lessons and examples for all antitrust agencies around the world. The cases that the Commission has been criticized for the prohibitions in *Airtours*, *Schneider* and *Tetra Laval* case the criticisms that were made of the Commission basically by the Court, the Commission had not managed to substantiate its findings which led it to prohibit the cases involved with sufficient evidences. The degree or proof that these mergers were bringing about a dominant position whether individual or collectively that was going to be strengthened or created simply it was not there. The Commission has taken this criticism seriously, it intends to strength the economic analysis of this cases, a Chief economist is going to be appointed, there will be more emphasis on economic analysis, there will be more officials recruited with an economic background because a lot of the cases that we hand, that we deal with the Commission are done by lawyers, not by economists. The Commission is also going to establish an internal system of control whereby by officials outside the merger control unit - the merger task force - will do a peer review analysis, sort of sorciere apprentice analyses of the findings to see if they stand up. It remains to be seen how that will work because in the end of the day there is already internal control and there are many criticize the system in Europe is being to one sided that the Commission is not only the prosecutor, but also the judge and the jury and they say: "Well, this still a internal control". But nonetheless there's going to be emphasis on strengthening of the analysis and I think this would be welcomed. There is also going to be the strengthening of the rights of defense. Parties to a merger will have early access to the file to check the submissions that are made by competitors, by third parties about their mergers. At the moment it happens very late on proceedings under the proposed reform it is going to happen much earlier. The Commission has also said that it's going to listen much to the voices of the consumers because one of the features of the European Merger control compared to the United States is, I think, the European Commission has often been thought ready to listening to competitors who are complaint about a merger rather than the consumers and very often, we, as lawyers often act for competitors who want to stop a merger so

we actually know how easy that can be if you present your case in the right way to the Commission in Brussels they do listen to the competitors much more than the Federal Trade Commission or the Department of Justice in Washington. I think that will continue to be the case I have to said, but the Commission has said that they will now also listen the consumers much more and there would be a Consumer Liaison Office. Again we have to see in reality how that works whether this is just a talk but that is what they profess they will do.

One of the problems of the European system is that it has tried to do what it has to do with the very tight time limits. You know there is a two phases system. First phase to analyze whether or not the merger raises serious doubts that has to be conducted in one month and then, the second phase, if there are serious doubts to carry out in depth inquires which has to be carried out within a further four months. In reality, in particularly in the second phase it's proved extremely difficult for the Commission in these very complex cases with its stretched man power resources to operate within this time limits. Therefore the commission is now advocating a extension of time limits with the agreement of the parties in certain complex cases. It is suggesting that there should be the ability to stop the clock running when parties present undertakings to try to achieve divestiture or other solutions to a difficult merger case in the first phase or in the second phase and so we are going to see a relaxation to some extend of the time limits. Many people would say that one of the advantages of the European system compared to the American system, for example, is the fact that you have time limits but the reality is that it has proved very difficult, particularly in complex cases for the Commission to operate with these time limits and it has resorted to all sorts of methods to extend, for example, finding notifications are incomplete or asking three hundred questions and then issuing a decision that have the effect of stopping the clock and that is very unsatisfactory either. So we are going to have better management, , we are going to gain better analysis. It remains to be seen what can happen as I said earlier , this is a new system and I don't think the Commission should be ashamed that things have gone wrong because now is the chance to correct it. Other systems have needed correcting and I do hope echoing what Bill Rowley has said that this analysis does not take place in isolation I think for all antitrust agencies around the world to take account of the needs that we hear, from the business community, for a assistance internationally and that when you are looking at how your systems is working you can't ignore what is happening else where and the need of convergence

I will stop there and I was very pleased on answer the questions preferable in English but I can have a goal at Portuguese afterwards.

## DEBATE 1

Quero agradecer as palavras do Michael Reynolds e agradecer também o fato dele ter permanecido dentro do horário previsto.

Eu quero agora perguntar se há perguntas na audiência; as perguntas também podem ser feitas pela mesa.

Bom, eu vou usar o privilégio da Presidência da mesa e perguntar aqui para o Will Rowley a respeito da ICN x Organização Mundial de Comércio.

Qual é a possibilidade que existe dos assuntos saírem da International Competition Network e passarem para a Organização Mundial do Comércio, e qual a diferença e qual a efetividade maior que se daria na Organização Mundial de Comércio, uma vez que a ICN não tem sequer meios de obrigar as partes a seguir as suas decisões?

### WILLIAM ROWLEY

It's always nice to have the easy questions first. Mauro, thank you. If I may, I would say that there is a fine balance that will be weighed over the next several years as to whether the ICN will succeed to be more than a talking shop and turn out to be a place of action and implementation. If it does, then the chance of the WTO being the ultimate arbitrator at least soon the matters of international competition law will be diminished. But, I hope I don't sound too much like I know what I'm saying because I suspect many in this room are better equipped than I to (advocate) on this subject. But let me go on to say that if the ICN does not succeed, in this way, the WTO will, I think, bubble up to the top as the natural institution of choice to do several things.

First of all, in the last round of Doha, there was an agreement that there would be negotiations or discussions about negotiations leading to an agreement at the WTO on competition. And those preliminary discussions are on their way and I said yesterday at CADE and I have said early to another group that if I were looking at five, ten or fifteen years, I believe in five years we will see an agreement on competition in place of the WTO and one that is largely accepted as being an appropriate forum for competition matters. That ten years from now, we will see the WTO playing real leadership in terms of international policy development and discussion. In fifteen years from now, possibly even as a place for dispute resolutions because somebody

raised a question yesterday, was a very good one, what happens when you have in a international world a transaction that has effects in a jurisdiction, let me suggest India, where there is not the possibility in a jurisdiction for a local agency to do anything about the transaction that would effectively protect its clients, its customers, its consumers. Or there are not to be some institution to each one can turn if one is the Indian consumer to say: "This transaction is desperately harmful to India". And someone would say that it's the WTO. Another way of addressing that problem, and I think I will stop here, is for agencies that are looking at these transactions to look beyond their own consumers to adopt a better thy neighbour, protect, thy neighbour policy as opposed to beg thy neighbour and look to effects in others jurisdictions. It is a difficult, difficult question but it may will be possible, for example, the European Commission to look at the merger of two British tea companies which may have monopolistic affects in India but no effect directly whatsoever in European Union to say: "but uh ultimately there are indirect effects. Oh! They are indirectly affected". So a long answer to a short easy question.

Muito obrigado Will.

Alguma pergunta?

Eu quero fazer uma observação aqui quanto ao trabalho do Michael Reynolds: eu li nos papéis dele que no Regulamento do Controle dos Atos de Concentração na União Européia existe um prazo final, um prazo fatal para notificação sob pena de multa, mas que a Comissão não aplica a multa caso não sejam tomadas atitudes no sentido da implementação do ato.

Agora, a minha pergunta é: o que são medidas no sentido de implementação do ato?

Essa pergunta é feita porque todos aqui sabem, o Michael também sabe do problema que existe com as multas por intempestividade no Brasil. Isso é um fato conhecido, foi falado já na primeira sessão aqui do nosso Seminário, eu quero ouvir a opinião do Michael sobre isso.

## **MICHAEL REYNOLDS**

That's a very interesting question. First of all, I did not mentioned that in my speech that the Commission is going to abolish the seven day deadline which is currently in the regulation within which you have to notify a merger under the present regime, you are obliged to notify a merger within

the seven day of a binding agreement a legally binding agreement. That's not a rise at the stage of the letter of intents. It has to be a letter with legally effects for the parties. That obligation will be taken way because the logic is that in any event the parties are indeed as you prevented from implementing the concentration pending the Commission inquiry.. Now they have been a number of cases where companies were notified late. We were involved in a case involving two Japanese companies who completely missed the requirement, they just didn't spot the need to notify in Brussels because they thought it was just a domestic Japanese merger not indeed is one of the problems. The regulation does catch merger that take place out side the European Union but at first glance appear do not appear to have any effect within it because of the way the thresholds operate.. In most of those cases the Commission has not imposed fines but has imposed fines where companies have taken action to implement their merger. I think the abolition of the seven day requirement is a very sensible change, its in line with the best practices which have been advocated by the ICN working party and in fact, in reality the Commission is very flexible about the time in which you have to notify. But there is no doubt that if the Commission felt that there was the company that deliberately avoided the need to notify, and we had indeed a couple of these cases, it will impose a fine. We had one case where there was a fine of a quarter o a million Euro for what the Commission felt was a deliberate attempt not to notify a merger. So its was not a theoretic power.

Muito obrigado Michael.

Parece que o Bill Blumenthal tem uma observação a fazer.

Quer falar agora?

## **WILLIAM BLUMENTHAL**

Thank you. For those who haven't met me, I'm Bill Blumenthal from Washington. Mauro will indroduce me after the coffee break. It's a pleasure to be here and I was going to offer two comments on things that Bill has mentioned. Mainly to establish tha no all north americans think the same about these issues and there are some significant diferences of view among part of practitioners on some of the key broad picture issues that confront the governments.

The first related to the WTO, the U.S. of course was very late in coming around to the view that perhaps the WTO would be an unappropriate mechanism but if you read the Doha declaration carefully there was never an

agreement to negotiate over hardcore cartels there is an agreement to consider negotiation over hardcore cartels. And I raised that in particular because there remains a tremendous skepticism among a number of countries as to whether the WTO is an appropriate forum, is a appropriate vehicle to consider competitions issues. And I think the reason for that is fairly demonstrated by the blue pack that is in the material there in the IBRAC folder that was the WTO annual report. If you slip through it there are about two hundred pages of material focus on pure trade issues and in page page 57 you have about three paragraphs on competition. There are fair number of people in the competition community who are quite concernd that if the WTO is permitted into the competition space we will confront a world ten years, twenty years out where essentially the competition values are traded off for perhaps steel, perhaps lumber, perhaps raspberrys. There is a list to school of thought that says that trade and the competition values really ought to be compartilized and that the protection of competition requires it. That is huge problem which is... the ICN doesn't have an enforcement mechanism, we will get into the comments ahead after the coffee break I will be speaking a little bit about that. So the question becomes: if they are disputes how does the world resolve that? Short of saying we need consensus and the absense of consensus is the least common denominator. This system remains very much in evolution and I think that the world has come tremendously far even in the last year and if I may offer a comment on that, the last time that Michel, Bill and I run at the same panel we were in Saint Thomas, it was January of the past year, no... January this year, ten months ago, we were speaking to a group and ICN at that point was three months old it had one meeting and that meeting was focused on the location of the annual conference. There were significant questions to whether was simple a group of north americans of two or three goverments talking to each other or whether might develop something more. What we have seen is that it has developed significantly in something more. It is proven to be quite successful as an organization but in one or another area I desagreed with Bill, I think. Some of us think that part of that success is precisely because at the voting level, at the constitutional level ICN is solely governamental. When we get into some of the details of what ICN has prescribed, after the coffee break you are going to see that many of these prescriptions have some significant teeth. There is no country on the planet that fully satisfies all of the ICN prescriptions and I think there is a real question as to whether it has been a private bar enterprise or if it's been other than competition agencies, speaking to competition agencies, for competition agencies, by competition agencies. There would have been the same sort of strength in the recommendations that automatelly were adopted and endorced

Thank you.

### **WILLIAM ROWLEY**

Could I just illustrate that the two Bills are perhaps in disagreement here by mentioning or clarifying. I did not mean to suggest that the ICN should not be led by the competition enforcement agencies. I think it's vital that be led by them. I just think it's important that others be sitting on the equally level chair at the table not in a lower chair. In terms of the prescriptions that come out of the ICN, the ICN has very few prescriptions so far it's got eight guiding principals and three recommended practices. Bill Blumenthal will be modest. He has had a heavy hand in helping to write those guiding principles and prescriptions, but you will find in your packet material two sets of recommend practices which were attached in my paper, one being in a group of five practitioners on behalf of the mergers stream line group which put together some recommended, some 35 or 40 recommended practices two years ago for the IBA at ... and a month or so later another set of highly complementary and very detailed recommended practices coming out of ICC you will find each of ICN's guide lines and each of the recommended practices endorsed in Naples find their foundation in those two documents which were private sector contribution. So I think it would not be imodest for me on behaviour of the private sector to say, but for the private sector the ICN would not be entitled to vote of confidence that we can give today. There is not to suggest that the private sector is a driver in anyway but it is certainly the most enfatically and important contributor. I don't think you are suggesting otherwise.

### **WILLIAM BLUMENTHAL**

I think the issue is simply who holds the ultimate votes. The ICN, most jurisdictions, not all, but most jurisdictions that participate in the ICN have reached out affirmatively to the private sector and have embraced private practitioners, private lawyers, the private business community as advisers. That message has not been noted by all participants in ICN or governments but I think we will continue to see some significant pressure on the part of the government to reach out the private sector for precisely reasons that Bill described.

### **MAURO GRINBERG**

Bom, com isso eu quero mais uma vez agradecer em nome do Ibrac e em meu nome próprio, o esforço que William Rowley e o Michael Reynolds fizeram para estar aqui conosco. Eles não poderão ficar durante toda segunda parte do nosso encontro, do nosso painel, porque tem que voltar aos seus países de origem, e o agradecimento ao William Blumenthal eu faço depois, já que os dois vão ter que se afastar em algum momento, e eu quero dizer que após o intervalo, o William Blumenthal vai falar sobre as recomendações específicas da International Competition Network e dos princípios adotados por ela. Será alguma coisa um pouquinho mais dedicada a seus aspectos práticos e depois teremos o Cláudio Considera e finalmente o Conselheiro Ronaldo Macedo.

Eu faço agora um intervalo agora de 15 minutos para o café e peço que todos voltem em 15 minutos.

Muito obrigado.

(...) O próximo expositor é o advogado Willian Blumenthal. Eu quero lembrar que eu conheci o William Blumenthal há alguns anos atrás em uma situação extremamente curiosa para mim porque um amigo meu que morava em Atlanta, brasileiro, me chamou, eu estava viajando, me chamou: “Venha cá. Eu quero te apresentar nosso sócio de Direito da Concorrência, de anti-trust”. Bom, eu fui lá achando que fosse conhecer o sócio. Aí ele me leva a uma sala com uma enorme televisão e participamos de uma video conferência e foi o momento em que eu conheci o William Blumenthal e mais a diante nos encontramos em alguns eventos internacionais. Ele é sócio do escritório “King & Spalding”, a prática dele fica sediada em Washington, ele foi vice-chair da American Bar Association; ele é o chefe da Merger Review Task Force da American Bar Association e é um dos principais consultores do setor privado para a International Competition Network. De fato ele faz parte do chamado “drafting group” e ele vai nos trazer as recomendações da International Competition Network para controle de atos de concentração.

## **WILLIAM BLUMENTHAL**

First, thank you for that kind introduction and I am glad we did had the opportunity to meet face to face a couple of years ago what is of course, the reason why I am here today. Mario, thank you. So, ladies and gentlemen, now we can formally introduce. It is a pleasure to be here with you today. Michael Reynolds, William Rowley and I, over the past year, have traveled to many parts of the globe on the issues we are dealing today no place has

treated us with greatwer hospitality than Brasilia and I thank you for that. Thank you.

When Bill, Michael and I were in Saint Thomas, ten months ago, when there was a great uncertainty as to whether ICN or some other mechanism for global coordination would really progress. There was a sense that ICN in its first year of being needed to show some concrete progress somewhere, anywhere. It did not much matter where it was. By the time of September 2002 meeting an you recall that the very first order of business was that there would be a meeting, that month, in Italy. By the time of that meeting, there had to be something more concrete than that to put on the table. Fortunately, that did developed in the form of the work of notification and procedures subgroups on which Bill and Michael and I, and many others, have been acting. It is being a large group, it includes the U.S. an the EU as you might have imagined but it also has very, very active roles by many other jurisdictions as Japan, Korea, South Africa, many others are in attendance on a lot of calls. And of course these calls for many of those governments occurring one in the morning, two in the morning. It is quite an effort on everybody's part. But there has been a fair bit to show an that is what we are going to turn to for the next twenty minutes. I am simply going to walk through the guiding principles and recommended practices that emerged out of the subgroups and that were approved, adopted, endorsed at Naples . Unlike Bill's comments, I am not gonna have anything prescriptive to say at least until the very end, this is purely descriptive purely reporting on what has been adopted. Let me emphasize that none of these was drafted with any particularly jurisdiction in mind. And I say that because if we go through this type of talk in many countries there is some tendency to personalize it. I know a lot of countries are in default of some or another the principles and the recommendations which of course they are, because as I said in the comments before, there is no country on the planet that can forms for everything. You recognize that in some of these Brazil are in default. US is default. I identify some in U.S. in default, everybody defaults on some of this and it is simply that now we have some intergovernmental mechanisms by which there is some agreement been reached and this is the direction on which the world ought to converge". So, let me go through the direction.

We begin with the guiding principles. At the very top you have each guide principles and I am going to go into each of these a little bit more detailed. They have been adopted. The work over the next few years will be to try do move from principles into particular practices. There are some particular practices that have been adopted in three areas, Bill mentioned the there

were three, but I will spare some words in those sub parts. There is a lot of work yet to be done. But let start with the principles.

The first one is sovereignty. And it simply begins by observing that every jurisdiction is sovereign with respect the application of its own laws in merger cases. When we say that there is enforcement mechanism, there is no dispute resolution mechanism , there is no peer review mechanism, this is part of what we have in mind. That right now, ICN remains something of a toddler. It is beginning to have progress but we are dealing with baby steps and I think people want to take great care not to do anything that would undermine that. Whether there will eventually be some mechanism for dispute resolution, whether there would be some mechanism by which jurisdictions begins to cede sovereignty. Very much remains to be seen. I think the substantial question is whether that would never occur in the ICN context. It is where we begin get into Bill Rowley vision that perhaps the WTO might take that over but this is a battle for, certainly not for this year and probably not for a number of years to come. There is an awful lot of progress that can be made among governments without needing to cross that bridge.

The second principle is transparency. This one really has four elements. It says that in order to foster consistency, predictability and fairness the merger review process should be transparent in a number of respects. First with respect to the policies practices and procedures that are involved in the review. Second which respect the identity of the decisions makers. Third with respect to the substantive standards of review. And fourth, with respect to the basis of adverse enforcement decisions. That obviously leaves a lot that is open. There is a huge question that is to how transparent must the system be to be transparent. In six lines we are going to get into confidentiality and there is obviously a tension between confidentiality and transparency. If you are too transparence, you begin to invade confidentiality; if you have too much confidentiality you invade transparency. There are a lot of final balances to be stricken. This is in there in a large part because there is a perception on the part of many of the world that the United States is somewhat lacking in transparency. I think there are a lot of people who share that, including in the U.S, and I will noted that this particular principle even if it hasn't been operationalized yet, is already begging to have some effect. During the last two or three weeks, the FTC, the Federal Trade Commission in the U.S. has began to publish in significant cases the basis for decisions not initiate the enforcement action. Many of you have are familiar with the Cruise case in which Carnival and Royal Caribbean Cruises both made beats for Princess cruise linas, ultimately those deals were cleared without a substantial debate in United States and elsewhere. The FTC put out a very detailed statement

unlike anything we have seen before as to why they came up with the enforcement decision. Two weeks later, in a case involving supermarkets mergers, they did the same thing. So we are beginning to see some fruits already.

Third principle is non discrimination. Sort of World Trade Organization concept but it is slightly different here. It says that in a merger review process jurisdictions should not discriminate in the application of the competitions law and regulation based on nationality. That all nationals are treated the same. Now, left opened in this is whether it might be permissible to disfavor your own nationals. In some cases, the U.S. for example, has done that. But it is clear that one of the principles that has being adopted widely is that you will not treat foreign nationals in any worse that domestics. You may treat them better.

The fourth principle is procedural fairness and it doesn't fit in one line we have two of them here. The first is 'prior to any adverse decision'. And I focus on that procedure fairness is not limited to every step of the process, at least not yet. For now it is limited to prior to the adverse decision on the merits at the end of the process. The merging parties should be informed of the competitive concerns that form the basis for that propose adverse decision. The factual basis on which those concerns are based and they should have the opportunity to express their views in the relationship to those concerns. Just at the end of the process there is not yet any guarantee of fairness at the early stages of the investigation. All that remains to be seen. The other procedural fairness elements are these that if there is an adverse enforcement decision there should be some opportunity for review before a separate adjudicative body. Now, left open what the adjudicative body is. Might be a Court but it doesn't have to be a Court. It could be a separate group within the same agency. And finally the last element of procedural fairness for third parties provides the third parties who believe they would have some adverse effects from the transaction a mechanism for expressing their views as part of the process. Very open ended, not to be defined probably for another couple of years. But there is at least some notion of third party rights, details to follow.

The fifth principle is that there should be efficient, timely and effective review and this is really at the heart of all the principles, at the heart of what is happening with the merger control process and it also go to heart of the most difficult balances because fairly often if you are going to have an efficient process it is gonna take a little bit of time. At least if you want to be effective. These things tend to maintain a trade off against each other. And they are tough to retain simultaneously. But the notion, at least for now, is that enforcement agencies should be provide with the information's they need to review the competitive effects. They should not impose unnecessary transac-

tion costs and all of these should happen with a reasonable and determinable time frame. You may think that the reference for determinable time frame was intended for Brazil, it was not, it was intended for U.S. That's basically saying the Hard Scoot process that we practiced in the U.S. is viewed by many as being out of control. The fact that the word is determinable and not determined was the subject of an extensive discussion, extensive negotiation, because clearly the Hard Scott process was not determined. But there are some view that perhaps it might be determinable. This is another one to remains to be flashed out.

Coordination. This is a sense that right now countries of the world should be trying to coordinate under merger review process. And it is distinguished of the next line which is convergence. This is aspiration, this is what people hope to get over the next decade. There is some desire to converge, there is a recognition that convergence would be extremely tough to attain. We can coordinate at the meantime. Convergence that is something for... First Ill work at the next slide.

And the final slide is confidentiality. The one tha provides the merger review process, should provide for protection of confidential information. What those protections would be. Very much have yet to be defined, they are not being to be taken for a while, there is a extensive treatment of them in the OCDE and ICC paper, I think its yellow in the materials, and you see towards the end pages and pages of treatment on what protections ICC and BIAC would recommend affording to the protection of confidential information. Clearly the ICN and the governments of the world are not yet prepared to buy it on to that set of issues. And this we will see. We are not gonna do at this year either.

Well, moving to the recommended practices, that were endorsed in Naples, and there are three areas that Bill Rowley mentioned: Jurisdictional Nexus, Notification Thresholds and Notification Timing. And I will run trough each with a little more detail. With respect to Jurisdictional Nexus the practices begin again with the recognition that each jurisdiction is sovereign with respect to assertion of access. However, the second bullet, there really ought to be a material local nexus before a transaction is subject of a merger review. This is directed to many, many jurisdictions that have a world wide test. There is a sense that if you have a world wise test and a local test, that is ok. But if it is just the world wise test, that is probably too broad. And further the local nexus ought to be focused on the business being combined that if you are buying a particular division say from a multinational it should be looking not at all of the activities of the multinationals but the activities of the business that is part of the transaction.

In a single most controversial provision the governments adopted a recommendations that local activity that should be measured by the activities of at least two parties to the transaction or perhaps, if not both parties at least the acquired business. There were some dispute on this and the reason that we use the term "endorse" ....as supposed to adopted for the practices is because a few countries opted out based on this provision in particular and the concern was a potential competition concern. The concern was if you are a relatively small jurisdiction, and Denmark was most concerned on this, if its a small jurisdiction but has a dominant firm, if it is holding competitive check by a potential entrant across boarder, and if they then buy the potential entrant, say in Germany, that would not be captured within this jurisdictional provision. This is not a point that was missed on the draft. People were acutely aware of this risk. And the sense was: Yes, that is real but it is a concern so seldom. It is a concern of two or three transactions out of ten thousand every year. That is for the greater good, the good of the entire global system we hope that those will be dealt with a normal transaction in the jurisdiction that they do have to file, after closing and if it cannot be dealt with either of those basis, well sorry, but there is a entire global capital market people have to protect. We can't be running around asserting jurisdiction to widely. But this issue remains in debate.

The next area: the notification thresholds. The principle here is that the notification thresholds should be clear, should be understandable, the should be objectively quantifiable, for example, thresholds based on sales, on turn over, on assets? Are things that can be determinate right out of financial statements. There is a little bit of flexibility in financial statements, we certainly see that on United States but at least there are numbers that one can point you prepared in the ordinary course. Market shares by contrast are a much tougher concept. And the sense is that the wider market share will be very important part of the review process. (...) Not yet. Not at the jurisdictional phase. At the jurisdictional phase people should be looking to hard numbers because 95% of the transactions are harmless and if people have to sit down and determinate market shares in some details that is going to over burden the process.

Finally the notification thresholds should be based on ascertainable information and it is not materially different form turn over or assets.

The next element: notification timing. There is a sense that timing... let's break timing into how early may you notify and how late must you notify. There is a sense that governments should permit parties to notify, that you may notify upon certification of a good faith and intent to merger. But there are differences in the tests and the commentary that was offered specifi-

cally takes account of that. Different jurisdictions have different views as to what is necessary to certify good faith. The U.S. and Canada, for example, have a letter of content standards. And urge to have a letter of content standards in the ICN contest as did ICC and BIAC, as did the IBA. And those were voices that were simple shot out virtually every other jurisdiction that was heard on the issue said that the process should not begin as a matter of right until definitive agreement. And if there had been a vote that was taken on a global bases it would have been predominantly in favor of a fully specified lengthy definitive agreement binding on the parties. The U.S. wants to permit it earlier the ICN said that's fine but its not a standard that would be reached to the rest of the world.

In terms of how late you should be permitted to notify, there is a difference between suspensive and non suspensive regimes. If it's a regime, that bars the parties from closing while the merger process is proceeding such as U.S., such as Canada, such as Europe. The sense is: there should be no should be no deadline because the parties have the incentive to file and let them control of the detail of the timing and that was the view that Michael have indicated the E.U. has just adopted. With respect to non suspensive regimes however, Brazil, Australia, other jurisdictions as well, if it's not suspensive and the parties can close while the process of review is proceeding. There is a sense that the government has an entitlement to mend a reasonable deadline the filing. So that the parties can't simple close proceed and leave the government without recourse. Exactly what that time is, what is reasonable is something on which people can differ but there is a sense that reasonable would be measured in terms of... certainly not months, probably not days, but probably weeks and probably less that four weeks. From a clear triggering event and the clarity triggering event was extremely important and further for that triggering event should involve a stage in the transaction process where there is sufficient development to show that the parties are sufficiently dedicated to the deal. Maybe not binding or although ideally binding but certainly far enough into the process that it would not be burdening transactions prematurely.

The ICN has announced that the areas of development for recommended practices over the next year: timing of the review process; content of notifications; transparency and periodic review.

Periodic review. There is a sense that governments from time to time should review the details of their review process. They should review the thresholds, they should review whether the way that they conduct the process is really working. This is directed at everybody and the U.S. was the prime offender. It took us twenty years to enact a revision in the Hart Scott thresh-

olds. That was very painful to the business community around the world for the let apart of those two decades we of course are not alone. So there is a sense that the periodic review is very important. Transparency is in there because of a sense that it needs to be addressed and it needs to be addressed because there are some jurisdictions, and again the U.S. is a prime offender, they are or not sufficiently transparent. Let me go on to the timing and content and for this I have some more details.

On timing, the areas that are under discussion are these. First: many jurisdictions have a two phases process and there is a sense that that is a more efficient way to proceed, it's likely that a recommendation of the two phases merger review process will be adopted this year. You will see it in the ICC/BIAC paper and in the IBA paper. Not everything in those papers is being adopted by the group, I mean, those papers are urged a letter of content standards, couple of slides back, and that clearly ( didn't carry the debate ) with ICN. The two phases is one where there is significant support. There will be rough contours about what we would expect for phase one. The problem be flexible. I don't think we are going to see the ICN saying that phase one should be in thirty days, as it's in U.S, as it is in Europe. But in Canada , for example, it's twenty days or forty days, depending on the nature of the deal. Most jurisdictions that have two phases system, have the first a phase from three weeks to six weeks. My sense for what I have heard so far is that most countries say that it doesn't much matter if it takes three weeks or six weeks or something in between but something on that order of magnitude is roughly what we ought to be discussing. Within that phase one review there will be probably, not certainly, but probably some sense that there should be a way of shortening the period. Whether it is early termination that some jurisdictions have, whether it is, as in Canada, a mechanism for a short or a long form. With the short form, is a truncating mechanism, or as in Canada has, (...) an advance ruling certificate that avoids the need to file law together. There are a number of different mechanisms where the ICN looks at the good ideas and people ought to think about that. There is also a sense that phase one sometimes deals with the problem of the transactions that maybe can be resolved in phase one. The United States, and a number of other jurisdictions, do not have that mechanism for extending phase one. Sometimes there are a sort of mechanism that are used. In the U.S. is not uncommon to get towards the phase one to the government say: "we really need two weeks". We don't have a mechanism for extending two weeks. Why don't you pull your filing and refile tomorrow? And we won't charge you a new filing fee. And that happens with some frequency. The Europeans, by contrast, have a mechanism for formally extending the phase one and there is a sense that it is a fairly good idea. I think we will probably see some serious discussions on

that. There is a sense that special provisions ought to be in place for certain types of non problematic transactions. Bankruptcies, hostile tender, hostile take overs, tender offers. I quickly add that if it's a problematic bankruptcy involving two of the last competitors, last three or four competitors in the field, that wouldn't qualify for abbreviated treatment. Nor would a hostile take over involving two direct competitors. But if it's a non problematic transaction, there is a sense that some shorter period might be considered. And finally for phase two, we are back to the question of determinable timing. We may or may not get into that year. I think it is a big question is to whether the governments will really want to get into, whether it ought to be a four months period as it is in Europe, whether it is a four month period with extension as it often is in Europe. Whether it is a six month period, but sometimes nine months, sometimes it's twelve, sometimes it's eighteen, as it is in the United States, and in some other jurisdictions. We may not have some development on that.

The next slide content, the next area to be addressed this year. What should the form say? What content should be provided to the governments? One big question is: will be this phase one only? To my guess it will be only phase one because when you start specifying the content of a full phase two that is very case specific. And there is a progress made only in phase one that would probably go far. There are something of a (golf) between objective and subjective systems, you will see that ICC, BIAC, IBA, all urge and objective system information that is readily ascertainable right out of the books of companies. And it's all that should be provided as part of the initial notification in contrast to, for example, a subjective filing that says: tell us why shouldn't we have a concern here? What are the markets? What are the shares in those markets? That is the IBA position. The BIAC position. The ICC position. Curiously it's not the ABA position. Notwithstanding the fact that in the U.S., the ABA lives in a regime that has an objective set of requirements. The reason for that is because we have seen is that with objective requirements what you often do is just put off two or three weeks into the filing. The call that comes from the agency that says is always: "oh! We cannot tell anything about from information". Are there any issues that we ought to be concerned with? It's very clear that most jurisdictions, the majority of the jurisdictions of the world, have subjective requirements and we may see a language that says something like while the objective is ok, subjective is enormous. Certainly we are not going to see what is in the BIAC, ICC, IBA proposals. There is, however, a sense coupled with that, that many transactions are not problematic and where the transaction is clearly competitively harmless, there should be abbreviated requirements. Many people will say that the

places where the real problem arises, where the real burden arises is in the those jurisdictions that have low thresholds, subjective requirements, and initial information remains demands sort of like European form CO. When people say that, what they are really thinking about are a number of jurisdictions in Europe in particular. Although, there are many non European jurisdictions with the same thing – it would be said. There is a sense that for those jurisdictions they ought to be a way to shorten it.

Let me quickly deal with notarization and consularization at the bottom. Some countries require business executives to go to the Counselor office to certify . And that's probably ok with you have one filing. But if you have ten or fifteen filings, you will have to go to a number of cities because not all jurisdictions have counselor officers in the same place. There is a sense that it's too much of a burden, that a simple certification without formal consularization should be appropriate.

Finally, translation. Translation is an extremely costly process. We estimated as being a hundred dollars a page. Many of you may have passed for this experience, spending many thousands of dollar per (case). There is a sense that, at least at phase one stage, translation should be fine for purposes of the filing itself but we expect to ordinary course documents, which respect to attachments, that those ought to be taken in the original language.

There is more to be done in the future...

And let me say thank you. It is gonna take a lot of work this year, next year and the years ahead. It will take a lot of flexibility on the part of the agencies, on the part of the national legislators because often these are not agencies choices, they are often legislative that give rise to the problems. It will probably take at least five years, probably ten years, before real progress has been made but with the prospect of sixty to seventy jurisdictions reviewing every transaction, or potentially reviewing every transaction with the burdens that would follow the capital markets as a result. That is simply too painful to bear. If Michael Reynolds, Bill Rowley and I have been traveling the world on these issues it is because a number of people looked into a potential view of the future, few years ago, and said that this is just too terrifying and there is now a movement for propositive changes on a global bases. We hope that those of you in the private practices in the the government services in the business community will join us. Obrigado.

Slide 1

**KING & SPALDING**

## Initial Steps Towards Globalization of Merger Process

William Blumenthal

November 28, 2002  
Brasilia

Slide 2

### ***The Shift In “International Antitrust”***

- Formerly a specialized practice
  - Extraterritoriality
  - Comity
- Now mainstream
  - More than 100 countries with competition laws
  - More than 60 with merger control procedures

2

Slide 3

### ***The Problem***

- Jurisdictional net is often wide
  - The global triumph of the *Alcoa* doctrine
- Even transactions between firms from a single nation are caught in multiple jurisdictions
- The results
  - Excessive compliance burden
  - Potential for inconsistent outcomes

3

Slide 4

### ***Steps towards Reconciliation***

- Early recognitions
- More recent steps
  - OECD
  - WTO
  - ICN
  - Bilateral or regional coordination
  - Private bar groups

4

## Slide 5

***Why It Matters***

- *To protect the world's capital markets!*
  - Incentives for investment require mechanisms for exit
  - 95% of transactions are competitively innocuous
- Excessive transaction costs frustrate the desirable operation of markets
- Affects industrialized *and* less developed countries

5

## Slide 6

***Some Details on Cost . . .***

- The next 11 slides were prepared for the ICN Merger Investigative Workshop held last week in Washington, DC
  - Modified with blue background to distinguish them from the prepared remarks here
  - Focused there on investigation after initial notification has been submitted
  - Issues such as jurisdiction and timing for initial notification are equally important

6

Slide 7

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***Types of Cost***

- Out-of-Pocket Expenditures
- Diversion of Executive Time
- Business Deterioration Associated with Delay

7

Slide 8

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***Out-of-Pocket Expenditures***

- Filing Fees
- Lawyers and Paralegals
- Translators
- Economists
- Clerical Personnel
- Photocopies and Other Imaging

8

## Slide 9

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

## ***Diversion of Executive Time***

- Response to Interrogatories
- Participation in Interviews
- Assistance in Document Production

9

## Slide 10

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

## ***Business Deterioration Associated with Delay***

- Harm to Key Relationships
  - The Affected Constituencies
  - Variation by Industry
  - Variation by Party Status
- Foregone Efficiencies
  - Time Value of Delayed Efficiencies
  - Frustration of Classes of Efficiencies

10

Slide 11

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

**Cost Estimates (1):  
Document Review**

- Labor Time per *Review* Carton
- Sources of Variability
  - Number of Sources?
  - Number of Sites?
  - Responsiveness of Sample?
  - Paper or Electronic?
  - Working or Archive Files?
  - Number of Passes?
  - Indexing and Ancillary Tasks?

11

Slide 12

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

**Cost Estimates (2):  
Document Imaging**

- Dollars per *Production* Carton
- Sources of Variability
  - Type of Image?
  - Number of Copies?
  - Speed of Turnaround?
  - Sorting and Other Processing?
  - Image Only or Text?

12

## Slide 13

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***Cost Estimates (3): Document Translation***

- Dollars per Production *Page*
- Sources of Variability
  - Acceptability of Summaries?
  - Need for Certification?
  - Number of Languages?
  - Uniqueness of Languages?
  - Number of Reviewing Jurisdictions Imposing Translation Requirements?

13

## Slide 14

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***Cost Estimates (4): Interrogatories***

- Difficult to Estimate, but Costly Relative to Documents of Same Content
- Sources of Variability
  - Number of Questions and Subparts?
  - Level of Labor Required for Response?
  - Ordinary-Course Information or Special Compilation?
  - Fact-Based or Judgmental?
  - Required Speed of Response?

14

Slide 15

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***Cost Estimates (5): Interviews and Depositions***

- Predictable, but Highly Variable Cost
- Sources of Variability
  - Level of Required Company Personnel?
  - Telephone or In Person?
  - Formality?
  - Stage of Investigative Process?
  - Duration?

15

Slide 16

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***How Agencies Can Help (1)***

- Limit the Number of Document Sources
- Focus on High-Yield Files
  - Minimize Ratio of Review Cartons to Production Cartons
- Search a Given Source Only Once
- Minimize Searches of Electronic Files
- Limit Packaging Instructions
- Minimize Translation Requirements, and Accept Summaries

16

## Slide 17

From the ICN Merger Investigative Techniques Workshop

### ***How Agencies Can Help (2)***

- Do Not Request “All Documents” if “Documents Sufficient to Show” Will Be Adequate
- Request “Documents Sufficient to Show” in Lieu of Interrogatories
- Use Focused, Fact-Based Interrogatories
- Conduct Telephone Interviews

17

## Slide 18

### ***Returning to This Seminar . . .***

- Better investigative techniques are only a partial answer
- More comprehensive “best practices” are under development, too
  - ICN Guiding Principles
  - ICN Recommended Practices

18

Slide 19

### ***ICN Guiding Principles***

- Sovereignty
- Transparency
- Non-discrimination based on nationality
- Procedural fairness
- Efficient, timely, and effective review
- Coordination
- Convergence
- Protection of confidential information

19

Slide 20

### ***Sovereignty***

*“Jurisdictions are sovereign with respect to the application of their own laws to mergers.”*

20

## Slide 21

**Transparency**

*“In order to foster consistency, predictability, and fairness, the merger review process should be transparent with respect to the policies, practices, and procedures involved in the review, the identity of the decision-maker(s), the substantive standard of review, and the bases of any adverse enforcement decisions on the merits.”*

21

## Slide 22

**Non-discrimination**

*“In the merger review process, jurisdictions should not discriminate in the application of competition laws and regulations on the basis of nationality.”*

22

Slide 23

**Procedural Fairness (1)**

*“Prior to a final adverse decision on the merits, merging parties should be informed of the competitive concerns that form the basis for the proposed adverse decision and the factual basis upon which such concerns are based, and should have an opportunity to express their views in relation to those concerns. . . .”*

23

Slide 24

**Procedural Fairness (2)**

*“. . . Reviewing jurisdictions should provide an opportunity for review of such decisions before a separate adjudicative body. Third parties that believe they would be harmed by potential anticompetitive effects of a proposed transaction should be allowed to express their views in the course of the merger review process.”*

24

## Slide 25

***Efficient, Timely, Effective Review***

*“The merger review process should provide enforcement agencies with information needed to review the competitive effects of transactions and should not impose unnecessary costs on transactions. The review of transactions should be conducted, and any resulting enforcement decision should be made, within a reasonable and determinable time frame.”*

25

## Slide 26

***Coordination***

*“Jurisdictions reviewing the same transaction should engage in such coordination as would, without compromising enforcement of domestic laws, enhance the efficiency and effectiveness of the review process and reduce transaction costs.”*

26

Slide 27

**Convergence**

*“Jurisdictions should seek convergence of merger review processes toward agreed best practices.”*

27

Slide 28

**Confidentiality**

*“The merger review process should provide for the protection of confidential information.”*

28

## Slide 29

***ICN Recommended Practices***

- Jurisdictional Nexus
- Notification Thresholds
- Notification Timing

29

## Slide 30

***Jurisdictional Nexus***

- Sovereign, but . . .
- Material local nexus
  - Supplemental worldwide test permitted
  - Limit to businesses being combined
- Measure by local activities of
  - At least two parties and/or
  - Acquired business
- Refinements to come

30

Slide 31

### ***Notification Thresholds***

- Clear and understandable
- Objectively quantifiable
  - For example, turnover or assets
  - Not market shares at this stage
- Based on readily ascertainable information

31

Slide 32

### ***Notification Timing***

- Permit upon certification of good faith intent
  - Recognizes differences in test
- Suspensive: No deadline
- Non-suspensive: Reasonable deadline
  - Reasonable time
  - Clear triggering event
  - Sufficient development in transaction negotiation process

32

## Slide 33

***Likely Next Round of Recommended Practices***

- Timing of review
- Content of notification
- Transparency
- Periodic Review

33

## Slide 34

***Likely Next Round – Timing***

- Two phases
- Rough contours for Phase I
- Mechanisms for abbreviation of Phase I
- Possibility of limited extension of Phase I
- Special provisions for certain non-problematic transactions
  - Bankrupt targets
  - Tender offers or hostile transactions
- Determinable timing for Phase II?

34

Slide 35

***Likely Next Round – Content***

- Objective (readily ascertainable) v. subjective
- Abbreviated requirements for non-problematic transactions
- Mechanisms for certainty as to adequacy
  - Prenotification consultation
- Notarization and consularization burdens
- Translation burden

35

Slide 36

***Future Rounds before ICN or OECD or Other***

- Multiplicity of reviewing agencies
- Non-discrimination
- Procedural fairness
- Confidentiality and information exchange

36

## Slide 37

***And Then There's  
Substance . . .***

- Issues of substantive differences among merger control regimes, too, are being addressed within ICN and other organizations
- But that would be another full presentation

37

## Slide 38

***Conclusion (1)***

- These issues are addressed more fully in the recent article, included with the seminar materials, from *Antitrust Report* (Lexis-Nexis Matthew Bender)
- The editors cut the one line that best seemed to summarize the current status of affairs . . .

38

Slide 39

### ***Conclusion (2)***

- “Sorry, but the world is a complex place, and bringing coherence will not be easy.”
- But bringing coherence will be important

39

### **MAURO GRINBERG**

Muito obrigado ao William Blumenthal.

Eu quero imediatamente passar a apresentar o Cláudio Considera, que todos aqui conhecem, que é o nosso Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico, e é graduado em economia pela Universidade Federal Fluminense, é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutorado em economia pela Universidade de Oxford e Professor de Economia da Universidade Fluminense e do Instituto Brasileiro de Mercado e Capitais.

Passo à palavra ao Cláudio Considera.

### **CLÁUDIO CONSIDERA**

Eu iniciaria dizendo que as três instituições brasileiras são membros da ICN. Nós nos inscrevemos no ano passado e participamos então do primeiro encontro anual que se realizou em Nápoles há pouco tempo atrás, e como tais, fomos a favor da adoção e signatários das recomendações de melhores práticas feitas pela ICN.

Não quer dizer com isso que nós possamos dizer hoje que adotamos todas essas recomendações, mas quer dizer que nós procuraremos adotar e melhorar nossas melhores práticas no que diz respeito à questão de análise de atos de concentração. Então, nós devemos sempre nos perguntar a quem atende essas melhores práticas.

Nós não devemos deixar de ter consciência de que as melhores práticas devem atender não apenas às empresas, mas devem proteger o mercado de mergers anticompetitivos, que proteja o consumidor de atos de concentração anticompetitivos.

Então nós devemos ter os três objetivos em mente e não apenas atender as demandas do setor privado, pura e simplesmente, que muitas vezes colocam isso como o principal efeito.

A vantagem, evidentemente, de nós sermos signatários de um documento que não tem enforcement quanto ao Ministério, como Blumenthal chamou atenção, é que evidentemente neste caso nós não temos os nossos diplomatas nos avisando que aquela palavra lá pode significar alguma coisa diferente do que ela está dizendo ali, então não podemos abordar aquela palavra específica; devemos estar discutindo uma ou duas vírgulas que tem nos acordos e na verdade nós poderemos ser cobrados num âmbito, como por exemplo, da OMC. Então essa é a vantagem de nós comprometermos a alcançarmos suas melhores práticas que estão determinadas ou sugeridas pela ICN, pela International Competition Network.

Então, eu vou procurar chamar atenção do esforço que nós fizemos ao longo da nossa gestão, nas diversas Secretarias e mais no CADE. Acho que eu posso, de certa forma, falar em nome dos três, de todo esforço que nós fizemos para alcançar aquilo, de certa forma assinamos em Nápoles. E gostaria de chamar a atenção de fato que a grande modificação é que nós poderemos afirmar que estamos seguindo aquilo que nos está recomendado pela ICN. De fato está na nova versão do projeto de lei e da formação da agência que está agora na Casa Civil. E aí aproveito para não polemizar porque ele não poderá falar neste momento, mas talvez depois, meu amigo Pedro Dutra, que de fato uma injustiça foi cometida.

Nós estivemos com esse projeto durante três meses e meio em Consulta Pública. Nunca houve no Brasil, talvez no mundo, nada semelhante. Três meses e meio de Consulta Pública. Nós incorporamos todas as críticas que eram possíveis e sem corporato, evidentemente bobagens do tipo: "Achamos que deve ficar, o projeto deve ficar no Ministério da Justiça, no Ministério da Fazenda". Isso a gente não podia botar. Incorporamos todas as críticas.

Hoje temos num projeto uma agência instrutora e temos um Tribunal, ambos independentes, como sempre quiseram os que estão aqui presentes, e que nós, por motivo de determinação inicial do Presidente da República, não poderíamos fazer. Mas depois, aos poucos, começamos a convencê-los de que essa era a única medida possível para que se tenha um projeto efetivamente apoiado pela Comunidade de Defesa da Concorrência Brasileira. Então, nós fizemos tudo isso. Agora, evidentemente que nós não vamos voltar a fazer outra Consulta Pública. Então, depois de uma série de críticas, faz outro projeto, não vai ser assim! Nós vamos escrever o projeto final. E agora a sociedade vai discuti-lo onde deve discuti-lo: no Congresso Nacional. Provavelmente teremos alguns projetos substitutivos que serão efetivamente votados. Acho que poucas instituições escutaram tanto os colegas que militam nessa área como as três instituições escutaram.

Bom, então o que nós fizemos ao longo das gestões durante esses quatro anos?

Eu acho que nós demos um caminhado muito grande para duas coisas que estão, de certa forma, juntas: a unificação de procedimentos e a transparência.

Isso foi dado. Eu acho que o guia para análise de atos de concentração, hoje um guia conjunto da SEAE e da SDE, tem ali o que é considerado, vamos dizer, de melhores práticas em termos no mundo, ou seja, nós dizemos como fazemos uma análise.

Nossos processos saem analisados exatamente daquela maneira. Muitas vezes desagrada a uns e outros, mas nós não saímos daquilo; damos uma total transparência nesse procedimento. É uma outra melhor prática recomendada.

A transparência para os nossos procedimentos é total: nós publicamos, fazemos propaganda dos nossos pareceres, o CADE publica cada uma das suas decisões, ela é amplamente justificada em cada elemento, cada voto de cada Conselheiro é plenamente justificado por este Conselheiro-Relator e o nosso Parecer é amplamente justificado porque chegamos àquela conclusão.

Eventualmente, vai haver discussões a respeito disso e o CADE julgará finalmente e tomará a sua decisão final.

Mas não tenham dúvidas que em termo de transparência da análise, em termos da existência de um guia, onde todos poderão dizer, em termo de unificação de procedimentos, nós estamos perfeitamente de acordo. E aproveito, inclusive, dentro dessa questão de melhores práticas, para anunciar que nos próximos dez dias provavelmente estará à disposição dos Senhores, um guia para análise de preços predatórios e provavelmente em vinte dias, um guia

para análise de integração vertical. Então são os dois últimos trabalhos que saíram ainda este ano, mas já está sendo também elaborado um guia para análise de joint ventures que está sendo também elaborado; mas isso vai ficar para o próximo ano, ou seja, essa clareza de procedimentos nós temos procurado dar e essa transparência no que diz respeito aos procedimentos, às três instituições. A questão da confidencialidade, nós procuramos, sempre que possível, dar condição de celeridade aos documentos, conforme solicitado pelas empresas. Muitas vezes não o fazemos e os critérios pelos quais é concedida a confidencialidade estão publicados pela SDE e eles são adotados pela SEAE, mas haverá uma Portaria, e isto é um problema de arrancar qualquer coisa da nossa PGFN atualmente, mas será uma portaria minha dizendo oficialmente que os mesmos procedimentos da SDE são adotados pela SEAE.

Mas todos sabem que na prática é assim. Então, vocês poderão dizer: "Ah, mas não é dada toda confidencialidade pedida!" Não, não é. É dada a confidencialidade segundo aqueles critérios.

Às vezes, chegam uns estudos lá, por exemplo, um estudo da cidade cruzada. É importantíssimo para uma decisão de um Parecer nosso e, então, a empresa pede confidencialidade. É que aquilo ali não é confidencial para a empresa, não pode ser considerado. Evidentemente alguns segredos das empresas, no que diz respeito a sua contabilidade, ao seu faturamento, a sua participação, uma série de coisas, é dada confidencialidade, porque nós achamos que aquilo ali são segredos da empresa, outros não o são.

Então os critérios para concessão de confidencialidade são claros: são publicados pela SDE, são dotados pela SEAE.

Questão da defesa eu acho que há uma ampla oportunidade de defesa para todas as empresas ao longo de todos o processo. Acho que na verdade, defesa demais até atrasa um pouco os procedimentos e algumas pessoas sequer, houve um murmúrio, meus espíões espalhados na platéia me contaram que os meus cinco minutos causaram espécie de manhã...

Mas o que acontece é que quando vier à agência será assim, não haverá oportunidade de defender pela segunda vez junto a um segundo órgão instrutor. Não haverá isso. Haverá uma agência que instrui e envia um Tribunal.

A Defesa é mais corretamente feita junto ao juiz, junto ao Tribunal que vai julgar. Nós seremos os acusadores, os promotores da concorrência, e haverá um juiz onde a defesa será melhor feita.

A despeito disso, junto à Agência haverá ampla oportunidade das empresas apresentarem a Dinalzem, poderia dizer aos Senhores suas justificativas: porque que aquele ato não é anticompetitivo. Eu costumo dizer que tem

um momento que eu digo eu não quero escutar mais, e as empresas ficam bravas comigo e eu digo: não adianta, eu não quero mais escutá-las, já tenho todos os elementos, é minha decisão se eu vou escutá-los mais uma vez repetindo os mesmos argumentos para ver se me convencem pela repetição dos argumentos! Isso é algo que tem um limite para ser isto; o ato de concentração tem que ser terminado no nosso nível.

Então a defesa é ampla e eu acho que até às vezes ampla demais, mas é assim. Têm sido assim.

Existe uma ampla divisão de trabalho dentro dos três órgãos que compõem a defesa da concorrência hoje em dia. Hoje em dia, diferentemente do passado, a SDE não inicia um processo e um ato de concentração do seu início como se não houvesse análise da SEAE anterior. Hoje em dia não é muito claro que a SDE inicie a partir de um trabalho feito pela SEAE. Nunca foi assim. Antes não era assim. E mais do que isso, hoje em dia o CADE não inicia uma análise de um ato de concentração pensando que o que fizeram SDE e SEAE foi uma mera opinião. Não, o CADE hoje diz: aquilo é uma instrução do processo é nós, pura e simplesmente, iremos avançar a partir dessa instrução, que ele está portanto, novamente, nós estamos de acordo com as melhores práticas de procurar sempre permitir uma melhor análise de um ato de concentração e não a sua pura e simples repetição ou briga entre as instituições.

Outra coisa que nós adotamos nessa direção foi o rito sumário.

O rito sumário ele não substitui de forma nenhuma o instrumento que está disposto no Projeto, porque ainda há um julgamento do CADE desses ritos sumários que me digam, que os Senhores sabem hoje em dia, ser totalmente desnecessário.

O Dr. João Grandino se queixa constantemente conosco de ter de julgar determinados atos de concentração totalmente sem sentido de estarem sequer apresentados ao Sistema como nós todos concordamos.

Então, o rito sumário libera, hoje em dia, no âmbito dos três órgãos, 40% dos atos de concentração que entram no Sistema. Dentro da SEAE significa que em média sai em 20 dias; há alguns casos de concentração que saem em 3 dias.

Se as empresas preenchem corretamente o questionário inicial do CADE, saem em três dias os atos de concentração, sem nenhum problema maior.

Então novamente, diminuindo os custos administrados, procurando dar maior celeridade ao processo, algo também que nós fizemos no período recente, e depois endossado pelo CADE, aliás foi algo que nós fizemos em

conjunto e foi endossado pelo CADE de uma forma diferente, através dos acordos ao invés das cautelares pura e simples que permite uma garantia ao mercado. E aí eu estava, é bom a gente mencionar que, nesse caso que nós estamos falando em termo de melhor prática, é a melhor prática para garantir o consumidor, para garantir a eficiência do mercado, para garantir que um ato anticompetitivo não se efetive antes de julgado pelo Sistema.

Evidentemente que a melhor forma de fazer isto, e isto não substitui definitivamente, é apresentação prévia que está previsto no Projeto que ora está na Casa Civil. Novamente, isso está dentro do que nós consideramos, devam ser as melhores práticas; a participação internacional que nós temos tido em todas as instituições internacionais.

Nós somos membros observadores da OCDE, temos comparecido a todas as discussões na OCDE, apresentando papers, colocando nossas idéias em julgamento, no que é o melhor fórum internacional para discussão deste problema. Não temos feito qualquer vergonha ao colocar nossas práticas em discussão. Muito pelo contrário, participamos da OMC; agora retornarmos com mais força porque durante um período a OMC ficou com umas discussões completamente fora de propósito, logo após Doha, mas agora voltamos a vários procedimentos de negociação. Entendemos as duas últimas reuniões, nais quais foi discutida toda parte de princípios e lá estivemos junto com a Delegação Brasileira, junto com nossos diplomatas. Temos participado de Alca, Mercosul, como representantes brasileiros, participamos da ICN de onde somos membros, participamos de alguns vários seminários, como por exemplo o Seminário da Fordham em Nova York, onde também colocamos nossas idéias em julgamento, e garanto aos Senhores, temos nos saído bastante bem de forma geral internacional, ou seja, não estamos inventando nenhuma roda e não estamos contrários à tendência mundial na área de exames de ato de concentração. Temos dois problemas que nós não conseguimos resolver ainda: o primeiro, é a questão do valor do negócio para comunicação que foi abordado ali pelo Dr. Blumenthal, que isto está muito vago, mal definido na lei 8884; os 400 milhões passaram a ser interpretados como sendo mundiais e isso é um transtorno, evidentemente é uma bobagem essa interpretação, isso tem que mudar e está sendo mudado no projeto onde vai ficar bastante claro onde é, e a questão da jurisdição onde deve ser comprovado e se vai estar de acordo com o que está recomendado pela ICN, e algo que eu acho que não está resolvido no novo projeto, embora nós tenhamos feito um esforço muito grande para fazê-lo. Ainda assim, acho que cabem várias interpretações ali, que é essa questão do tempo para apresentação do ato de concentração.

Eu receio que nós não tenhamos conseguido dar uma solução boa a isso. Vários dos nossos amigos acham que sim; eu continuo achando que não,

mas aí eu acho que a Comunidade poderá colaborar efetivamente na discussão do tema no Congresso Nacional e tentaremos fazer que fique melhor definido essa questão do tempo para apresentação do ato de concentração, de forma que nós evitaríamos esse montão de discussão de tempestividade que se faz no sistema atualmente. Isto nós não conseguimos resolver. Eu acho, enfim, que demos uma melhorada em não fazermos algumas restrições e eu acho que uma coisa que ainda falta é amadurecer.

Eu acho que eu abordei praticamente todos os temas que o Sr. Blumenthal comentou a respeito e eu tinha preparado isso um pouco antes dessa apresentação do Dr. Blumenthal, mas à medida que eu fui acompanhando o que o Dr. Blumenthal falava, eu acho que estava dentro do que se recomenda como melhores práticas que o Brasil é signatário.

Eu gostaria, entretanto, de chamar atenção de um ponto que eu já falei rapidamente de manhã e que pode vir a trazer transtornos para nós no futuro, em termos de melhores práticas, que se diz respeito a decisão administrativa versus decisão judicial. Isto daí eu acho que vai se tornar um problema e poderá trazer insegurança jurídica de inseguranças econômicas gravíssimas, com o risco de desmoralizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Eu acho que nós devemos estar alerta. Isso não se deu ainda por pura sorte, poderia, ou por desistência da Kaiser na verdade, no caso Ambev.

A Kaiser ameaçou de entrar na justiça naquele momento. Ela não entrou. Então, poderia ter nascido lá o primeiro problema, não nasceu ainda, mas ocorrerá, ocorrerá dentro em breve, já ocorre na questão que não causa insegurança política, mas causa, vamos dizer, uma certa desvalorização do sistema já que as multas de cartel não são cobradas; não foram cobradas ainda porque as empresas foram para o Judiciário.

Então, nós temos que olhar essa questão, e aí eu estou me referindo ao que são as melhores práticas para a sociedade, não pura e simplesmente para as empresas, no caso das multas por condutas, mas poderá ser uma péssima prática para a economia mesmo, para a insegurança econômica e jurídica num futuro que não será muito longínquo não.

Garanto aos Senhores que a primeira restrição séria que o CADE fizer a respeito de atos de concentração nós teremos um caso no judiciário e teremos o primeiro problema, com o risco de sermos desmoralizados pelo Juiz da Primeira Vara que não entende nada disso e que tomará uma decisão completamente absurda a respeito de um ato de concentração, e aí nós teremos todos os procedimentos protelatórios ao longo do nosso Sistema Judiciário. Eu acho que alguma coisa que o Ibrac tem de prestar atenção e começarmos uma cruzada em termos de termos essa volta de algo que vamos perder em breve.

Muito grato.

## **MAURO GRINBERG**

Muito obrigado ao Dr. Cláudio Considera, como sempre incisivo e falando o que pensa e o que acha, e nos brindando com as suas posições bastante claramente.

Quero apresentar agora o expositor Ronaldo Porto Macedo Júnior, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mestre em Filosofia pela USP, Doutor em Teoria do Direito pela USP, Professor da Faculdade de Direito da USP, Promotor de Justiça, Visiting Scholar da Harvard Law School de 94 a 96.

Dr. Ronaldo.

## **RONALDO MACEDO**

Boa tarde a todos!

Eu acho que as minhas cordas vocais vão conferir um tom mais grave do que eu pretendia à minha fala, eu espero que isso não atrapalhe o andamento.

Eu gostaria de agradecer o convite que me foi feito para participar deste Painel, e gostaria antes mesmo de trazer algumas observações sobre esse tema tão candente, tão importante, dar a notícia mais uma vez, ainda que isso já tenha se tornado público na sessão da manhã, da nota conjunta firmada entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico, a Secretaria de Direito Econômico, e o CADE, relativo à prioridade que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência conferirá a todos os processos nos quais estiver sido firmado um acordo de preservação de reversibilidade de operação ou no qual tenha sido concedido a medida cautelar.

Evidentemente uma decisão como essa, visa de um lado, dar coerência a essa preocupação de todo sistema em decidir em tempo econômico, minimizando os eventuais riscos ou prejuízos que o próprio tempo natural da decisão possa provocar; e visa também fortalecer esses institutos, e a melhor maneira de fortalecê-los é certamente diminuir os seus efeitos colaterais e, de alguma forma, torná-los mais eficiente possível. Então essa decisão me parece que vem de maneira muito oportuna, ser reanunciada neste Painel sobre melhores práticas.

Eu gostaria, na verdade eu pensei a minha fala, em torno digamos, a partir das recomendações feitas nos documentos oficiais da ICN, da OCDE, e da IBA que foram aqui de maneira muito didática, sintetizadas na fala do Prof. William Blumenthal.

Eu gostaria de partir de uma premissa, e a premissa básica de um diagnóstico que eu julgo ser trivial, entre todos aqueles que atuam no Sistema, é que de alguma forma, por inúmeros motivos e por várias circunstâncias, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência muitas vezes não otimiza os recursos que dispõe, não os utiliza da maneira mais eficaz no tratamento das questões concorrenciais, seja em condutas, seja em julgamentos de ato de concentração; mas eu vou, evidentemente, aqui me focar na questão dos atos de concentração, ou seja, de alguma forma há um número significativo de operações que talvez não precisassem ser comunicadas ao Sistema e que o são, e que acaba, de alguma forma, criando um volume de demandas de decisões que precisam ser dadas, sobrecarregando o Sistema sem que haja uma contrapartida em termos de resultados práticos que justifique esse enorme custo.

Com isso, eu quero focar a minha atenção aqui nesse Painel sobre Best Practices menos, digamos, naquilo que entendo que o Sistema já realiza as Best Practices já realizam as melhores práticas. Dr. Considera já chamou a atenção para vários aspectos: a questão da transparência, da publicidade, dos esforços de racionalização. Com relação a tudo isso, eu não pretendo me estender e muito menos fazer uma defesa do Sistema frente a algumas avaliações que às vezes são feitas de maneira superficial. Pretendo, pelo contrário, pôr a mão em alguns problemas mais espinhosos. E eu basicamente escolhi três para tratar, porque são justamente problemas nos quais, apesar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, digamos, comungar dos princípios, comungar das idéias básicas que já foram aqui bem sintetizadas, de alguma forma não consegue praticá-los, tal como sua melhor crença levaria a fazer.

Primeiro lugar: a questão da inexistência de um critério claro, critério do chamado "the minimis", para impedir que questões com baixo potencial ofensivo à concorrência viessem a ser comunicados ao Sistema.

Em segundo lugar: a questão da clareza sobre qual deve ser o primeiro documento a justificar a notificação de operações, ou seja, qual deve ser o trigger date, qual deve ser o documento e o momento em que esse documento deve ser apresentado.

E aí a questão, em terceiro lugar: a questão das multas que também tem sido objeto de uma celeuma bastante grande, de uma crítica contínua e de uma polêmica inacabada sobre quais devem ser os critérios e quando deve o CADE aplicar uma multa sobre questões relacionadas à notificação.

Pois bem, em primeiro lugar, eu gostaria de chamar a atenção para o fato que não acredito em soluções óbvias para esses problemas.

Me parece que soluções óbvias e que se descobre hoje, ou elas são provocadas por um reconhecimento de que houve óbvias tolices praticadas por todos aqueles que até hoje tiveram que tomar essas decisões, ou por reconhecimento também óbvio, de que elas não eram tão óbvias. Me parece que, portanto, uma simplificação preocupante essa de se imaginar que existe, ou uma má vontade, ou uma falta de atenção em se acolher aquela solução tão simples que poderia desafogar ou resolver, ou colocar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no rumo das *best practices*.

Parece-me que isso também já foi objeto de alguns comentários em painéis que antecederam estes, que a solução destas soluções óbvias, pela via jurisprudencial, ou seja, pela via do tratamento caso a caso, traz alguns problemas para o Sistema, traz alguns problemas para a Comunidade Jurídica, traz alguns problemas para o mercado. Alguns desses problemas, eu diria quase todos, são bastante conhecidos, por exemplo, o alto grau de rotatividade dos Conselheiros do CADE, o que dificulta a consolidação de uma jurisprudência que pudesse se tornar mais vinculante ou mais fortemente estabilizadora das expectativas dos agentes que atuam perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De outro lado, a questão da consolidação de soluções pela via puramente jurisprudencial, traz também um outro problema: que é a questão de como saber se aquele caso que foi julgado é igual ao caso que eu devo agora trazer ou não trazer ao Sistema. Em outras palavras: como saber o que deve ser generalizado do precedente, de modo a dar clareza e segurança ao mercado, sobre saber se aquilo é um precedente, se em razão daquela decisão eu tiro algum resultado para o meu caso.

E evidentemente Senhores, qualquer pessoa somente acompanha a jurisprudência de um órgão judicante para saber no que aquilo é generalizável, no que aquilo pode ser aproveitado nas suas decisões no futuro ou no próprio momento; ou seja, fazer, criar soluções pela via prudencial, pela via que a mera decisão alimenta um debate complexo, um debate complicado, que é o de saber interpretar o que o novo precedente trouxe de novidade na interpretação dos dispositivos legais que disciplinam e que regulam o Sistema. De outro lado um dos grandes desafios que o CADE vem tendo, um dos grandes debates que o CADE vem tendo ultimamente, é como de alguma forma mexer nesses problemas, tocar nesses problemas que o Sistema reconhece como problemas, que o Sistema reconhece como situações, que afastam o Sistema das *best practices*, mas como resolvê-los pela via prudencial há problemas.

Há uma outra via que o CADE vem tentando avançar também nestes problemas ainda não solucionados. Qual é? É a via da criação de resoluções.

Resolução tem algumas vantagens, por exemplo, a vantagem da estabilidade. Através de uma Resolução pode-se saber com maior clareza quando um entendimento entrou em vigor, e quando eventualmente, ele deixou de estar em vigor, quando a Resolução foi revogada, de tal forma a inclusive criar expectativas legítimas, jurídicas, direitos, obrigações, para os agentes que atuam perante o Sistema. De outro lado, a Resolução tem uma outra vantagem que já foi objeto de crítica aqui no Painel da manhã: ela permite Consulta Pública.

O CADE tem feito um esforço nos seus últimos meses no sentido de tentar disciplinar com maior clareza um de seus procedimentos administrativos.

Infelizmente, as colaborações não foram tão abundantes quanto a expectativa daqueles que trabalharam na sua realização eram; mas de qualquer modo, a colaboração que houve por parte dos escritórios, de advogados, de intelectuais, tem sido freqüentemente incorporada. Um problema é, contudo, que aquelas Resoluções que tratariam dos problemas mais delicados, e eu elenquei três, peguei três dos mais espinhosos; esses problemas têm contado com uma participação, com uma cooperação relativamente pequena por parte da comunidade; e por outro lado, esses problemas são particularmente complexos. Vai aqui a minha crença também: não são questões que possam ser resolvidas de maneira simples e óbvia através de um documento com cinco ou dez artigos. Por outro lado, ela traz maior estabilidade e permite uma generalização prévia, ou seja, através de uma Resolução retira-se o risco de cada um interpretar o caso da maneira que melhor lhe interesse, ou seja, consegue-se fazer a generalização pela via normativa o que a meu ver é um ganho, em termos de segurança jurídica. Por outro lado, há riscos. O risco, um deles já foi chamado a atenção, é em primeiro lugar saber qual é o limite em que se ultrapassa o limite da própria legalidade, o limite a partir do qual se pode através de uma Resolução especificar alguma lei ou modificar alguma lei.

Todos nós sabemos que as questões jurídicas são sempre polêmicas, sempre passíveis de contestação, o que evidentemente faz com que as questões jurídicas sejam polêmicas no seu sentido etimológico, do polemus, da luta, o que faz evidentemente, que inscrita em qualquer decisão deste tipo haverá sempre quem as condene por entendê-la ilegal, seja pela melhor convicção jurídico-científico-racional, seja pelos interesses a justificar. Por outro lado, como tratar destes problemas? E quero aqui concluir que o CADE tem se esforçado por esse caminho delicado da Resolução por entender que ele é um caminho que consegue conferir um pouco mais de estabilidade e na análise custo-benefício ele me parece ser um instrumento mais adequado do que simplesmente as decisões casuísticas.

Trata-se aqui na verdade, de um esforço não tanto de pensar *best practices*, aliás o CADE tem feito isto. Dr. Considera e outros já chamaram a atenção nos diversos painéis de hoje, chamaram a atenção para os esforços no sentido, sim, de modificar o sistema, criar uma agência, aperfeiçoar a lei 8884 para sintonizar o mais possível, o sistema das *best practices*. O que eu estou falando aqui, é de um esforço que tem feito o Sistema para criar *second best practices*, ou seja, soluções possíveis dentro do quadro legal vigente. O que é, diga-se de passagem, muitas vezes um esforço ainda mais difícil do que incorporar as *best practices* ou imaginar uma lei que resolvesse o problema.

Com relação à questão do faturamento de 400 milhões, há um reconhecimento de que hoje, inclusive em razão da variação cambial, esta malha de 400 milhões de reais para o mercado internacional se transformou numa malha fina demais. Isso do ponto de vista funcional e do ponto de vista econômico. A questão que se coloca é: como se pode fazer uma interpretação razoavelmente consistente, o menos possível polêmica da lei em vigor, assim, portanto, respeitando o princípio da legalidade na sua inteireza, de modo a criar uma *second best practices*, ou seja, de modo a criar uma interpretação jurídica o mais adequada possível, da idéia defendida na agência, do projeto da agência, que é de uma flexibilização; que é da exclusão, da eliminação do critério de market share, e por outro lado, um critério mais flexível de faturamento por setores que pudesse, atendendo também à recomendação de melhores práticas, ser flexibilizado e atualizado conforme a dinâmica do mercado recomendasse?

Ora, mas o fato é que nós temos uma Lei que lá coloca o numeral 400, diante de outros enunciados jurídicos e que coloca um desafio no que se poderia, que tipo de construção sólida poderia fazer, nesse caminho.

A questão do primeiro documento vinculativo, me parece também que a solução não é óbvia, e a solução dada pelo TRF que foi mencionada no painel da manhã, é uma solução que não me parece óbvia e não me parece tão pouco que resolva o problema. Há inúmeros julgados do CADE que vem chegando a mesmíssima conclusão que vinha chegando, quando apoiava as suas decisões na Resolução 15, pela mera interpretação da lei, ou seja, não me parece que essa decisão tenha realmente resolvido o problema; pelo contrário, quer dizer, a nossa lei, o nosso caput do artigo 54, tem uma redação deliberadamente, propositalmente ampla, e não é fácil estreitá-la, especificá-la, e muito menos fazê-lo através de Resolução, e fazê-lo através de interpretação vem gerando problemas também muito grandes em termos de incerteza.

Por outro lado, a questão das multas. Todos nós ouvimos o sumário acerca das recomendações da ICN, com relação à importância de que as multas, e qualquer sanção, sejam fixadas com base em critérios, em dados pré-

estabelecidos, disponíveis e de fácil obtenção. Claro, se as autoridades, para aplicarem uma multa, tiverem que fazer uma nova pesquisa, uma nova investigação sobre a situação econômica, sobre o mercado relevante, você vai criar um novo processo instrutório com ampla defesa, certamente seria razoável se supor, que assim seria; para se quantificar e para se discutir dosimetria. Não me parece razoável, não me pareceria racional que a coisa fosse assim. Por outro lado, nós temos um problema prático. Os dados previamente disponíveis, os dados facilmente disponíveis, faturamento, dias de intempestividade, valor da operação; são dados imperfeitos, ou seja, do ponto de vista econômico apresentam problemas para se construir uma regra pouco mais clara acerca da fixação da dosimetria.

Não obstante, tudo isso que eu acabo de dizer, o CADE tem se esforçado num debate público de idéias em tentar encontrar soluções para esse tipo de problema.

Provavelmente, eu diria que necessariamente, *second best* quiça *third best solutions*, ou seja, soluções que só poderão ser avaliadas como boas ou melhores, se comparadas às alternativas que se apresentarem a elas; mas certamente não serão *best practices* porque, vai aqui uma outra convicção forte: para que o nosso Sistema ingresse plenamente no mundo das *best practices*, e já foi dito agora há pouco, que em nenhum lugar do mundo incorpora integralmente todas as *best practices*, mas é certo para uma integração mais profunda com as *best practices*, um grau significativo de modificação legislativa, é necessário.

Parece-me que isso é um desafio não apenas para os agentes, ou seja, para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como também é um desafio cooperativo de toda a comunidade que atua, toda a comunidade que, de alguma forma, se faz representar num Plenário como este, de advogados, de representantes de empresas e de intelectuais.

Parece-me importante, também, chamar a atenção para algumas dificuldades que o Sistema vem encontrando em implementar e estabelecer estas *second best practices*.

Foi mencionado aqui por exemplo, a questão do acordo de preservação de reversibilidade de operação, ou da questão de medida cautelar e dos problemas jurídicos que pode haver com relação à competência ou não de uma autoridade administrativa exercer um poder cautelar. O que o CADE tem procurado fazer, na medida do possível, na medida em que as *best practices*, as *second practices* são possíveis, é criar o máximo de segurança jurídica para suas decisões. A decisão, por exemplo, de utilizar a medida cautelar e de formalizá-la nos exatos termos de que o Código de Processo Civil já fazia, dando portanto consequência à norma da Lei 8884, que diz que se aplica subsidiari-

amente o Código de Processo Civil ao CADE, foi a de simplesmente descrever e dar fundamento normativo, creio eu não inovador, mas apenas especificador. O fundamento legal é a lei 8884 e o Código de Processo Civil, mas o que o CADE procurou fazer nesta situação foi justamente especificar. Também o acordo de preservação de reversibilidade de operação. Não é algo inventado pelo CADE, é algo previsto pela Lei de Ação Civil Pública. O CADE, simplesmente, se inventou alguma coisa, foi no nome; ou seja, ao invés de chamar de Termo de Ajustamento de Conduta, deu um nome mais específico: Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação. Mas não é uma invenção, é uma especificação.

Parece-me que estes aspectos também se reportam a algo que já foi salientado, já se tocou aqui nos painéis anteriores, e que a meu ver mereceria, sim, uma atenção especial por parte do Ibrac, que é um tema realmente importante, que é a especificidade do aparato institucional legal, institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O CADE é uma figura *sui generis*, o sistema é uma figura *sui generis* também.

Nós frequentemente temos enfrentado no CADE, a dificuldade e o desafio, criativo, muitas vezes, de encontrar quais são os princípios, definir quais são só princípios melhor aplicáveis à função judicante do CADE.

Estou absolutamente convicto que não se pode fazer um transplante puro e simples acrítico, por exemplo, da lei do processo administrativo e dizer ela se aplica a tudo o que o CADE faz. Os contra-sensos que derivariam de uma importação pura e simples como esta seriam manifestos. Não cabe, este não é o foro para discuti-las elas todas. Por outro lado, me parece que afirmar que o CADE exerce uma função judicante em tudo semelhante à função judicante do Poder Judiciário, também seria um excesso, algo incabível, algo que certamente não se sustentaria.

Ora, nós estamos aqui diante de uma situação jurídica nova, diante de uma situação que é nova para a doutrina do Direito Administrativo, diante de uma situação que é nova também para o próprio Judiciário.

A questão que o Dr. Considera chamava a atenção que é a meu ver, certamente um dos mais interessantes e complicados capítulos da defesa da concorrência no Brasil e da conformação do Brasil às *best practices*, que é a relação entre o controle judicial e as decisões administrativas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Está ainda a merecer não apenas uma melhor configuração institucional legal que, oxalá seja feita através dos meios legislativos em breve período de tempo, como também está a merecer, a meu juízo, uma configuração até mesmo doutrinária.

A doutrina tradicional que orientou, que serviu de base para a compreensão do que é a atividade administrativa clássica, típica da administração direta e indireta, vem se demonstrando incapaz de dar soluções precisas para todo esse novo campo do direito da regulação e da defesa da concorrência. Ora, isso a meu ver, mais uma vez, corrobora a idéia de que não há soluções triviais para esses problemas; e não há soluções triviais e as soluções imperfeitas devem ser avaliadas tendo em vista as restrições, os constrangimentos que o Sistema Institucional Legal em vigor impõe.

É por esse mesmo motivo também que eu gostaria já de caminhar para a minha conclusão. É por esse mesmo motivo que me parece que a própria avaliação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o seu desempenho, tem que ser visto também à luz destas mesmas considerações. Não apenas a partir da análise simplista e apressada pela qual se comparam *as best practices* e se verifica a sua inexistência, o seu descompasso no Brasil; para se dizer que os órgãos não atuam bem porque eles estão distantes das *best practices*. Ora, é importante distinguir e reconhecer por que eles estão distantes das *best practices* e quais têm sido os melhores esforços na direção dessa aproximação.

Parece-me que este zelo é essencial para que se faça uma análise, uma avaliação correta e justa do real desempenho das instituições. Me parece descabido julgar desempenho de instituições a partir de falhas legislativas; se assim fosse, a nota de avaliação, se é que faz sentido ter nota, mas, enfim, a nota de desempenho deveria ser basicamente sempre a mesma, pois os problemas na medida em que eles estiverem vinculados a determinações ou constrangimentos legais ficarão vinculados a este mesmo tipo de avaliação negativa.

Finalizando, eu gostaria de portanto, tocando nestes pontos sensíveis, chamando a atenção para estes aspectos que entendo que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ainda está distante das melhores práticas, chamar a atenção para os esforços que tem sido feitos, e chamar a atenção também para a absoluta abertura que tem tido o Sistema no sentido de receber a colaboração para resolver esses problemas, que se fossem triviais certamente teriam sido trivialmente resolvidos.

Obrigado.

## DEBATE 2

Muito obrigado ao Conselheiro Ronaldo Macedo e pela exposição que eu posso chamar de brilhante. Eu quero usar o privilégio da Presidência

dos trabalhos para fazer duas observações: primeiro, uma das razões que nós todos temos alegado em virtude das quais o Brasil está distante das melhores práticas, não depende em nada dos órgãos em si que fazem esforços monumentais para atingi-las, dependem muito mais de orçamento, de aparelhamento humano e material que os órgãos não tem, e a culpa obviamente não é deles, a culpa é de quem os habilita para isso. E eu quero também fazer uma outra observação que sim, nós colaboramos com o trabalho, com pesquisa a respeito das multas, nós colaboramos nos defendendo delas.

Quero saber se tem perguntas do auditório.

Dr. João Bosco?

Aqui na frente à primeira fila.

## **JOÃO BOSCO LEOPOLDINO**

Eu queria partir de uma observação que o Dr. Cláudio Considera fez, da qual discordo em parte e concordo também na outra parte; e partindo também dos ensinamentos do nosso colega Dr. Ronaldo e pedindo perdão ao Blumenthal pela intromissão indébita em seara que não é da minha competência.

Mas eu gostaria de fazer uma observação: o Dr. Cláudio Considera fez uma crítica com relação ao fato de acesso ao poder judiciário em decorrência de um ato do CADE.

O CADE é um órgão judicante como disse o Dr. Ronaldo, é uma posição judicante, *sui generis*. O processo administrativo é *sui generis* e, eu vou até além do Dr. Cláudio Considera porque quando ele disse que o Juiz Federal de Primeira Instância não entende e vai dar uma decisão absurda, eu até defendendo sempre a tese da decisão do CADE deveria caber recurso direto para o Tribunal Federal de Recursos porque não teria sentido de uma decisão de um colegiado de economistas, de juristas, e toda uma especialização, caber recurso a um juiz monocrático. Que o juiz monocrático não conheça essa área aí é uma outra preocupação, e também os juízes do Tribunal não conhecem, porque não estão preparados para isso.

Mas aqui é que eu queria fazer a intromissão indébita no Direito Norte-Americano, e por isso pedi perdão ao Dr. Blumenthal, porque quando a Suprema Corte Norte-Americana, principalmente em três casos que eu cito, e que estudei com os meus alunos na semana passada, ou nessa semana, o caso do *United States versus United Company*, o caso *United States versus Transmissouri Freight Association* e o caso *United States versus Ebston Pie*. A Su-

prema Corte teve dificuldade enorme para saber primeiro interpretava aquela lei ou se aplicava aquela lei àqueles determinados casos; no caso do Freight Transmissouri se aplicava aqueles casos, e se uma lei federal era aplicável ou não aos Estados.

Então essa discussão, nós tivemos na Suprema Corte Norte-Americana. E veja depois um outro aspecto importante, é que na verdade o direito norte-americano, que hoje é avançadíssimo, nós respeitamos e vamos dizer assim, aprendemos; os europeus também foram aos Estados Unidos para aprender o direito da concorrência, mas há um aspecto importante: os Estados Unidos só chegaram ao Cellar Quefavor Act, Antimerger act em 1948, 50, ou seja, houve uma longa trajetória para que se chegasse a esse ponto de regulação das concentrações, mais de 50 anos. Nós fomos até mais velozes, o que prova nossa capacidade de aprendizagem é muito grande, fomos mais velozes nesse ponto até porque nos apoiamos na experiência alheia, lógico.

Mas de qualquer forma, esses aspectos me preocupam, e hoje realmente impedir que, e aí volto ao ponto central pelo qual concordamos e discordamos, ou seja, impedir que uma decisão do CADE vá ao Poder Judiciário, que hoje aí nós teríamos é que mudar a Constituição em termos de competência. Uma decisão do CADE que vai ao Poder Judiciário, afronta diretamente o artigo 5º no seu inciso, que me parece XXXVI, que diz que nenhuma lesão ou ameaça à direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, e aí realmente existe o problema que nós não temos ainda uma disposição naquele sentido. Ela terá que ir ao Juiz de Primeira Instância. Se ele sabe ou não direito da concorrência, aí é um outro problema, porque às vezes ele não sabe.

Então, veja os Senhores que realmente é uma preocupação e isso ocorre, não é só no direito da concorrência; ocorre no direito administrativo.

Aí é que estaria, a meu ver, o problema da promoção da concorrência, um trabalho junto às Universidades, e para que nós tenhamos condições de não acontecer isso que o Dr. Cláudio critica e que eu concordo. Vai a um juiz de Primeira Instância, mas é um direito da empresa recorrer ao Poder Judiciário; o problema é que o juiz também não está preparado para aquela questão, mas também, aí eu volto ao paralelo, a Suprema Corte Norte-Americana teve dificuldade também em aplicar o Sherman Act nos seus inícios.

Somente essa observação e concordamos em parte.

## **CLÁUDIO CONSIDERA**

Eu acho que nós concordamos totalmente Dr. João Bosco, eu não quero evitar que o ato vá ao Poder Judiciário, de jeito nenhum, eu não afron-

taria à Constituição; o que eu quero chamar atenção é que existe um problema e que esse problema vai se manifestar logo, logo e nós temos que começar uma cruzada para dar uma solução à ele que não será certamente evitar que ele vá ao Judiciário.

Talvez se existisse uma Corte especial para isso. Eu não sei que solução é possível, acho que eu estou querendo dizer o seguinte: nós vamos ter um problema já já e eu não quero evitar de jeito nenhum que ele vá ao Judiciário; eu não tenho esse, sou um pouco radical mas nem tanto; jamais afrontaria à Constituição.

Então eu acho que é isso que nós temos que nos preocupar.

Nós temos um problema à frente e devemos imaginar que forma.

Nós, por exemplo, chegamos a pensar em propor, agora mesmo no Projeto, dar aos Conselheiros do CADE o status de Ministro, de forma que das decisões dele só pudessem ser recorridas ao Superior Tribunal. Nos disseram que isso não é verdade, que isso também não seria possível. Eu conversei com o juiz do STJ e ele me disse que não, não há essa possibilidade, que vocês teriam vários problemas, etc, etc. Então eu não sei que problema, como resolver esse problema. Existe um problema. E aí nós temos que nos atentarmos a isso e eu acho que convocar o Ibrac para essa tarefa que é uma tarefa que todos deveríamos ter preocupação, ou seremos desmoralizados.

O direito da concorrência, o que eu quero chamar a atenção dos Senhores, será desmoralizado se a cada momento, imagine, mesmo agora o que aconteceu com o Sr. Monti; e olha que não é uma coisa trivial, vão ser três decisões, foram desmontadas pela Corte e por uma Corte Superior, não é uma Corte de Primeira Instância. Então, isso desmoraliza um pouco o Sistema de Defesa da Concorrência. Nós temos que correr atrás de alguma legislação, para que a gente não se desmoralize num futuro que, eu acho que vai ser próximo.

## **MAURO GRINBERG**

Eu tenho aqui mais uma pergunta que me foi feita por escrito pela Dra. Maria Soares.

Ela parabeniza o Dr. William Blumenthal, e pergunta: Quais os mecanismos adotados no Sistema Americano para estimular a rapidez no atendimento das solicitações de informações do órgão regulador, obviamente na análise dos atos de concentração.

## **WILLIAM BLUMENTHAL**

The main mechanisms are inherent to the structure of the review process itself its not a system of fines. There is provisions for fines under Hart Scott but I don't believe they have ever been imposed. The mechanism is principally one of the dead lines themselves and it's something that applies in a suspensive system the way that is not applied in a non suspensive system, so I don't know if it can be analogised for purposes of Brazil. But in a suspensive system what works is if you have two phases. If you have phase one of thirty days, you put in the filing you get a call from the government say: "ten days into the waiting period". And they will would say: We have some questions for you. We need some documents. We need your strategic plans which are not required as part of Hart Scott process.. It's part of the final filing list. We will need some marketing plans, we need some documents related to the deal. We need some information that is not part of the initial filing. And we need a fast, during two or three days because we have this process to follow and it date ten today that leave us twenty days more in the waiting period. Thirty days in the waiting period. If in the end of that time we haven't got reasonable confort then we are going to issue a second request. So what you will do upon getting a information like that is to scramble and get with the client, get the documents, get them to agencies, offer to go and talk to the agency. I raised that and it applies you get that call in only 10% of the transactions and the reason for that is that 90% of the transactions are clearly once that well reportable because we have fairly low thresholds as well. They are reportable but the agency can take a look based even in very primitive information and conclude, there is not a problem here and often they will give a early termination sometimes that's late in the initial period. With respect to phase two, that is quite a bit more problematic but the intuition again is the clock doesn't start. You can't clear your deal until after you have responded to the information request. So, that's how that works. If we had the system they have in Europe, where the agency has to make a determination within four months our mechanisms wouldn't work. If you have a final line time tactically people might say: "well, let's squeeze the agency". And the agency obviously can put itself in that position. So, in that type of system there is a need for fines and the European of course have fines and they use fines fairly often.

Let make a point on the interest of the business community because I want to make clear when I talk about squeezing the system squeezing the agency clearly parties to the transaction might have that incentive but the business community does not. Not the business community as whole and I want to emphasise the interest of the business community is substantially more aligned with the interest of the consumers than one typically thinks, not just for political reasons not just because if we are to harsh on consumers there will be a political reaction, something much more fundamental and that

is that in most transactions, the consumer is a business. If you look at the majority of the merger interventions in the world they deal not with finished households good, but with the intermediate goods where the seller is the good of the business but so is the purchaser. The victim in those cases whether is a cartel case or a merger case, the victims are themselves, businesses. So, when the business community is urging reform, is not a urging reform with the objective of subverting the interest of the competition statute. The urging of reform is based predominantly on a view that there is a weight of burden that has to be made. And weighing those burdens the business community will urge somewhat less enforcement and perhaps a more efficient enforcement.

### **BATUIRA MENEGHESSO LINO**

Na verdade eu não queria fazer uma pergunta, queria fazer uma observação.

Eu fico muito preocupado como advogado porque tenho ouvido frequentemente essa alusão a que as decisões do CADE não devem ser levadas ao Judiciário porque os juízes não tem capacidade de decidir assuntos econômicos.

Eu fico me perguntando se, por acaso, as questões que envolvem medicina deversem ser resolvidas pelos Conselhos Regionais de Medicina e as que envolvem Engenharia deversem ser resolvidas pelos Conselhos Regionais de Engenharia; porque juízes também não conhecem medicina e não conhecem engenharia.

Eu só queria fazer essa manifestação, porque o Brasil ainda é um país que tem três poderes, e o Judiciário tem um papel a cumprir.

Obrigado.

### **LAÉRCIO FARINA**

Apenas a aduzir ao comentário do Dr. Bатуíra que de fato isto faz parte do jogo do Estado de Direito.

Não me parece que eventuais revisões de decisões do Tribunal Administrativo por parte do Poder Judiciário virão a desmoralizar.

Eu tenho um pouco de dúvida, ao contrário da colocação do Dr. Cláudio, de que na União Européia o Dr. Mario Monti tenha sofrido algum desgaste na sua imagem ou na sua força como agente da comunidade para fins da concorrência, além daquele movido pela imprensa.

Me parece que faz parte realmente do jogo do Estado de Direito.

Como uma provocação ao Dr. Ronaldo, eu queria fazer a seguinte colocação: Nós sabemos que é da tradição do sistema do direito brasileiro, do Sistema Jurídico Brasileiro, a forma, e os Tribunais Brasileiros são muito sensíveis à questão da forma. Portanto, me preocupa muito quando a questão do Processo do CADE é colocada sob a ótica de que é um processo *sui generis*. Parece-me que é *sui generis* sim, com relação à matéria, mas não com relação ao procedimento.

De qualquer maneira, o CADE está distrito às disposições do artigo 37 da Constituição Federal que trazem a questão da legalidade como um dos elementos dos quais não se pode escapar.

E a questão da lei do processo administrativo, ao contrário de uma questão de simples importação dos seus conceitos para o processo do CADE, se trata de simples aplicação da lei. Porque na verdade, no Sistema Jurídico que está aí, nós temos a lei do processo administrativo e exceção feita àqueles pontos em que ela conflite com disposições expressas da 8884. Ela merece e deve ser aplicada.

Eu acho que tratar o processo antitruste no Brasil como *sui generis*, ele processo, aí sim nós estaríamos diante de um risco de grandes revisões por parte do judiciário.

No que toca à matéria, me parece até que há algumas teorias relativas à discricionariedade técnica que acabam até retirando, em determinados pontos. Não estou falando da decisão como um todo do Poder Judiciário, a reapreciação da matéria em função da discricionariedade técnica.

Eu gostaria de ouvir um pouco mais do Dr. Ronaldo uma discussão sobre esse tema.

**FRANKLIN DA COSTA**, Membro do Ministério Público Federal.

Essa questão colocada realmente pelo Dr. Considera é uma, nos preocupa a todos e eu quero aproveitar aqui que devemos ter muitos estudantes e também a presença do nosso conferencista internacional. O nosso Sistema é um Sistema de tripartição de poderes. Onde nós temos a cláusula 5<sup>a</sup> que já foi referenciada aqui pelo Dr. João Bosco, e que se trata inclusive de cláusula pétreia; só poder-se-ia modificar este dispositivo constitucional por uma evolução ou um golpe de estado. E parece que nós estamos distante disso, considerando o aperfeiçoamento da democracia do nosso país nos últimos anos.

Em segundo lugar, quero lembrar principalmente aos estudantes, e também aproveitar novamente a presença do nosso conferencista internacional, que o CADE não é o único Tribunal Administrativo que nós temos. Come-

çando pelos Tribunais de Justiça Desportiva, depois pelos Conselhos de Contribuinte, Junta de Recursos da Previdência Social, então o CADE é mais um a integrar este Sistema e nenhum desses está excluído da apreciação do Poder Judiciário.

A constituição faz uma ressalva expressa quando trata da questão da justiça desportiva que diz que o Judiciário somente acatará alguma postulação referente aos Espetáculos Desportivos depois de esgotadas as instâncias dos Tribunais de Justiça Desportivos.

Mas Dr. Considera, este tormento não é só seu.

Nós do Ministério Público temos grandes problemas, grandes embates com o Judiciário, pela dificuldade de compreensão de determinadas questões; questões ambientais, por exemplo, questões de consumidor, questões de probidade administrativa.

Diante do Estado Democrático de Direito, diante da discussão, eu gostaria também de prosseguir um pouco mais um minuto apenas.

Essa, toda essa circunstância nos atormenta.

Quando se escolhe a carreira do Judiciário e Jurídica, é o nosso eterno tormento porque não é uma ciência matemática, não é uma ciência exata.

E aí cabe aqui o elogio, a iniciativa do Ibrac com essas Conferências, que somente com essas Conferências, esses estudos, se conseguirá levar até quem tem posição de decisão no caso judiciário, conhecer o problema.

É o que nós estamos fazendo no Ministério Público; estamos fazendo reuniões setorizadas e conferências setorizadas com os juizes de 1º e 2º grau, onde nós trazemos técnicos, especialistas em questões de direito ambiental, de direito do consumidor, para tratar diretamente com o juiz para que eles tenham uma compreensão dessa questão. Então a questão trata-se de difusão de conhecimento e não de restrição de direito que é uma garantia constitucional.

E aí então nós chegaremos a isso: Difusão de Conhecimento.

Muito obrigado.

## **CLÁUDIO CONSIDERA**

Dizer o seguinte: Acho que as pessoas, depois que eu falei pela segunda vez, elas quiseram fazer o ponto que, encima da minha primeira fala, ainda parece que não escutaram o que eu falei pela segunda vez, ou seja, as pessoas vieram, fizeram discurso, tanto os dois, daquela ponta àquela ponta, como se eu tivesse falado exatamente aquela coisa anterior.

Ou seja, eu disse assim: eu não quero passar por cima da Constituição. Eu alertei que existe um problema.

Não é possível que, por exemplo, uma fusão como da Ambev ficassem 8 anos no Judiciário. Lamento mas, isso daí é um processo econômico. Se tem um doente que teve um problema e tem um hospital, nós teremos um problema entre um doente e um hospital, mas lamento muito, que é muito importante, mas não dá para deixar uma fusão do tamanho de alguns bilhões, suspensa por 8 anos.

Lamento, mas não dá. Então, nós temos que arrumar formas de tornar isso melhor do ponto de vista da segurança jurídica e econômica. Isso é o que eu falei.

Se as pessoas querem achar que eu falei que passar por cima da constituição, que achem, mas eu não falei isso, volto a repetir, e as pessoas quiseram fazer seus pontos sem escutar a segunda para não perderem a pergunta e quiseram fazer discursos belíssimos que não cabem aqui.

Muito obrigado.

## **RONALDO PORTO MACEDO**

Eu gostaria de, pegando o mote dessa controvertida questão, pegar um outro mote, que diz respeito a importância que vejo da própria participação do Ministério Público nessa questão, ou seja, da tradução ou da maneira pela qual as questões concorrenciais vão chegar ao Judiciário.

Me parece que é inevitável, é uma constatação banal. Tudo que o CADE fizer de relevante impondo sanções, especialmente em condutas, qualquer, aliás, Dr. Considera já chamou a atenção sobre isso, qualquer sanção relevante imposta à qualquer empresa será levada ao Judiciário.

Me parece que uma das estratégias que se deve tomar, sem prejuízo de se pensar num desenho de como, em qual instância do judiciário, sempre do Judiciário será levado a questão, é justamente preparar a melhor estratégia. Ontem mesmo, a convite do Ministério Público Federal, estive lá dando uma palestra sobre o CADE e o Ministério Público, e enfatizava justamente este ponto. Me parece que este é um aspecto estratégico da divulgação da cultura da concorrência.

Divulgação da cultura da concorrência, não apenas divulgação do estudo da concorrência entre acadêmicos, entre advogados, não; é uma divulgação institucional da cultura da concorrência entre os órgãos que colaboram, seja na instrução, seja na maneira pela qual as demandas serão levadas ao Judiciário.

A falta de especialização do Judiciário em inúmeras áreas, como já foi mencionada pelo mesmo Ministério Público, que falou agora a pouco, tem sido em grandes medidas, nas áreas que ele mesmo mencionou, meio-ambiente, consumidor, infância e juventude e idoso; e falo à vontade sobre isso, porque sou também membro do Ministério Público. Tem sido suprida, em grande medida, por esta especialização até do órgão que leva a demanda; leva a demanda tem uma capilaridade nacional, atua em todos os âmbitos e graus de jurisdição e que portanto, pode ser um aliado poderoso assim como pode ser, na hipótese de não haver essa afinidade, pode ser um obstáculo, assim como o Judiciário por vezes é um obstáculo também, oxalá ainda bem que nem sempre o é, e da maneira geral não é. É uma garantia do segredo do estado do direito.

Com relação à questão da forma e da tradição, longe de mim, Dr. Laércio, querer dizer que não se aplica a lei do processo administrativo. O que eu estou aqui afirmando é que não se aplica apenas ela, e estou afirmando também, que em muitas situações é necessário entender que a principiologia que melhor se adapta, em respeito ao Princípio da Legalidade, à função judicante, é uma principiologia pensada, funcionalmente direcionada à função judicante. Creio, é claro que aqui não é o foro para discutir no detalhe isso, que muitas vezes os princípios que norteiam a função judicante e que estão, não na lei do processo administrativo, mas no Código de Processo Civil. Se fizermos uma interpretação inteligente, sistemática e integral do sistema jurídico, são aquelas que fazem, digamos, a melhor atenção ao princípio da legalidade.

Não quero com isso estar nem temperando nem mitigando aos efeitos da lei do processo administrativo; quero sim chamar atenção para a importância da utilização de princípios integradores até mesmo quando se pensa o processo administrativo e não apenas as questões substantivas. Quero chamar atenção, também, para um fato de que o reconhecimento de que o CADE tem este aspecto *sui generis*, e faça-se reconhecimento, a meu ver, da minha perspectiva, já me faz antecipar problemas numa cultura que provavelmente não enxergará da mesma forma.

Creio que também aí será necessário um trabalho pedagógico, acho que não apenas de divulgar cultura da concorrência, mas uma nova cultura acerca do processo administrativo, uma nova cultura acerca dos princípios que devem nortear a integração sistemática do sistema legal nas questões relacionadas à regulação e concorrência, inclusive com relação ao devido processo legal aplicado.

Mas não acredito que o fato do Judiciário provavelmente não venha a pensar, em muitas situações da mesma forma, não vá significar problemas.

Uma das preocupações recentes do CADE, que às vezes até vem sendo chamada como uma certa preocupação formalista do CADE, a meu ver, reage, responde a uma preocupação estratégica de já preparar uma fundamentação, uma racionalidade decisória perfeitamente traduzível e perfeitamente clara, para quando as questões forem ao Judiciário, ou seja, acho errado imaginar que estamos em mundos diferentes: o mundo da jurisdição administrativa e o mundo da jurisdição judicial.

Mas é importante se queremos efetivamente não só garantir a eficácia do Sistema, como disseminar essa cultura da concorrência, preparar essa tradução; o que faz com que muitas vezes o CADE tenha tido não só uma preocupação, às vezes até didática, às vezes até enfadonha, para aqueles que assistem aos julgamentos, mas também de justificativa desses princípios, o que, insisto, não significará, antes pelo contrário, antecipo que haverá ruídos nesta comunicação e nesta tradução de linguagens entre essa jurisdição administrativa e a jurisdição judicial.

## **MAURO GRINBERG**

Eu agradeço em nome do Ibrac.

## **WILLIAN BLUMENTHAL**

I'm not gonna come any close to constitutional issues in Brazil but I did want to leave everybody with a few thoughts because I don't whether you are gonna e comforted or discomforted to hear that these are not uniquely Brazilian issues. In the U.S., for example, we have over the years had many debates about whether we should have a Federal Court dealing only with competition law issues. We have one for Intellectual Property, we have one for taxes and people who say that maybe we could have one for competition. But that has never happened. We have, however, something of a natural experience and we have, as you know, two agencies the Justice Department and the Federal Trade Commission. In mergers the Federal Trade Commission can proceed administratively but the Justice Department cannot it must proceed through the Courts. It's been that way been for many years and every year there is some Seminars somewhere where people debate which is the better system and the results remain inconclusive after fifty years and if your are interested you could find the proceedings but I doubt you would find them terrible instructive. In the U.S. during the nineteen nineties roughly twenty mergers ended up litigated in the Federal Courts. I handled two of those for the parties. In both cases we were in front of federal court judges who were totally unschooled in the economics. But in both cases they were very wise

and they had a very good intuition and they understood good evidences, they could distinguish good evidences from bad evidences often in the way that the agencies themselves seem have difficulties in doing. I think we found that that protection was an important protection. I might have had a different view if I had lost either those two cases but it was an instructive experience that people untutored in economics can often very wise.

Let me give the flip side. It is something the we experienced in U.S. in the nineteen eighties and I would predict that the Europeans are about to experience it as well. And that is that the effect of the appellate review where administrative decisions are reversed in a fairly regular basis is not something necessarily good for the private sector and often will lead to very significant increases in burden. There are those who right now are utterly gleeful at the decisions of the Court of First Instance in Europe reversing the decisions about the Competition Directorate. There are others of us who are terrified because for years we in the U.S. have been asking why does it take us a thousand of cartoons the process a merger that the European handle in ten. And the reason for that is that there is a time in the nineties eighties when the Justice Department and the Federal Trade Commission were reversed repeatedly because their presumptions were not honoured because their intuitions were not honoured as they have to. They were put to their proof on every point and if that happens the result typically is just a ballooning heavy burden. It's an extraordinary complex issue on which I clearly am not going to take any position. Not only in respect with Brazil but with respect to the best practices generally.

### **CLÁUDIO CONSIDERA**

I want to ask you how long takes the decision of the Court?

### **WILLIAN BLUMENTHAL**

The question was how long the decision of the Court took. Typically these decisions are made on the basis of preliminary injunctions hearings not final decisions. Although the preliminary injunction hearings can be in three or four weeks hearings and were in those cases, in both cases which I am thinking, One was a DOJ case and other a FTC case, the government in initiated the litigation, the hearing began about three months later. There was roughly one month hearing and the decision was then issued in about two weeks. So, four and a half month.

**MAURO GRINBERG**

Eu quero agradecer muito a presença do William Blumenthal, Cláudio Considera e ao Ronaldo Macedo pela presença. Exorto à todos para permanecerem aqui para a entrega do Prêmio Ibrac-Ésso e o Painel está encerrado.

Muito obrigado a todos.

**PAINEL III****Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial*****Vertical restrictions and abuse of industrial property rights***

*Arthur Barrionuevo* (Chairman)

Mário Possas - *Economista - professor titular da UFRJ*

Paula Forgioni - *Advogada, prof. da FGV-SP e da Fac. de Direito da USP*

Pietro Ariboni - *Advogado*

Fernando Marques - *Conselheiro do CADE*

Cleveland Prates Teixeira - *Conselheiro do CADE*

**ARTHUR BARRIONUEVO**

Bom dia!

Vamos retomar agora os trabalhos do VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, seria, antes de mais nada, bom dar um aviso de que houve uma ligeira alteração no nosso cronograma.

Em vez de haver um painel pela manhã, o almoço, e um painel pela tarde, houve uma troca de posições. Nós teremos os dois painéis, com dois coffee-breaks e depois o almoço.

O primeiro painel de hoje que vai contar com a presença dos Conselheiros do CADE: Cleveland Prates e Fernando Marques, Dr. Pietro Ariboni, a Profa. Paula Forgioni e o Prof. Mario Possas, que vão discutir conosco o tema: Restrições Verticais e Abuso de Direito de Propriedade Industrial.

Cada um dos palestrantes falará 20 minutos e nós vamos começar então, para que se possa aproveitar bem o tempo com a Palestra do Dr. Pietro Ariboni.

**PIETRO ARIBONI**

Eu acho que nós temos hoje uma grande oportunidade para focalizar um tema que está se tornando a cada dia mais importante, mais empolgante e mais desafiador.

Existe, efetivamente, uma série de problemas; alguns resolvidos, mas a grande maioria ainda demanda soluções, e em todas as jurisdições há polêmicas a respeito deste tema que hoje aqui será referido sobre os diversos

ângulos; mas basicamente a intenção do Ibrac a trazer isto para discussão é exatamente dar condições de que isto venha a ser estudado em profundidade.

Sabe-se que a raiz de todo esse problema está no choque, o cultural choque de conteúdo, entre, de um lado, o conceito de propriedade industrial, que é um conceito de natureza privada, são direitos privados que assistem aos empresários para proteger uma série de resultados de suas atividades criativas, e do outro lado, a livre iniciativa, a livre concorrência, que em princípio são direitos que representam portanto, verdadeiros monopólios legais, estabelecem em princípio, um determinado tipo de choque.

Na Comunidade Européia, durante muitos anos se discutiu, e por exemplo lá foi criado e se desenvolveu a teoria da exaustão dos direitos pela qual após a primeira venda, esses direitos de propriedade não poderiam ser exercidos dentro de um mercado interno ou de um mercado regional. Esta foi uma primeira evolução, foi uma primeira forma de conciliar estes dois conceitos. Mas ainda há muito o que fazer nesta área e ontem ouvimos várias vezes Conselheiros do CADE, o próprio Presidente, aludindo ao fato que o CADE teve poucas chances de se debruçar sobre este tema. Em geral, 99% da energia do Sistema Brasileiro da Concorrência é absorvida pelas questões relativas às fusões, às aquisições, às concentrações, enfim, essas concentrações apresentam apenas contingencialmente uma situação de momento, mas o que sempre deverá ocupar permanentemente a autoridade da concorrência, deverá ser a disciplina e o controle das condutas, e é na área das condutas que nós encontramos uma série de problemas seríssimos, exatamente pelo choque entre esses direitos de propriedade privada e o conceito de livre iniciativa.

A minha tarefa é tentar conceituar para que fique bem claro, para que se tenha até matéria para discussão do que se pode entender por abuso destes direitos.

Obviamente se falamos em direitos concedidos, outorgados pelo Estado, os direitos em si são legítimos, devem ser exercitados e formam uma tutela específica para estes interesses. Portanto, o uso normal destes direitos não pode representar nenhum tipo de infração, nenhum tipo de elemento que possa ser considerado diminutivo da liberdade da concorrência, e este é um parâmetro primeiro que já foi alcançado, pelo menos foi pacificamente aceito, que a propriedade industrial em si, quando bem exercitada, ela representa um estímulo ao desenvolvimento, portanto não é um monopólio que possa ser considerado em princípio danoso para a livre concorrência.

Então, o que é prejudicial? É exatamente tudo que pode ser, o que pode constituir uma forma abusiva de uso destes direitos.

Eu vou tentar, portanto, nestes 20 minutos, dar uma idéia exata de como esta abusividade pode ser dimensionada, de como ela pode ser caracterizada.

Em primeiro lugar, é importante saber que já estabeleceram as áreas de competência.

Quando nós falamos de ordem econômica, nós falamos de livre concorrência, nós falamos de livre iniciativa, conceitos perfeitamente estabelecidos, já assentados no mundo todo, e colocamos portanto tudo isto dentro de uma esfera pública, o interesse público, o interesse coletivo.

Exatamente porque a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência é algo que diz respeito à própria política econômica, à própria estrutura do próprio Estado, interessa a todos, ao consumidor na medida em que ele é consumidor e ao mesmo tempo cidadão. Nós sabemos que pela própria constituição se prevê perfeitamente que estes direitos de propriedade, os DPI's, devem estar submetidos a interesses superiores de natureza social e de natureza econômica. Social porque se vê, se busca o bem-estar do cidadão e, ao mesmo tempo, econômica, porque são meios de desenvolvimento e, portanto, de riqueza geral. Então esse é o aspecto positivo desses direitos.

Nós, quando falamos em livre iniciativa, quando falamos em livre concorrência, temos que ter em mente uma outra qualificação: não pode haver livre concorrência sem que haja lealdade concorrencial. A concorrência só existe livre se for leal. Portanto o conceito de lealdade concorrencial é básico, é essencial, é nuclear, e por lealdade concorrencial se entende exatamente a necessidade de que cada player, cada figurante do mercado, realize o avanço tecnológico, realize os seus ganhos no mercado através de luta mercadológica, por meios próprios, por resultados de sua atividade criadora, por investir em tecnologia, por investir em novos meios mercadológicos para ganhar espaço no mercado. Portanto, quando se fala em lealdade concorrencial significa que cada concorrente utiliza seus meios, seus recursos, sua capacidade. Em qualquer momento em que este equilíbrio é quebrado, temos uma situação patológica. Este equilíbrio é quebrado no momento em que um dos concorrentes passa a beneficiar-se do esforço alheio. E esta é uma definição bem ampla, tudo pode ser encaixado dentro dessa definição, até mesmo o concorrente que contrata funcionários fora do esquema da CLT, até mesmo o concorrente que não paga impostos, tudo isso é concorrência desleal. Exatamente porque quem assim age o faz buscando uma vantagem ilícita sobre o outro que em vez obedece todas as leis, a todas as normas impostas pelo Governo.

Então lealdade concorrencial é definido num artigo específico 195, § 3º, do Código da Propriedade Industrial, em termos amplos dizendo no sentido de que se considera o ato de deslealdade a forma pela qual fraudulenta-

mente alguém consegue desviar a clientela de outra. Portanto, o conceito fraudulento é que estabelece essa ação de má fé, esse dolo específico que está subjacente à atividade do concorrente desleal.

Em qualquer hipótese que a clientela é desviada em função exatamente de uma atividade ilícita, nós temos uma condição de deslealdade concorrencial.

Nós temos basicamente, dentro do sistema para proteger, para dar tutela à ação benéfica de quem trabalha honestamente, nós temos justamente uma série de normas que dão guarida às atividades leais.

Dentro desse aspecto, dentro dessa lealdade, ressalta a proteção dos chamados DPI, dos direitos de propriedade industrial. Trata-se apenas de um capítulo; é uma forma específica que a lei prevê para proteger determinadas manifestações do engenho humano a serviço da empresa.

Então, através dos direitos de propriedade industrial, se protege uma fase, uma faixa específica de atividades da empresa. Todas as demais também estão protegidas, tuteladas pelas normas da lealdade concorrencial. Dentro destas, há um capítulo específico para marcas e para patentes. Então, as patentes são as que cobrem o desenvolvimento tecnológico da empresa, a fase industrial e as marcas, os sinais distintivos que estabelecem diferenciação visual dos produtos para que o consumidor possa exercer seu sagrado direito da escolha do produto de sua preferência.

Então, este é o âmbito de proteção que os direitos de propriedade industrial oferecem ao concorrente leal. Ele protege, ele pode proteger tudo o que ele veio a desenvolver, e protege os seus produtos no mercado através do uso de marcas que permitem ao consumidor a identificação dos produtos. Estes direitos tem na outorga, já tem uma limitação em termos de como são obtidos e como devem ser usados. Exatamente nestes conceitos da obtenção e do uso, é que nós temos a possibilidade de fixar o que é lícito e o que é abusivo. Então, na obtenção para as patentes, por exemplo, eu só posso obter a proteção da minha invenção desde que se obedeçam à três condições essenciais: a novidade, o nível inventivo, e o aproveitamento industrial. E no caso das marcas, eu só posso proteger a marca desde que a empresa o faça no nicho específico onde ela efetivamente exerce atividades. E, uma vez obtidos esses direitos, o uso também está perfeitamente delimitado e descrito.

Em primeiro lugar, esses direitos como disse no começo subjazem, eles se submetem ao interesse superior social e econômico, o mercado que é constituído pelos consumidores.

O elemento final, o objeto final de toda essa estrutura é exatamente o consumidor; é ele que é tutelado em primeira pessoa, é o consumidor que

tem o direito de escolher o produto, de não ser enganado na hora da escolha, pelo fato de ter alguma marca semelhante e imitativa de alguma outra que ele estava buscando. É o consumidor que deve ter o direito de escolher o produto pela sua conformação, por ele estar acostumado a comprar de um determinado fabricante, detentor de uma patente de modelo industrial, de modelo de utilidade ou de invenção. Então é sempre o consumidor que é a tutela, que é o objeto final.

Então, primeiro aspecto, esses direitos exigem, a lei exige que sejam efetivamente utilizados. Deve haver a utilização, a exploração industrial, a exploração econômica; não se trata de títulos honoríficos. Quem tem a patente é obrigado a explorar industrialmente, a transformar aquele objeto em algum produto que esteja livre no mercado para ser utilizado. A marca, igualmente. Quem tem a marca é obrigado a usá-la, para que ela possa realmente ser de utilidade para o consumidor na identificação dos produtos.

Então, esta é uma primeira forma pela qual a lei estabelece ônus para o titular destes direitos. Uma segunda, não é apenas um uso qualquer, o uso destes direitos deve ser feito em escala de mercado. A patente deve ser utilizada para satisfação do mercado, para livre satisfação do mercado, para que exatamente o produto possa ser utilizado por qualquer cidadão ou qualquer concorrente, inclusive, que possa adquirir aquele produto, possa até ser um insumo, até mesmo para uma atividade industrial paralela e subsequente.

Portanto, esse aspecto da utilização em escala de mercado é importantíssimo e é estabelecido na lei, tanto no Código de Propriedade Industrial como na própria lei antitruste.

Nós temos mecanismos para forçar situações em que esses direitos venham a ser utilizados abusivamente, ou seja, por exemplo, tenham a patente ao invés de satisfazer o mercado, ao invés de satisfazer a demanda, eu reduzo a produção para criar condições de manipulação de preço. Numa situação de emergência nacional, de necessidade, por exemplo, de saúde, como houve recentemente a luta do governo brasileiro que foi reconhecido como legítima, buscando a licença compulsória das patentes farmacêuticas, estava exatamente assentado neste mecanismo, ou seja, na hora em que um determinado produto é colocado no mercado com um preço que está acima da capacidade normal de mercado de produtos correspondentes ou em quantidades inferiores às necessidades, forçando, portanto, a alta de preços, em qualquer situação dessas e não apenas para indústria farmacêutica, isso se aplica para qualquer situação. Daí a importância da presença do CADE, a importância do conhecimento dessa matéria, porque muitas outras situações poderiam ser resolvidas, situações críticas de mercado e ausência de produto, de carência de produtos, po-

deriam ser resolvidas sobre esse prisma da obrigatoriedade da presença do produto no mercado, com pena de sacrifício desses direitos.

Existe mecanismo, no caso da patente, existe um mecanismo da licença compulsória, e no caso da patente e da marca, existe um mecanismo da caducidade. O direito pode ser inclusive declarado caduco, pode ser considerado extinto pelo simples fato de não haver uso.

Portanto, tudo isso mostra exatamente a condição que existe para que se estabeleça a forma mais concreta de aproveitamento destes direitos de propriedade industrial como elemento catalisador do desenvolvimento e não como elementos que possam se tornar peças infetarias do sistema da livre concorrência.

No material que vocês deverão receber, eu relacionei uns 10, mais ou menos 10 situações em que estas podem se manifestar, esta forma abusiva.

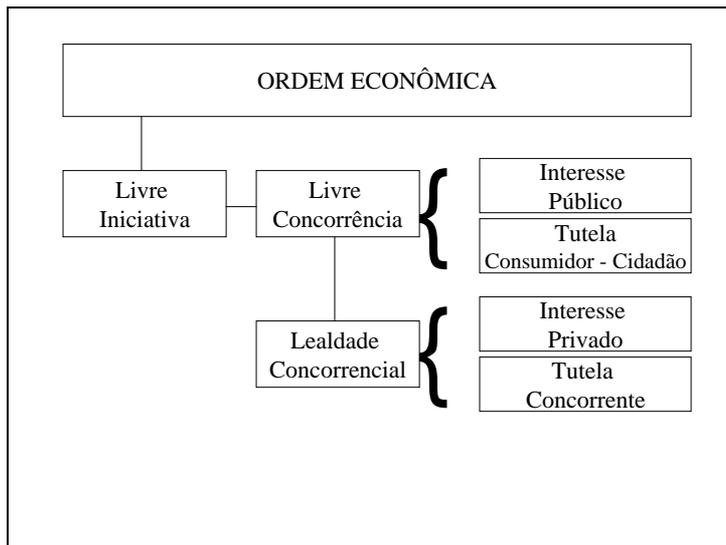
Não há tempo para ser examinadas uma a uma, mas o importante é que, efetivamente através desses direitos, pode-se atingir várias situações gravíssimas consideradas infrações à livre concorrência e infrações à livre iniciativa.

Já como experiência, tanto nos Estados Unidos como na Europa, esses 10 casos que eu estou trazendo para conhecimento geral no material que vai ser distribuído, esses 10 casos já são assentamentos jurisprudenciais, situações reais que foram utilizadas, sendo que uma delas é a utilização às vezes de uma licença de patente para simular o que na verdade está se fazendo uma caracterização. Então, exige-se efetivamente um posicionamento hoje; é muito importante por parte das autoridades da concorrência, porque esta matéria deve ser estudada em profundidade, porque através do mau uso destas propriedades pode-se cometer infrações que não apenas atinjam o concorrente direto na esfera privada, mas se refletem negativamente sobre a própria ordem econômica.

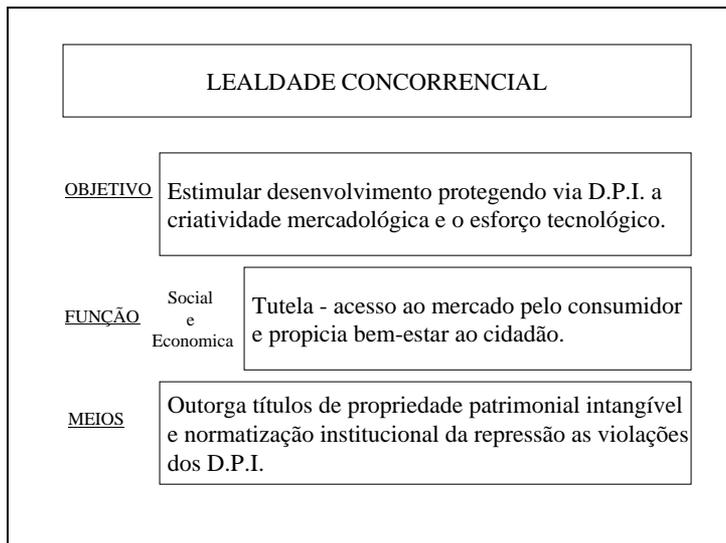
Portanto, o que o Ibrac está trazendo agora é esta abertura de discussão, porque há muito, muito para se discutir aí a esse respeito. Mesmo na Europa ainda há vários pontos que ainda estão sendo discutidos, e que em relação aos quais nós podemos, também, contribuir.

Obrigado.

Slide 1



Slide 2



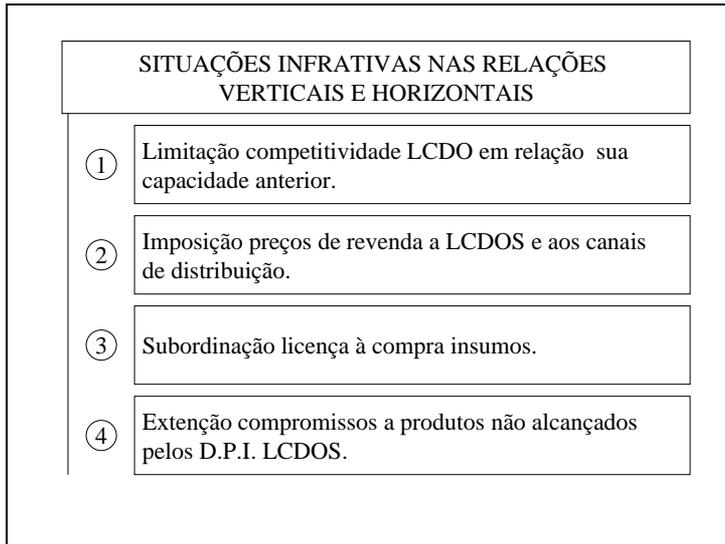
Slide 3

DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL D.P.I.	
- Patentes	<u>Invenções</u> [Produtos Processos Meios de Produção] <u>Modelos de Utilidade</u> [Funcionalidade Instrumental] <u>Desenhos Industriais</u> [ - Registro - Modelagem - Estética ]
- Marcas	Sinais identificadores da origem e qualidade de - de produtos - de serviços - coletivas - de certificação

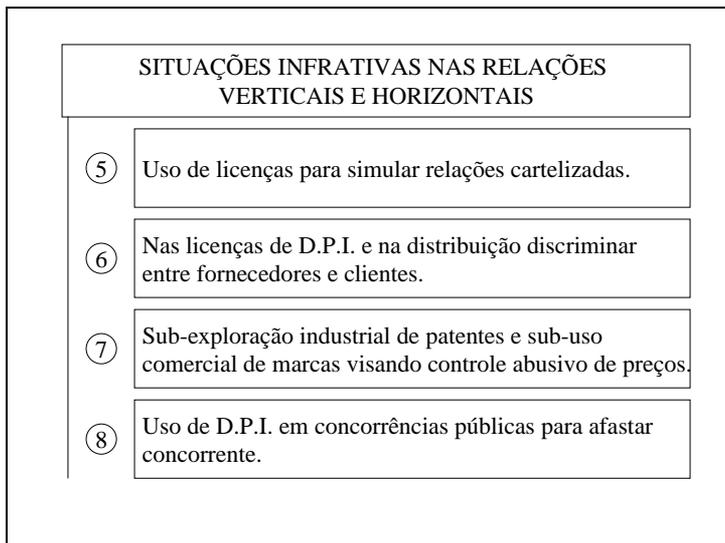
Slide 4

USO REGULAR D.P.I. EXERCÍCIO LEGÍTIMO	
- Patentes	- Fabricação obrigatória e venda livre do Objeto Patenteado, no mercado. - Suprimento demanda do mercado. - Exploração direta pelo titular ou mediante licenciado voluntário - Repressão às contrafações.
- Marcas	- uso obrigatório para identificar origem dos produtos objeto da efetiva atividade do titular. - uso em escala de mercado. - repressão a contrafações.

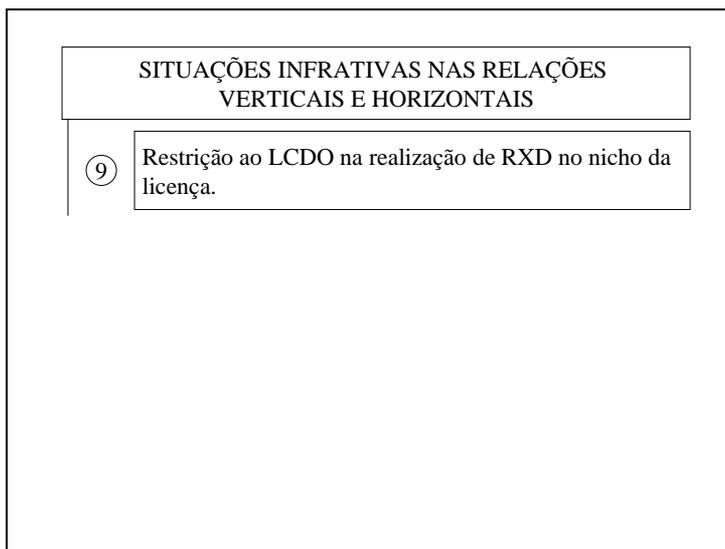
Slide 5



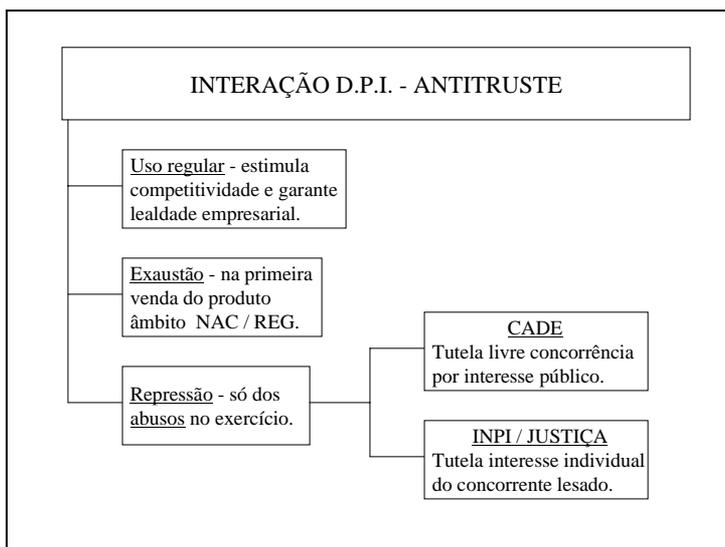
Slide 6



Slide 7



Slide 8



ARTHUR BARRIONUEVO

- Agradecendo a Palestra do Dr. Pietro Ariboni e seguindo o gosto vigente no País, vamos continuar pela esquerda, dando a palavra ao Dr. Cleveland, que vai fazer o uso da palavra.

## **CLEVELAND PRATES TEIXEIRA**

Bom dia a todos! Queria em primeiro lugar agradecer o convite para participar desse fórum que eu considero no âmbito nacional o fórum mais importante nesta área e gostaria também de salientar que a minha apresentação aqui hoje, foge um pouco do escopo da prática vertical propriamente dito, apesar de ter uma relação direta com a eventual relação entre as cadeias produtivas, ou seja, entre empresas que estão na mesma cadeia produtiva.

O que eu vou estar apresentando hoje aqui é basicamente um caso ou uma série de casos a que vem sendo julgado no CADE e que me pareceu que mereceria um fundamento um pouco maior sobre alguns aspectos tratados nesse mercado, particularmente o caso envolvendo compra de empresas de concreto, por cimentos, empresas de cimento.

Como nós podemos entender essa relação? Ora, obviamente as concreteiras são clientes diretos de empresas de cimento; sob esse ponto de vista nós poderíamos eventualmente, ter estratégias como nós sabemos e conhecemos pela teoria da defesa da concorrência, relacionadas às práticas verticais.

Então meu foco aqui seria em que medida a integração vertical pode facilitar a existência ou a prática de condutas anticompetitivas sob o ponto de vista vertical, e vou aproveitar para falar sobre o reflexo de uma prática que poderia estar eventualmente associada também a essa relação vertical, que a facilitação de práticas horizontais e em particular de formação de cartel.

O que me chamou a atenção nessa relação entre empresas de cimento e empresas de concretagem? Ora, a hora que eu observei essa relação, eu procurei entender um pouquinho melhor como isso funcionava, e procurei entender um pouquinho melhor o passado recente de como isso vinha acontecendo.

Então os principais fatos que eu observei foram os seguintes: primeiro, a quantidade de casos semelhantes; segundo, a evolução do preço do cimento; em terceiro, o fato de existir uma baixa elasticidade de preço do cimento, como vou mostrar daqui a pouco; e quarto, e mais associado à prática, a possível prática horizontal, há um número de procedimentos de cartel em análise na própria SDE.

Então, vamos verificar ponto a ponto.

Com relação ao número de casos semelhantes, o que nós observamos é que nos últimos anos nós tivemos um total de 40 casos envolvendo aquisições de empresas de concretagem por empresas de cimento; dos quais 29 foram julgados e 11 estão sendo instruídos. Com relação ao preço do cimento, eu procurei fazer uma análise da evolução em medidas de termos reais, ou seja, essa evolução que está colocada, mostrada aqui na tela, é uma evolução do preço deflacionado, ou seja, em quanto aumentou o preço do cimento ao longo desse período em termos reais.

Então nós percebemos que a partir de 98 principalmente, começou a haver um crescimento relativamente grande do preço do cimento; e retomando isso coincide em alguma medida com o período em que houve um aumento da quantidade de casos de aquisições de concreteiras por empresas de cimento, ou seja, isso me deu a possibilidade de averiguar se haveria algum tipo de regulação entre esses dois fatos.

Com relação ao que eu disse da elasticidade de preços do cimento, nós fizemos um trabalho para tentar estimar a elasticidade de preços do cimento e a conclusão que nós chegamos foi que ele estaria entre 0,28 e 0,35. Eu estou trabalhando com três hipóteses de deflacionamento, então com deflacionamento da INCC, GPDI e GPOG. Qualquer um que se tome, nós podemos observar que a elasticidade de preço da demanda do cimento é bastante baixa, o que indicaria eventualmente a possibilidade do exercício do poder de mercado no que diz respeito ao número de procedimentos e averiguação na SDE, esse número pode ser um pouco maior ou um pouco menor; foi o dado que eu consegui o mais rapidamente possível, mas está por volta de 14. Dito isso, eu passei a fazer a análise do caso propriamente dito.

Qual que era a definição de mercado relevante vigente até o momento? Ora, a definição que se adotava e que se utilizava no Sistema de Defesa da Concorrência, era a adoção de que o mercado relevante deveria ser definido em termos de produto como o cimento endossado em central comercializado pelas concreteiras.

Eu passei a questionar alguns pontos em função do que eu vou dizer mais à frente e passei a tentar segmentar esse mercado muito em função da possibilidade da existência de clientes diferenciados com maior ou menos poder de barganha que indicariam diferentes elasticidades de preços da demanda. E isso está de acordo, obviamente, com a própria teoria econômica que recomenda isso e com a prática internacional que sugere que em situações desse tipo nós deveríamos segmentar o mercado relevante em mais de um. Como pode ser visto, este trecho foi extraído do Guia Americano para análise de atos de concentração; ele fala exatamente isso, ou seja, em situações que você tem diferentes clientes respondendo de forma diferentes à compra de

produtos, deve-se analisar a possibilidade de estarmos trabalhando com diferentes mercados relevantes e portanto, efeitos distintos sobre este processo.

O quê que me chamou à atenção neste caso? Particularmente nas conversas que eu tive com pessoas do setor, o que eu notei foi que existe uma diferenciação que demanda o serviço de concretagem e o serviço de cimento propriamente dito. Eu diria que em casos onde são obras pequenas, por exemplo construção de casas, seria pouco viável ou na maior parte dos casos se não teria a necessidade de contratar serviços de concretagem. O custo não compensaria. O serviço de concretagem estaria na maior parte relacionado à obras de médio porte e obras de grande porte, sendo que no caso das obras de grande porte por exemplo, uma usina, o serviço poderia ser feito de forma internalizada, ou seja, empresas que passariam a construir estas grandes obras poderiam dosar o cimento em centrais próprias. Isso dá uma diferenciação na capacidade de negociação de clientes de grandes obras e clientes de médias obras. Eu reitero que os dados que eu obtive junto à empresas de construção civil, me permitiram fazer esta definição, esta segmentação. A conclusão que eu cheguei, foi que os serviços de concretagem devem ser divididos em duas partes: serviços para grandes obras e serviços para obras de médio porte.

Passsei então a análise das condições de entrada e da própria participação de mercado dado esse mercado relevante definido.

O que eu obtive em primeiro lugar foi que com relação à participação de mercado nos casos em que eu analisei, haviam um alto grau de concentração no que diz respeito à indústria de cimento propriamente dito e o C4, o índice das maiores empresas era extremamente elevado, e com relação às empresas de concretagem, dada essa segmentação, eu tive uma certa dificuldade em calcular exatamente qual a participação das empresas envolvidas. Ora, em função disso, eu optei por fazer, por seguir a análise, ou seja, dado que eu não tinha uma informação precisa sobre qual era o grau de concentração que aparentemente era levado, eu me senti na obrigação de fazer uma análise mais aprofundada dessa relação. Passei então a verificar a possibilidade de entrada de novas firmas no mercado de concreteira e de certa forma, derivado disso, no mercado de cimento.

O que aparentemente indicava é que havia uma alta probabilidade da entrada no mercado de concreteiras; derivada de que fatos? Ora, a tecnologia é simples, de domínio público, o investimento inicial é relativamente pequeno e tem *sunk costs* reduzidos, ou seja, se você precisar vender o material que você tem, você conseguiria facilmente vendê-lo no mercado secundário. Mas por outro lado, supondo que houvesse um processo de integrações constantes entre empresas de cimento e empresas de concreto, que nós tivéssemos um setor extremamente concentrado e verticalizado, eventualmente poderia se

supor uma estratégia conjunta das empresas para retirarem aquelas empresas que não estavam no mercado de concreto ou que estavam e não estavam integradas no mercado de concreto.

Qual que é o ponto: se isso fosse verdade, seria opção que essas empresas de concreto teriam.

A primeira opção é que, já estou excluindo, seria buscar novas fontes, novas alternativas ou novas firmas de cimento. Ora, se eu digo que não existem numa suposição novas firmas de cimento, a segunda possibilidade seria que elas passassem a criar para se manter no mercado de concretagem ou para entrar no mercado de concretagem, elas passassem a criar empresas de cimento. E isso não me parecia razoável por várias razões; eu acho que as duas mais importantes são: primeiro lugar, as escalas mínimas viáveis são muito diferentes no mercado de concretagem e no mercado de cimento, ou seja, seria viável para uma empresa de concretagem criar uma empresa de cimento só para manter a sua empresa de concretagem; e segundo ponto que me pareceu fundamental, é que para entrar no mercado de cimento, há necessidade de um insumo básico que é a posse de jazidas de calcário, e de preferência, relativamente próximas a centros consumidores. E isso, supondo que não houvesse geraria uma dificuldade para que tal fato acontecesse.

Bom, dito isso, eu continuo a afirmar que eu por cautela continuei a análise dos casos.

Vamos ver rapidamente o impacto sobre os dois mercados: impacto da operação prestados para mercados de grandes obras e depois eu vou ao mercado de médias obras.

Com relação ao mercado de grande porte, não havia muito problema. Primeiro, pelo que eu já havia comentado, há a viabilidade da substituição de serviços de concretagem para a fabricação de cimentos *in house*. Ou seja, as grandes obras poderiam internalizar a produção do concreto. Segundo, mesmo supondo que dado essa perspectiva, se nós entendêssemos que as empresas de cimento evidentemente estivessem formando cartel e eventualmente não fornecesse um produto a preço razoável, nós devemos lembrar que essa situação seria pré-existente à operação, ou seja, não seria a operação que estaria gerando isso, então o problema não estaria relacionado diretamente a esse fato, por isso eu considerarei que a operação não estaria gerando esse problema especificamente neste caso. E terceiro, existem artigos que mostram, como eu cito embaixo, que essa estratégia em alguns casos pode ser eficiente na medida em que se procura discriminar preços e dar melhores condições para quem adquire grande quantidade, ou seja, empresas de serviço de grandes obras. Nesse sentido o preço poderia ser melhor obtido por essas grandes empresas.

A conclusão que eu cheguei nesse mercado é que o efeito seria neutro, ou seja, não teríamos problemas diretamente relacionados à esse mercado.

No caso de médias obras, que não haveria a possibilidade da internacionalização da produção, ou se fosse feito isso, o custo seria muito elevado.

O que nós teríamos é que não precisaríamos analisar com mais cuidado em que medida a proporção de insumos utilizados para criar o concreto seria feita proporções fixas ou variáveis. A própria teoria econômica mostra que em situações onde a proporção é fixa, você não teria maiores problemas, e ao passo que em situações em que a proporção fossem variáveis dependeria de uma série de variáveis.

A conclusão que nós chegamos foi que o cimento é o concreto, é fabricado em condições de proporções fixas.

Com base em quê que nós chegamos a essa conclusão? Informações de empresas de serviço de concreto e a própria experiência internacional, vários artigos podem ser observados isso.

A conclusão dessa história é que na pior das hipóteses, também uma tentativa de fechar mercado ou discriminar preço de forma anticoncorrencial, teria um impacto neutro sobre a concorrência.

Eu também observei no meu voto, que existiria um aspecto interessante relacionado a isso, que já foi estudado em 1971 nos Estados Unidos, que esse processo poderia eventualmente estar associado a uma tentativa das empresas de cimento em manterem um mercado cativo dado a eventual, por exemplo, uma eventual recessão durante o processo, tentariam adquirir empresas de concreto para ter um mercado garantido para elas, empresas de cimento. De novo, a resposta econômica que eu teria para dar para isso, o resultado também seria neutro, no sentido de que o incentivo para você tomar atitudes anticompetitivas não existiria, porque o resultado em termos de lucratividade para empresa integrada, cimento mais concretagem, seria melhor que ela não fizesse nenhum tipo de conduta anticompetitiva.

Então, essa a conclusão que nós chegamos com relação a esse mercado.

Só título ilustrativo, eu tenho um dado aqui que mostra que a utilização da capacidade instalada no período de 98 em diante, teve várias flutuações mas manteve-se relativamente, digamos, baixa com algumas ressalvas. Finalmente, nós podemos concluir que dada a peculiaridade do mercado nacional, as concertarias que representam uma pequena parcela de consumo de cimento, não gerariam tanto problema com relação à uma estratégia desse tipo.

Por quê isso? Porque tentar garantir o mercado através de compras de concertarias não representaria no fundo garantir o mercado porque eles representariam basicamente 20% do mercado total de demanda de cimento e o fechamento do mercado não seria economicamente viável, só para concluir.

Por último, algumas considerações sobre a possibilidade da operação facilitar a ação coordenada entre empresas de cimento.

Rapidamente, o guia americano levanta essa possibilidade, guia de integrações não horizontais. Primeiro: a facilidade da colusão poderia vir da aquisição de um varejista que poderia monitorar os preços deste mercado.

Por quê isso? Porque os preços eventualmente poderiam ser muito mais visíveis e também poderia se levantar hipótese de aquisição de um comprador agressivo, ou seja, aquele que desestabiliza o cartel poderia eventualmente facilitar a manutenção do cartel.

São os dois pontos levantados pelo guia não horizontal.

O próprio **Viscuzzi** trata os casos de cimento e levanta essa hipótese de que a eventual compra de concertarias estaria associada a tentativa de monitorar um suposto cartel no mercado de cimentos. E ele chega à conclusão de que isso não seria razoável.

Quais seriam as condições necessárias para que isso pudesse valer?

Em primeiro o mercado **upstream** ou mercado de concertarias, desculpa, o mercado de cimentos deveria ser propício à coordenação. E segundo, a estratégia deveria se mostrar razoável e efetiva em termos de lucratividade.

Ora, no mercado específico de cimento a gente tem algumas variáveis que eventualmente poderiam facilitar a colusão. Número reduzido de firmas em cada um dos mercados definidos, elevado grau de semelhança nos processos produtivos, homogeneidade dos produtos ou serviços ofertados da mesma finalidade, produtos sem substitutos próximos, facilidade de obtenção de informações e a demanda, como tinha dito, praticamente inelástica. Ou seja, as condições para a coordenação do mercado de cimento, eventualmente podem existir, só que a estratégia no caso em questão seria razoável, ou pelo menos nós poderíamos dizer que seria pouco crível.

Por quê isso? Primeiro lugar e fundamental como já havia dito, as concertarias representam uma pequena parcela da demanda por cimento. Por quê? Basicamente a grande parte da venda de cimento é aquela venda picada, para pequenas construções, digamos assim. Então, não faria sentido você monitorar por exemplo 15, 20% do mercado para garantir que o cartel permanecesse, o cartel de cimento. Além do mais, haveriam outros meios muito mais eficientes e menos custoso para monitorar o cartel. Então não faria sentido na suposição de que houvesse isso, que as firmas de cimento passassem a adqui-

rir firmas de concretagem simplesmente para conseguir monitorar esse segmento.

Ou seja, o quê que nós tiramos da conclusão geral da análise desse caso? Em primeiro, que certas situações, existe a necessidade de segmentar mercado relevante em função das diferentes demandas dos consumidores ou dos clientes. Em segundo, a estratégia de fechamento de mercado no caso analisado, é pouco crível e economicamente racional pelos fatores que eu levantei, ou seja, não faria sentido dentro desse processo se supor que a aquisição dessas empresas estariam somente e diretamente relacionado à possibilidade de fechar mercado ou monitorar cartel. E terceiro, é como havia dito, a monitoração do cartel haveria e teria meios muito mais eficientes do que esse, e esse meio seria muito custoso dado o objetivo a que se propunha.

Bom, eu encerro a minha apresentação por aqui, me perdoem pelo excesso de tempo, eu não consegui reduzi-lo mais.

Obrigado.

Slide 1

# **PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS**

Cleveland Prates Teixeira  
Conselheiro do CADE

e-mail: [cleveland.prates@cade.gov.br](mailto:cleveland.prates@cade.gov.br)

fone: (61) 426-8472

Fax: (61) 328-5523

Slide 2

## **“Análise da Possibilidade de Práticas Restritivas Verticais no Mercado de Cimento”**

- O Caso da Compra de Empresas de Concreto por Empresas de Cimento

Slide 3

## Tipo de Operação

EMPRESAS DE CIMENTO  
(Mercado *Upstream*)

EMPRESAS DE CONCRETO  
(Mercado *Downstream*)

Slide 4

## Questões Analisadas

- a) Adoção da Estratégia de Fechamento de Mercado ou de Discriminação de preços;
- b) Facilitação de um “Eventual” Cartel no Mercado de Cimento (Prática Horizontal).

Slide 5

## Principais Fatos Observados

- a) Número de Casos Semelhantes
- b) Evolução do Preço do Cimento
- c) Baixa Elasticidade-Preço do Cimento
- d) Número de Procedimentos de Cartel em Análise na SDE

Slide 6

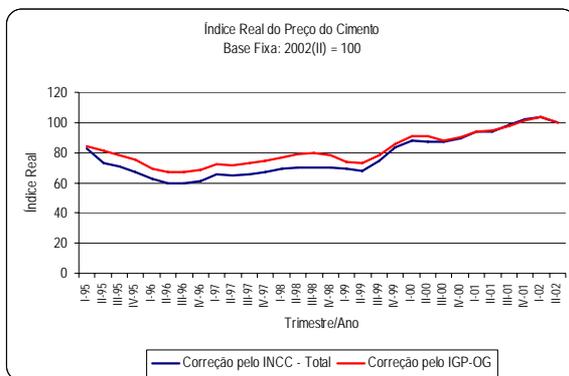
### Principais Fatos Observados

## Número de Casos Semelhantes

- Processos de Aquisições Envolvendo Empresas Fabricantes de Cimento e de Concreto tiveram início em 1998.
- Total de 40 casos, dos quais 29 já foram julgados pelo CADE e 11 estão sendo instruídos.

Slide 7

## Principais Fatos Observados Evolução do Preço do Cimento



Slide 8

## Principais Fatos Observados Elasticidade Preço do Cimento

Estimação da demanda por cimento – Modelo Restrito

Variável	Modelo					
	A (INCC)		B (IGP-DI)		C (IGP-OG)	
	Coefficiente	t-test	Coefficiente	t-test	Coefficiente	t-test
Preço do cimento	-0,2855*	5,08	-0,3525*	5,27	-0,3531*	5,23
Preço dos materiais de construção	-0,3286*	3,29	-0,0447	0,51	-0,0370	0,43
PIB	0,8796*	4,43	1,0693*	4,91	1,0621*	4,85
D	-0,5093*	6,85	-0,4768*	5,27	-0,4726*	5,22
D* Tend	0,0141*	6,84	0,0133*	5,98	0,0131*	5,86
Tend	-0,0050*	3,89	-0,0046*	2,87	-0,0042*	2,67
Constante	3,4346*	3,42	1,5061	1,37	1,4968	1,36

Slide 9

Principais Fatos Observados	
Número de Procedimentos em Análise na SDE	
Espécie	Números
Procedimento Administrativo	8
Averiguações Preliminares	6
Total	14

Slide 10

Definição de Mercado Relevante	
Vigente – cimento dosado em central comercializado pelas concreteiras.	
<u>Proposta de Segmentação:</u>	
a) Diferentes tipos de clientes com possíveis elasticidades preço da demanda diferenciadas;	
b) Teoria Econômica e Prática Internacional sugerem que, nesses casos, os efeitos sobre o mercado são diferenciados;	

Slide 11

## Definição de Mercado Relevante

“In contrast, where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyer.” (Horizontal Merger Guidelines, 1992: 5).

Slide 12

## Definição de Mercado Relevante

### Diferença entre clientes

- obras de pequeno porte – cimento virado na obra;
- obras de médio porte – serviços de concretagem; e
- obras de grande porte – serviços de concretagem ou dosado em centrais próprias.

Dados comprovados a partir de ofícios encaminhados a empresas de construção civil

Slide 13

## Mercado Relevante Definido CONCLUSÃO

- Serviço de Concretagem para Grandes Obras;
- Serviço de Concretagem para Obras de Médio Porte.

Slide 14

## Participação de Mercado e Condições de Entrada

- Dados não conclusivos sobre a participação de mercado.
- Alta probabilidade de que a entrada, no mercado de concreteiras, não seja difícil (tecnologia simples e de domínio público, investimento inicial relativamente pequeno, *sunk costs* reduzidos).
- Possibilidade de criação de barreiras estratégicas derivadas do domínio de insumo.

Slide 15

## Participação de Mercado e Condições de Entrada

*“a propriedade de jazidas de calcário relativamente próximas a centros consumidores é, ao mesmo tempo, fator determinante da viabilidade econômica das fábricas de cimento e uma das principais fontes de poder de mercado para as empresas do setor. Constituem, ao lado do elevado nível de investimentos necessários, barreiras realmente importantes ao ingresso de novos produtores do mercado”* (HAGUENAUER, Lia. A indústria brasileira do cimento. In: GARCIA, Fernando; FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ALVES, Marcel C. **Padrão de concorrência e competitividade da indústria de materiais de construção**. São Paulo: Singular, 1997, Cap. 6).

Slide 16

## Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Grande Porte

Viabilidade da substituição de serviços de concretagem pela fabricação de cimento *in house* - empresas de construção podem internalizar a produção de concreto (resposta a ofícios).

Possibilidade de existência de poder de mercado no mercado de cimento não tem nexo com a operação.

- Possibilidade de discriminação eficiente de preços. [McBride (1983) e Liebeler (1968) in Johnson & Parkman (1995).

- Efeito para o mercado de grandes obras: na pior das hipóteses é NEUTRO.

Slide 17

### Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Inviabilidade de internalizar a produção de concreto.
- Viscusi, Vernon & Harrington Jr. (1997): processos de integração vertical devem ser analisados observando-se como os insumos são combinados no processo produtivo (proporções fixa ou variável).
- Apenas nos casos em que houver a possibilidade de combinação de insumos em proporções variáveis, a integração vertical poderá gerar danos à concorrência (a depender de alguns parâmetros).
- Produção do concreto é realizada com os insumos em proporção fixa (resposta a ofícios e exp. internacional).
- Tentativa de estender suposto poder de monopólio, por parte das empresas de cimento, seria pouco provável e economicamente não lucrativo.

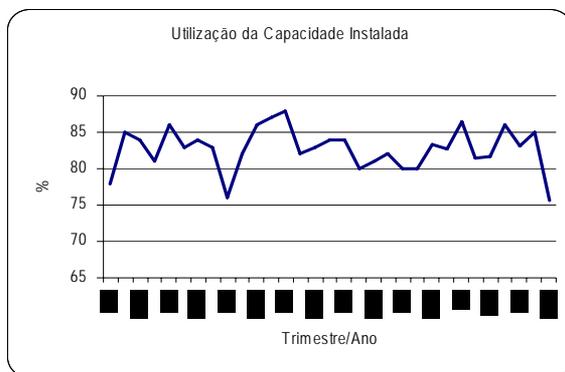
Slide 18

### Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Tentativa de manter um mercado cativo para a compra de cimento (fechamento de mercado mais singelo).
- Allen (1971): estudo das aquisições de empresas concreteiras por grandes empresas de cimento nos Estados Unidos. Concluiu que as integrações não passaram de uma estratégia equivocada para manter o *market share* das empresas de cimento. Em face da recessão na indústria de cimento e o conseqüente aumento da capacidade ociosa, resolveram comprar empresas concreteiras para garantir a demanda pelo seu cimento. Essa estratégia não foi suficiente para evitar o prejuízo à produção de cimento.

Slide 19

## Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte



Slide 20

## Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Peculiaridade Nacional: concreteiras representam pequena parcela de consumo de cimento.
- Fechamento de mercado para as empresas concreteiras (recusa da divisão de cimento em vender seu produto para outras concreteiras concorrentes ou mesmo cobrança de preços diferenciados) não delinea problemas competitivos.

Slide 21

## Considerações sobre a Possibilidade da Operação Facilitar a Ação Coordenada entre as Empresas de Cimento

Slide 22

## Non-Horizontal Merger Guidelines

### **2. Facilidade de Colusão**

- a aquisição de um “varejista” pode facilitar o monitoramento dos preços neste mercado, facilitando, assim, a colusão no mercado fornecedor. Devem ser observadas as condições que favorecem a colusão no mercado varejista
- a aquisição de um “comprador agressivo” pode facilitar a colusão no mercado fornecedor, pois pode acabar com o fator de instabilidade do cartel

Slide 23

## Ação Coordenada

- Viscusi, Vernon & Harrington Jr. (1997): a existência de empresas verticalizadas pode, em determinados casos, facilitar a implementação de acordos colusivos, na medida em que o monitoramento dos preços dos insumos (cimento) via mercado do produto final (serviço de concretagem) se tornaria facilitada pelo fato dos preços neste segundo mercado serem mais visíveis.

- Condições necessárias:

- Mercado *upstream* deve ser propício à coordenação;
- A estratégia deve se mostrar razoável e efetiva.

Slide 24

## Ação Coordenada

- Fatores que facilitam a coordenação:

- Número reduzido de firmas no mercado (ou a presença de poucas e grandes empresas)
- Elevado grau de semelhança nos processos produtivos dos ofertantes;
- Homogeneidade dos produtos ou serviços ofertados;
- Produtos sem substitutos próximos;
- Facilidade da obtenção de informações sobre as transações de vendas; e
- Demanda praticamente inelástica.

Slide 25

## Ação Coordenada

- A estratégia de utilização das aquisições das empresas de concretagem como forma de fortalecer um eventual cartel no mercado primário é pouco crível.
- As concreteiras representam uma pequena parte do concreto utilizado nas construções. Sendo assim, caso existisse um acordo de colusão entre as empresas de cimento, estas poderiam vender para as concreteiras ao preço acordado pelo cartel e burlar o acordo nas vendas para os revendedores ou mesmo para clientes diretos.
- Johnson & Parkman (1995): haveria outros meios (que não a integração vertical) menos custosos para monitorar o cartel.

Slide 26

## Conclusão Geral da Análise

- Redefinição do mercado relevante a partir da segmentação de mercado;
- Estratégia de fechamento de mercado é pouco crível e economicamente irracional;
- Estratégia de utilização da aquisição das empresas de concretagem como forma de fortalecer um eventual cartel no mercado primário é pouco crível.

Slide 27

# **OBRIGADO**

Cleveland Prates Teixeira  
Conselheiro do CADE

e-mail: [cleveland.prates@cade.gov.br](mailto:cleveland.prates@cade.gov.br)

fone: (61) 426-8472

Fax: (61) 328-5523

## **ARTHUR BARRIONUEVO**

Bom, agradeço ao Dr. Cleveland, que ficou exatamente dentro do tempo. Antes do coffee-break, ainda teremos a fala do Dr. Fernando Marques, também conselheiro do CADE, a quem eu passo a palavra.

## **FERNANDO MARQUES**

Bom dia a todos e nestas primeiras palavras eu gostaria de dirigir uma saudação pessoal aos organizadores deste Seminário do Ibrac, cumprimentando a organização da pessoa do Presidente deste Painel, Professor Arthur Barrionuevo, e também saudar as comemorações relativas ao transcurso do desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil, através da evolução do CADE e do Ibrac, nas pessoas aqui presentes do Professor Werter Faria e do Professor Doutor Carlos Francisco de Magalhães, fundador do Ibrac e coordenador desta entidade que tem prestado um serviço de extrema relevância para a convivência dos órgãos de defesa da concorrência com os profissionais que atuam nessa área, o que promove no Brasil um ambiente singular de convivência dos funcionários de administração pública com os representantes dos escritórios de advocacia e o representantes de empresas que aqui no Brasil

atuam e se socorrem do Sistema de Concorrência para reivindicar suas pretensões.

É realmente notável que no Brasil este ambiente se desenvolva, e acho que é por isso que temos andado tão rapidamente nesta matéria que, feitas essas considerações, o tema é restrições verticais.

Tema de grande relevância para o direito da concorrência, alguns com mais, outros com menos fundamentos, alguns com técnica, outros com retórica, o fato é que ao longo do desenvolvimento da defesa da concorrência, advogados e economistas não concordam entre si nem dentro de suas categorias profissionais.

Talvez por essa razão, como advogado e economista, ando com dois celulares, de modo que numa rápida *conference call*, consigo, comigo mesmo, resolver os conflitos intra e inter subjetivos relativos à matéria da restrição vertical.

Despertos para o tema, depois de estarmos enfrentando uma matéria tão difícil numa manhã tão bonita de sábado, vamos entrar nesta árdua tarefa de abordar o tema da restrição vertical.

Controle Preventivo das estruturas concentradas, Controle Repressivo das Condutas Anticompetitivas:

As condutas se desdobram nas restritivas de natureza horizontal que ocorrem dentro de um mesmo mercado relevante, e as restritivas de natureza vertical que se desbordam ao longo de uma cadeia produtiva.

A resolução 20 do CADE, de 1999, mapeia e procura trazer um esclarecimento sobre as práticas restritivas verticais. São restrições impostas por produtores e ofertantes de bens ou serviços, em determinado mercado de origem, sobre mercados relacionados verticalmente a montante ou a jusante, ao longo de uma cadeia produtiva. É alvo-tema de extrema complexidade na perspectiva do processo de desenvolvimento de uma economia capitalista de massa em pleno processo de transformação tecnológica notadamente através da utilização cada vez mais freqüente da Internet como meio da comunicação.

Os senhores estão vendo já a complexidade dessa matéria, sobretudo na época em que vivemos.

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismo de exclusão dos rivais ou aumentam a probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado.

Destaco que são pressupostos para a configuração de riscos de prejuízo à concorrência o poder de mercado sobre o mercado relevante de origem e o efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas.

Senhores, estamos num dos campos mais complexos da teoria anti-truste. Esta aí a necessidade de definirmos, de analisarmos integradamente dois mercados relevantes. Já é complexa a necessidade de definirmos e analisarmos um mercado relevante; nas integrações verticais estamos sempre diante de dois mercados.

Possíveis efeitos das práticas restritivas verticais: como se não bastasse a análise integrada de dois mercados, o tema ainda se torna mais interessante, porque aqui existem efeitos positivos de restrições verticais e que devem ser contemplados dentro da análise.

Quais são os possíveis efeitos positivos das restrições verticais?

Redução dos custos de transação, monitoramento da qualidade e da quantidade de bens e serviços do mercado downstream e evitar a prática do free riding.

Quais são os efeitos negativos das restrições verticais?

Estender o poder de monopólio, aumentar barreiras à entrada por meio de restrição ao acesso a canais de meio de distribuição e aumento dos custos de mudança e de buscas.

Incremento do poder de barganha é com base na assimetria de informação dos consumidores.

Estes efeitos anticompetitivos são mais prováveis de ocorrer e aqui estamos no campo das probabilidades, das análises específicas dos mercados; são mais prováveis de ocorrer em mercados nos quais a concorrência inter-marcas é fraca e existem barreiras à entrada de novos players. A resolução do CADE tenta mapear esta complexíssima situação das condutas restritivas verticais apontando oito condutas mais freqüentes e já assinalando dentre elas a possibilidade de haver, em algumas delas, eficiências com o que elas deveriam ser toleradas e não banidas do sistema econômico.

Fixação de Preço de Revenda: o produtor estabelece, mediante contrato o preço mínimo, máximo ou rígido a ser praticado pelos distribuidores ou revendedores. Esse tipo de prática pode reduzir, ou até mesmo eliminar, concorrência intra-marca. Contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

Restrições territoriais e de base de clientes: o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores e revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal como a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais podem reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca. Contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

Acordos de exclusividade: tema interessantíssimo, muitas vezes objeto de julgados pelo CADE aqui no Brasil. Os compradores de determinado bem ou serviços que comprometem adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor ou vice-versa, ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. A exigência de exclusividade pode culminar no incremento das barreiras à entrada de novos competidores potencialmente mais eficientes. É preciso considerar que os acordos de exclusividade são um meio alternativo à integração vertical, devendo ser avaliados sobre os mesmos critérios de uma concentração.

Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço, estabelece unilateralmente entre as condições a que se disponha a negociá-los, em geral a um distribuidor, revendedor ou fornecedor eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição e revenda ou de fornecimento.

A clássica da venda casada: o ofertante de determinado bem ou serviço põe para sua venda, a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. A prática é por vezes associada a intenção de ampliar o poder detido em um mercado para outro, especialmente, e aí um dado interessante para o Dr. Pietro Ariboni, se presente poder de monopólio derivado da proteção de patente. Notem aí realmente forte a questão da patente e de uma proteção específica, relativa a uma marca associada a uma prática de venda casada, o quanto ela pode ser exponenciada em detrimento da concorrência.

Discriminação de Preços: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para um mesmo produto e serviços, discriminando entre compradores individualmente ou em grupo, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

Seus efeitos sobre o bem-estar são ambíguos: em alguns casos pode aumentar o excedente econômico e, em outros, ter efeito negativo.

Exigência de investimentos em custos irreversíveis, os sunk costs: esse tipo de exigência aumenta os sunk costs do negócio, sendo que parte da doutrina considera que isso representa o aumento das barreiras à entrada.

Integração vertical: esse tipo de prática pode gerar eficiências ou reduzir os custos de transação e aproveitar melhor as economias de escala. Contudo, pode também implicar em aumento dos níveis de barreira à entrada.

No longo prazo, é preciso considerar que pode incentivar a entrada de novos competidores por tornar o mercado verticalizado mais lucrativo.

Aqui tem um gráfico que a Professora Elizabeth Farina apresentou no ano passado e que eu, com licença dela e autorização dos créditos de royalties ao Dr. Farina, estou aqui rerepresentando porque o Professor Key, econo-

mista e Professor de Política Industrial da London Business School, fez uma síntese dos motivos e instrumentos que são freqüentemente verificados nas análises de práticas restritivas verticais, e vejam, sobretudo embaixo, eu não vou me estender neste gráfico, porque já foi objeto da explanação muito mais apropriada da Profa. Farina no ano passado, mas eu destaco aqui embaixo, que a integração vertical gera exatamente todas as possibilidades de violação, vamos dizer assim, à ordem concorrencial, através do controle de qualidade, controle de quantidade, controle de oportunidades, segmentação de mercado, aumento de barreira à entrada e aumento do exercício do poder de monopólio. Daí porque a relevância incontestada do tema.

As condutas restritivas, e é bom dizer para deixar bem claro, do meu ponto de vista, não constituem ilícitos per se.

Tema de grande relevância, o tema da concorrência precisa ter uma análise muito detalhada.

Na sua análise deverão ser avaliados os efeitos do mercado relevante ponderando-se, vis a vis, os efeitos competitivos e seus possíveis benefícios ao bem-estar social, porque, como lhes mostrei, existem eficiências trazidas por uma restrição.

Nas restrições verticais, portanto, as possíveis eficiências à elas associadas, consistem na redução dos custos de transação em monitoramento qualitativo do mercado downstream. Portanto, matéria de grande complexidade, "praia", como dizia o Ministro José Gregory, praia ou campo de grandes debates na área jurídica e econômica.

Quais são, portanto, alguns parâmetros, um pouco do que eu estou tentando trazer aos Senhores nestes breves momentos, quais são alguns parâmetros para avaliação das práticas verticais: a análise do padrão de concorrência do mercado relevante afetado, a análise das questões inter-marcas e intra-marcas.

Características das transações neste mercado: verificar os ativos específicos, as externalidades, a existência e a possibilidade da operação de free riding.

As complexidades da operação: verificar a possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado e verificar também as alternativas de relações contratuais possíveis àquela situação.

"O poder" do argumento de eficiência para restrições verticais em diferentes condições, e aqui também um pouco de pista para que aqueles que defendam ou ataquem as restrições verticais tenham um pouco de critério para o exercício das suas argumentações.

Primeiro: verificar aí a característica do produto ou da distribuição; e o gráfico aqui funciona da seguinte forma: verificada a complexidade do produto, os ganhos de eficiência serão mais prováveis ou menos prováveis. Se há complexidade do produto, existe uma grande complexidade técnica, os ganhos de eficiência serão mais prováveis. Se o produto for simples ou não-técnico, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Da mesma forma, o custo para o consumidor. Se o consumidor tiver um custo caro, os bens de eficiência serão mais prováveis se o consumidor tiver custos reduzidos deste produto, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Hábitos de consumo: se nos hábitos de consumo daquele bem ou serviço, as compras forem isoladas, os ganhos de eficiência poderão ser mais prováveis, e se as compras forem habituais, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Informações sobre o produto conhecidas pelos consumidores: informações limitadas, alto grau de assimetria de informação por parte dos consumidores neste mercado, os ganhos de eficiência serão mais prováveis. Se as informações foram detalhadas, amplamente conhecidas, ganhos de eficiência menos prováveis.

Diferenciação dos produtos: a diferenciação não é clara, as marcas são fracas e aí de novo uma observação ao meu amigo e colega Dr. Pietro.

Questões das marcas: marcas fracas, os ganhos de eficiência serão mais prováveis e marcas fortes os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Posição do produto no seu ciclo de vida: se o produto é novo, se é um produto que está sendo lançado, os ganhos de eficiência serão mais prováveis, se o produto for estável ou maduro, ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Barreiras à entrada na revenda: se houver baixas barreiras à entrada, os ganhos serão mais prováveis; se as barreiras à entrada forem altas, os ganhos de eficiência para essa operação serão menos prováveis.

Economias de escopo na revenda: se economias forem insignificantes, os ganhos serão mais prováveis; se as economias forem substanciais, os ganhos serão menos prováveis.

Aqui é uma tentativa de se fazer uma síntese de raciocínio para tentar se fazer um check list, critérios de avaliação não-determinantes na análise de integrações verticais.

Fixação de preço e, portanto, restrições verticais benéficas. Fixação de preço máximo de revenda: nos casos em que tanto o produtor, como o dis-

tribuidor, tem poder de mercado, o modelo dos monopólios sucessivos, a possibilidade de um produtor limitar o preço de revenda, irão aumentar sua própria lucratividade. Contudo, aumentará também o bem-estar dos consumidores.

Fixação de preço mínimo de revenda: não obstante à argumentação doutrinária de que podem existir eficiências derivadas da prática e evitar, por exemplo, o free hiding?

O estabelecimento de preços mínimos nos Estados Unidos é um lícito, per se, desde 1911.

No Brasil, o CADE já se posicionou pela ilegalidade da prática, desde que não se trate de mera sugestão.

Restrições Territoriais: o caso da Continental TV e GTE Sylvania. A GTE Sylvania era uma pequena, e aí pequena eu digo de 1 ou 2% de market share, produtora de televisores. No intuito de aumentar sua participação, a empresa implementou uma nova estratégia: vender seus produtos a um pequeno e seletivo grupo de revendedores.

Com isso, a empresa esperava diminuir a competição intra-marca e, então, atrair competidores mais competitivos e agressivos que poderiam ampliar seu market share.

Ao se ver impossibilitado de abrir uma nova loja em outra localidade, devido à restrição territorial, a Continental deu início a uma ação com base no Sherman Act.

Destaco aqui que a restrição intra-marca com revendedores, não prejudica a concorrência entre marcas. Desse modo, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, aí nos textos que os Senhores têm, que: (slide)

Esta aí uma análise muito interessante da Suprema Corte Americana sobre um caso de restrição vertical e a análise profunda das possibilidades do exercício disso, quando de fato existem a ponderação de eficiências aliadas a essa prática.

Concluindo, dentro dos meus cinco minutos aqui já avisados, eu gostaria de me manter no tempo porque várias vezes sentei na Presidência da mesa e sei o quanto isso é árduo. Eu vou passar aqui rapidamente agora para encerrar, se eu conseguir pilotar a pirotecnia, casos brasileiros, e aqui de restrição vertical.

Destaco em 1992, o caso Fenasegue AMB, onde a presença do prejuízo causado artificialmente à livre concorrência basta ao reconhecimento de ofensa à ordem econômica, não se exigindo tal desiderato à eliminação daquela. Por outro lado, o conceito é relativo, porque, se a eliminação de um con-

corrente se dá em razão da superioridade tecnológica, não há falar em prejuízo ao mercado, pois aquela apenas resultou da preferência soberana dos consumidores.

Portanto, nesse caso destaco que a adoção da tabela foi considerada prejudicial à concorrência e hoje esse tema tem sido reiterado no CADE. Recentemente, o Conselheiro Cleveland proferiu um voto muito interessante sobre esse tema das tabelas.

Caso do Sindicato e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e as Indústrias Kibon, 94:

Nesse caso, tendo sido comprovada a inexistência de qualquer forma de imposição de preços, mas apenas a sugestão, bem como considerando-se as condições pouco concentradas do mercado, a representação foi julgada improcedente.

E por último, o caso Souza Cruz- Philip Morris.

O processo administrativo foi instaurado para investigar a prática da empresa Souza Cruz de impor cláusulas de exclusividade nos contratos de comercialização de suas marcas de cigarro, o que impedia a venda dos cigarros da empresa Philip Morris nesses estabelecimentos.

Foram impostas obrigações de fazer, rescindir a cláusula que dispunha sobre a exclusividade de venda de produtos nos contratos de merchandising, ou em quaisquer outros acordos. Inserimos contratos de exclusividade de merchandising que contenham cláusula de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique que a exclusividade de merchandising não importa a exclusividade de venda de produtos, obrigações de não fazer e, por final, o compromisso foi assinado com duração de três anos.

Portanto, vejam: essas práticas e a análise das restrições verticais, elas são tema de grande flexibilidade, que envolve matéria de direito e de economia, e disto é a única certeza que tenho a lhes dar: que economistas e advogados não concordam nem entre si, nem entre suas categorias, de modo que a riqueza do debate nessa área é surpreendente e eu penso ter trazido apenas uma contribuição para, longe de decidir, abordar o tema tão complexo das integrações verticais.

Senhor Presidente, tendo obedecido ao tempo, agradeço.

Obrigado.

Slide 1



**Conselho Administrativo  
de Defesa Econômica**

**“Restrições Verticais”**

Conselheiro Fernando de Oliveira Marques



Slide 2



**Defesa da livre concorrência**

- Controle preventivo das estruturas concentradas
- II. Controle repressivo das condutas anticompetitivas
  - Restritivas de natureza *horizontal* (mesmo mercado)
  - Restritivas de natureza *vertical* (ao longo da cadeia produtiva).

Slide 3



## **Resolução CADE 20/1999**

### **Práticas Restritivas Verticais**

São restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo).

Slide 4



**As restrições verticais são anticompetitivas quando:**

- implicam a criação de mecanismo de exclusão dos rivais, ou
- aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado.

**São pressupostos para a configuração de risco de prejuízo à concorrência:**

- poder de mercado sobre o mercado relevante de origem;
- efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas

Slide 5



## Possíveis Efeitos das Práticas Restritivas Verticais

➤ Efeitos positivos – Eficiências:

- ✓ redução dos custos de transação;
- ✓ monitoramento da qualidade e quantidade de bens e serviços do mercado *downstream*.
- ✓ evitar a prática do *free-ride*

Slide 6



## Possíveis Efeitos das Práticas Restritivas Verticais

➤ Efeitos negativos - anticoncorrenciais:

- \* estender poder de monopólio;
- \* aumentar barreiras à entrada por meio da restrição ao acesso aos canais de distribuição e aumento dos custos de mudança e de buscas;
- \* incremento do poder de barganha com base na assimetria de informação.

Efeitos anticompetitivos são mais prováveis em mercados nos quais:

- a concorrência inter-marcas é fraca e
- existem barreiras à entrada

Slide 7



## São 8 as condutas mais comuns:

**1. Fixação de preços de revenda:**  
O produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. Este tipo de prática pode reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca, contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

**2. Restrições territoriais e de base de clientes:**  
O produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal como a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais podem reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca, contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

...

Slide 8



**3. Acordos de exclusividade:**  
Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou *vice-versa*), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. A exigência de exclusividade pode culminar no incremento das barreiras à entrada de novos competidores, potencialmente mais eficientes. É preciso considerar que os acordos de exclusividade são um meio alternativo a integração vertical, devendo ser avaliados sob os mesmos critérios de uma concentração.

**4. Recusa de negociação:**  
O fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Slide 9



**5. Venda casada:**  
O ofertante de determinado bem ou serviço impõe para sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. A prática é, por vezes, associada à intenção de ampliar o poder detido em um mercado para outro, especialmente se presente poder de monopólio derivado da proteção de patente.

**6. Discriminação de preços:**  
O produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros. Seus efeitos sobre o bem-estar são ambíguos: em alguns casos pode aumentar o excedente econômico e, em outros ter efeitos negativos.

Slide 10



**7. Exigências de investimento em custos irreversíveis:**  
Este tipo de exigência aumenta os *sunk costs* do negócio, sendo que parte da doutrina considera que isto representa o aumento das barreiras à entrada.

**8. Integração vertical:**  
Este tipo de prática pode gerar eficiências ao reduzir os custos de transação e aproveitar melhor as economias de escala. Contudo, pode também implicar em aumento dos níveis de barreiras à entrada. No longo prazo, é preciso considerar que pode incentivar a entrada de novos competidores por tornar o mercado verticalizado mais lucrativo.

Slide 11



### Motivos X Instrumentos

(J.A.Kay, 1997:292)

	Controlar			Segmentação	Barreira à Entrada	Poder de Monopólio
	Quantidade	Qualidade	Oportunidade			
Cláusulas Específicas	✓	✓	✓	✓		
Fixação Preço Revenda	✓	✓		✓		✓
Exclusividade			✓		✓	
Restrição Territorial	✓	✓	✓		✓	
Venda Casada			✓		✓	✓
Recusa Fornecimento	✓	✓		✓		✓
Integração Vertical	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Slide 12



### As condutas restritivas não são atos ilícitos *per se*.

Na sua análise deverão ser avaliados os efeitos no mercado relevante, ponderando-se vis-à-vis seus efeitos anticompetitivos, e seus possíveis benefícios ao bem-estar social (eficiência).

Nas restrições verticais as possíveis eficiências a elas associadas consistem na redução dos custos de transação e monitoramento qualitativo do mercado *downstream*.

Slide 13



### Parâmetros para avaliação das práticas verticais

- Padrão de concorrência no mercado relevante afetado;
  - inter-marcas;
  - intra-marcas;
- Características das transações nesse mercado:
  - ativos específicos;
  - externalidades (*free ride*);
  - complexidade;
- Possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado;
- Alternativas de relação contratual.

Slide 14



### O “poder” do argumento de eficiência para restrições verticais em diferentes condições

Característica do Produto/Distribuição	Ganhos de Eficiência	
	Mais Prováveis	Menos Prováveis
Complexidade do produto	Grande complexidade ou técnica	Simple ou não técnico
Custo para o consumidor	Caro	Não caro
Hábitos de consumo	Compras isoladas	Compras habituais
Informações sobre o produto conhecidas pelos consumidores	Informações limitadas	Informações detalhadas amplamente conhecidas
Diferenciação dos produtos	Não clara. Marcas fracas	Clara. Marcas fortes
Posição do produto em seu ciclo de vida	Novo	Estável ou maduro
Barreiras à entrada na revenda	Baixas	Altas
Economias de escopo na revenda	Insignificantes	Substanciais

Slide 15



### Restrições Verticais Benéficas - Exemplos

**Fixação de Preço Máximo de Revenda:**

Nos casos em que tanto o produtor como o distribuidor têm poder de mercado (modelo dos monopólios sucessivos), a possibilidade de o produtor limitar o preço de revenda irá aumentar sua própria lucratividade, contudo, aumentará também o bem-estar dos consumidores.

**Fixação de Preço Mínimo de Revenda:**

Não obstante a argumentação doutrinária de que podem existir eficiências derivadas da prática (evitar o *free riding*), o estabelecimento de preços mínimo, nos Estados Unidos, é um ilícito *per se* desde 1911. No Brasil, o CADE já se posicionou pela ilegalidade da prática, desde que que não se trate de mera sugestão.

Slide 16



### Restrições Verticais Benéficas - Exemplos

**Restrições Territoriais:**

*Continental T.V.Inc X GTE Sylvania Inc.*

GTE Sylvania era uma pequena (1 ou 2% de *market share*) produtora de televisores. No intuito de aumentar sua participação a empresa implementou uma nova estratégia: vender seus produtos a um pequeno e seletivo grupo de revendedores. Com isso, a empresa esperava diminuir a competição intra-marca e, então, atrair revendedores mais competitivos e agressivos que poderiam ampliar seu *market-share*.

Ao se ver impossibilitado de abrir uma nova loja em outra localidade, devido à restrição territorial, a Continental deu início à uma ação com base no Sherman Act.

Slide 17



A Suprema Corte decidiu em favor da Sylvania.

“Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products... For example, new manufacturers and manufacturers entering new markets can use the restriction in order to induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and labor that is often required in the distribution of products unknown to the consumer. Established manufacturers can use them to induce retailers to engage in promotional activities or to provide service and repair facilities necessary to the efficient marketing of their products... Certainly there has been no showing... that vertical restrictions have or are likely to have a ‘pernicious effect on competition’ or that they ‘lack...any redeeming virtue.’”

Slide 18



**CASOS**

*Representante:* **Federação Nacional de Empresas de Seguro Privado e Capitalização - FENASEG**

*Representada:* **Associação Médica Brasileira - AMB**  
 Processo Administrativo nº61/92

**“Ementa: Eliminação da concorrência - Conceituação - Natureza Relativa - Inteligência do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal.**

**A presença do ‘prejuízo’, causado artificialmente, à livre concorrência basta ao reconhecimento de ofensa à ordem econômica, não se exigindo a tal desiderato a ‘eliminação’ daquela. Por outro lado, o conceito é relativo, porque se a eliminação de um concorrente se dá em razão da superioridade tecnológica, não há falar em prejuízo ao mercado, pois aquela apenas resultou da preferência soberana do consumidor”**

Slide 19



### CASOS

Continuação **FENASEG vs. AMB**

Neste caso, houve entendimento no sentido de que a adoção de tabelas de honorários médicos (THM) é prejudicial à livre concorrência pois:

- impede a competição efetiva, entre os prestadores de serviços médicos, como consequência da inexistência das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda;
- restringe a livre escolha dos consumidores pelo serviço que melhor se adequa às suas necessidades;
- dificulta a concorrência entre as próprias entidades seguradoras, que não têm possibilidade de oferecer planos diversificados por ficarem vinculadas aos mesmos honorários.

Slide 20



### CASOS

*Representante:* **Sindicato e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo**

*Representada:* **Indústrias Alimentícias Gerais S.A. (Kibon)**  
Processo Administrativo nº148/94

“Ementa: Prática de ‘preço sugerido ao consumidor’ – Inexistência de ilegalidade per se – Natureza da estrutura do mercado de sorvetes – Diferença entre tabela impositiva e sugestiva – ‘Suggested Retail Price’ e ‘Retail Maintaince Price’ – Recentíssima evolução da corte suprema americana – Ausência, no caso, de pressupostos de conduta infrativa – Pelo conhecimento e improcedência da representação e conseqüente arquivamento.”

Neste caso, tendo sido comprovada a inexistência de qualquer forma de imposição de preços, mas apenas a sugestão, bem como considerando-se as condições pouco concentradas do mercado, a representação foi julgada improcedente

Slide 21



**CASOS**

**Souza Cruz S/A X Phillip Morris Brasil S/A**

Processo Administrativo nº 08012003303/98-25

**Mercado relevante:** Mercado de cigarros

**Imposição de compromisso de Cessação:** 13.set.2000

**Conselheiro Relator:** Mércio Felsky

**Práticas Investigadas da Lei 8.884/94:** art. 20, I a IV c/c  
art. 21, V, VI e XI

O Processo Administrativo foi instaurado para investigar a prática da empresa Souza Cruz de impor cláusula de exclusividade nos contratos de comercialização de suas marcas de cigarros, o que impedia a venda dos cigarros da empresa Phillip Morris nesses estabelecimentos.

Slide 22



**Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A**

**Obrigação de fazer imposta:**

- Rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de merchandising ou em quaisquer outros acordos (salvo nos contratos de exclusividade de venda ou as clausulas de exclusividade acessórias aos contratos de merchandising) .
- Tornar sem efeito, no prazo de 60 dias após a assinatura do compromisso, as cláusulas de exclusividade celebrado com o Makro Atacadista;
- Inserir, nos contratos de exclusividade de merchandising que contenham cláusulas de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique que a exclusividade de merchandising não importa a exclusividade de venda de produtos;

Slide 23



### Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

**Obrigações de fazer impostas:**

- Incluir nos futuros contratos de exclusividade de merchandising idêntica disposição contratual acima descrita;
- Enviar, em 15 dias da assinatura do termo, cartas com AR a todas as pessoas físicas ou jurídicas com as quais tenha contrato de exclusividade de merchandising, divulgando o presente termo de compromisso;
- Enviar ao CADE cópia autêntica do termo de revogação da cláusula de exclusividade de venda (com o Makro) e dos demais aditamentos referidos;

Slide 24



### Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

**Obrigações de não fazer:**

- Abster-se de exigir ou celebrar, qualquer tipo de contrato ou acordo que contenha disposição ou cominação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos;
- Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos comercializem ou venham a comercializar, ou exponham ao consumidor, marcas concorrentes de cigarro;
- Não praticar qualquer ação que resulte em boicote de produtos aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarro produzidas por seus concorrentes;

Slide 25



## Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

**Apresentação de relatórios:**  
a cada seis meses

**Conteúdo dos Relatórios:**  
Prestar informações ao CADE, enviando documentos e, principalmente, cópias dos contratos de merchandising com cláusula acessória de exclusividade de venda que tenham sido celebrados no respectivo período.

**Multa imposta no descumprimento da obrigações:**  
multa diária de R\$ 10.000,00

**Multa em caso de atraso de relatório:**  
multa diária de R\$ 5.000,00

**Duração do Compromisso:**  
três anos (3) da assinatura do termo

Slide 26



Conselho Administrativo  
de Defesa Econômica

## OBRIGADO

Conselheiro Fernando de Oliveira Marques



## PAULA FORGIONI

Então, conforme o programado, agora a fala da Professora Paula Forgioni.

Bom dia a todos. Antes de mais nada gostaria de agradecer o convite do Ibrac, cumprimentar pela organização do evento na pessoa do Ubiratan, e realmente para quem viu tudo isso começar numa salinha do Guarujá, é edificante a gente perceber o que aconteceu em termos de evolução do Direito da Concorrência, do estudo de direito da concorrência nos últimos anos no Brasil.

Eu vou aproveitar esses minutos que eu tenho aqui, para lançar idéias, retomando à tradição desses seminários do Ibrac, que a gente vem mais trocar idéias com os colegas do que propriamente expor alguma coisa nova.

O tema que foi proposto em relação às restrições verticais e aos abusos de direito de propriedade industrial, pode nos convidar a uma reflexão maior se nós considerarmos o que está acontecendo no mundo hoje. Eu costumo brincar que algo está acontecendo, em termos de relação de direito de propriedade industrial e restrições verticais. E neste ponto, a minha exposição ficou muito facilitada pela exposição das pessoas que me antecederam, mas todas as vezes, vamos começar, obviamente, já que eu sou da área do direito, tentar situar a questão na parte da teoria geral.

Todos nós sabemos, todos nós que lidamos com direito sabemos, que a questão da definição do abuso ou da verificação concreta de um abuso é extremamente tortuosa. Não se pode definir com certeza o que é um abuso, o que seja posição dominante, seja um abuso de direito. Não se consegue definir o que é o abuso.

Os americanos perceberam isso claramente desde os primeiros anos de vigência do Sherman Act, tanto que a regra da razão foi construída pela impossibilidade, pela necessidade, de se dar uma maior amplitude, uma maior maleabilidade ao texto normativo.

Mas ao contrário do que se poderia pensar e ao contrário do que é dito várias vezes, com essa indefinição dos termos, essa amplitude de interpretação de hoje em dia, não falamos mais em conceitos discricionários, mas a possibilidade de amplitude de interpretação do texto não deve ser considerada, não é considerada pela teoria geral como uma anomalia do sistema jurídico.

Ter essas noções integrando os textos normativos, viabiliza a adaptação dos fatos à norma.

Então não é uma anomalia.

A questão de a noção de abuso ser "indefinida", ampla, fluída, faz parte do sistema e não há nenhum problema com isso. Nós temos que trabalhar com isso. É uma característica do sistema, não é uma anomalia do sistema.

Eu costumo dizer de forma jocosa para meus alunos, que talvez o antitruste tenha toda essa dificuldade no trato porque não há área do direito, pelo menos na minha opinião, que concentre um maior número de conceitos amplos, conceitos fluidos. Isso é necessário, e todos nós já sabemos que isso é necessário.

De qualquer maneira, em relação ao abuso do direito de propriedade industrial, como diz Dr. Pietro Ariboni, o que nós temos? Nós temos ilhas de proteção. Sempre pensando em termos de sistema jurídico como um todo, nós estamos querendo, ou não, ilhas de proteção que são dadas aos agentes econômicos para proteção de uma vantagem competitiva que ele licitamente adquiriu, seja na marca, seja um sinal distintivo, seja um nome comercial, seja uma patente?

Com a idéia do sistema eu vou proteger a vantagem competitiva que foi licitamente adquirida pelo agente econômico; eu vou possibilitar a exploração de uma ferramenta concorrencial, porque com isso eu vou incentivar o desenvolvimento da própria ferramenta e a busca da vantagem competitiva.

Ao contrário do que se poderia pensar, o direito clássico, clássico, o mais clássico possível, o direito comercial mais clássico possível, fomenta a busca da vantagem competitiva, a proteção dessa vantagem competitiva como a proteção do sistema como um todo. O mercado funciona assim.

Na aquisição e proteção dessa vantagem competitiva, free rider, podemos fazer saltos, da parte mais tradicional do direito para a parte mais de ponta do antitruste. A questão do free rider nada mais é do que impedir que uma vantagem competitiva, licitamente conquistada, seja indevidamente utilizada por outro agente econômico, isso desestimula o sistema se entrar no mérito do free rider.

Então, para poder dar essa proteção, como bem disse o Professor Ariboni que me antecedeu, eu tenho, em termos do sistema jurídico, uma ilha de proteção para utilizar a expressão que não é minha, é do Professor (...). Existe uma ilha de proteção. Ótimo. Uma ilha de proteção que concede exploração exclusiva daquela vantagem competitiva, ou obviamente todos nós sabemos que isso não significa a ausência de concorrência, óbvio, é uma ferramenta para a concorrência. Em alguns casos pode-se dar o monopólio? Lógico que

se pode dar o monopólio, mas, na maioria dos casos, continua havendo concorrência ainda com aquela ilha de proteção.

Por outro lado, eu tenho todo o sistema de proteção concorrencial, ou seja, uma ilha de proteção que se coloca, uma ilha específica, uma ilha de proteção, dando esses privilégios para os agentes econômicos que se colocuem em um contexto de proteção da concorrência. O que nós percebemos se olharmos o sistema por cima, é que essas fronteiras, os limites dessa ilha, podem ser, e geralmente são, extremamente belicosos. Se nós analisarmos a evolução, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, nós perceberemos esta tensão que existe e que sempre existiu. O que está me parecendo, e esse tema proposto é muito instigante, é que, como disse no início, há algo acontecendo no mundo.

O que está acontecendo com essas fronteiras hoje?

Por isso eu proponho, para se chegar à alguma conclusão, sair um pouco da questão que já foi abordada pelo Professor Ariboni de propriedade intelectual em si, e vamos tentar, se os Senhores me permitem, o termo "cavoucar" algumas coisas, cavar, tentar ver em alguns casos clássicos ou no que está acontecendo na Europa agora. Eu vou usar o exemplo da Regulamentação de distribuição de automóveis, da isenção em bloco, que acabou de entrar em vigor.

O que está acontecendo?

Bom, caso Kodak.

Eu tenho muita honra de falar para uma platéia de especialistas, mas todos nós estudamos o caso Kodak, julgado nos Estados Unidos pela Suprema Corte em 1992, como um típico caso de venda casada. Todos nós nos debruçamos para analisar se a delimitação do mercado relevante, como foi feita, não foi extremamente segmentada, etc., mas, o que acontece no caso Kodak só para, vamos, rememorar rapidamente aqui, não haveria nem necessidade.

Kodak fabrica copiadoras. Ela tem aproximadamente 20% desse mercado principal em que ela atua, ou seja, ela não tem, de longe, posição dominante nesse mercado de cima, nesse primeiro mercado.

A Kodak atua também em um outro segmento. Não sabemos, enfim. Muito se discute se há realmente essa segmentação ou não, mas a Suprema Corte assim decidiu, a Suprema Corte americana não a nossa, que existe um mercado de prestação de serviços de manutenção para as máquinas Kodak. E nesse mercado atua a própria Kodak e atuam outras empresas independentes que são as chamadas **isos**.

O que faz a Kodak? Eu não vou entrar no mérito do caso, mas o que faz a Kodak?

A Kodak corta o fornecimento de peças originais para esses prestadores de serviços independentes.

A Kodak fabricava cerca de 20% das próprias peças e as outras eram encomendadas a terceiros, cobertas por direitos de propriedade industrial. Aproximadamente 75% das peças, esse dado não consta do caso, mas é importante, pelo que se sabe, aproximadamente 75% das peças que eram encomendadas para terceiros, estavam cobertas pelo direito de propriedade industrial.

Então o que eu proponho: vamos olhar o caso Kodak, não do ponto de vista que todos nós olhamos sempre, mas o que aconteceu ali? O que dizem muitos expoentes da escola de Chicago?

Foi um erro dos advogados.

Não foi explorada a questão sob o ponto de vista do Direito da Propriedade Industrial. Isso realmente não aparece no texto da Suprema Corte. Não foi explorado sob esse aspecto.

Será que foi um erro? Por que, qual foi a consequência do caso Kodak?

A Kodak foi condenada: venda casada, não venda casada, legalidade, per se, típica muito peculiar das vendas casadas. O fato é que a Kodak foi condenada porque impediu acesso a essas peças de reposição por parte das isos.

Mas ela não tinha o direito de propriedade industrial sobre essas peças? Será que ela poderia ter sido condenada?

E essa é uma pergunta que fica no ar. Eu pessoalmente não acredito em um erro dessa proporção por parte de advogados dos mais especializados nos Estados Unidos.

Será que não foi realmente uma decisão tomada?

Há muitos pontos obscuros naquele caso. Às vezes podiam prestar serviços para outras, para a Xerox, por exemplo. Não se sabe lendo o caso. E a questão da propriedade industrial não é abordada, mas a decisão Kodak tem um impacto sobre o direito da propriedade industrial que a gente não pode ignorar.

Qual é a impressão que temos?

Que os direitos de propriedade, a esses limites a que estava me referindo antes, o direito concorrencial pressiona os direitos de propriedade industrial hoje em dia, ainda que, enfim, como disse no último trabalho que escrevi: ninguém, cada um tira do caso Kodak a conclusão que quer, como em Max Weber, me ensina o Professor Guerreiro, cada um lê Max Weber do jeito que

quer, cada um lê o caso Kodak do jeito que quer também, e tira as suas conclusões.

Então esse é o primeiro ponto que eu gostaria de simplesmente chamar a atenção, seguindo, como disse, a tradição do Ibrac, mais colocar questões do que trazer colocações prontas.

Enfim, pulando, vamos pular.

Europa: acaba de entrar em vigor o regulamento de distribuição de veículos automotores. Regulamento 1400 de 2002 pelo que sei, em vigor desde os primeiros dias agora do mês de outubro.

A impressão que tenho, e posso estar errada, é que tanto a inserção em bloco quanto a brochura de esclarecimento, procuram evitar a discussão sobre os direitos da propriedade industrial na questão das peças, principalmente das peças dos veículos automotres.

O que sabemos? O que se diz por não podermos saber?

É que grande lucro das montadoras vem das peças.

Segundo os dados da Comissão Européia, 20% dessas peças são fabricadas pela própria montadora, e os restantes, 80%, são fabricados, como acontecia no caso Kodak, por terceiros sob encomenda.

O que fazia a montadora?

Encomendava a terceiros, pegava, colocava na sua fábrica, trocava de caixa, e vendia com um lucro bastante elevado. Ela tem um direito de propriedade industrial sobre essas peças. Mas é um assunto que não é abordado novamente pela isenção e a gente não sabe o que vai acontecer, mas é um fenômeno que devemos, no mínimo, observar, para ver o que acontecerá nos próximos tempos.

Agora, o que acontece?

Esses terceiros, livremente, independentemente de autorização ou não da montadora, poderão vender essas peças originais, com a marca da montadora, para as oficinas independentes.

E aí eu já vou para uma outra questão; não apenas para a rede oficial de concessionárias, mas para as oficinas independentes.

E o direito de propriedade industrial?

Bom, o que se diz aqui, o que diz a brochura de esclarecimento sobre as peças originais, porque o problema é pior ainda, o problema é pior, é mais instigante. Mas sobre as peças originais, não é necessário ter tradução livre minha, mas a brochura que ainda não foi traduzida para o português, ou pelo menos ainda não está disponível, mas é o texto original da brochura de esclarecimento.

*Não é necessário, nos termos da Resolução 1400, que a montadora dê permissão expressa para os fabricantes das peças, que utilize das especificações **standards** para produção e distribuição de peças originais. O fato de que esses standards estão disponíveis para o fabricante das peças e autorizam sua utilização na produção de peças originais, que não serão vendidas para a montadora, mas sim, diretamente a distribuidores de peças ou prestadores de serviços, ou seja, venda direta de um produto marcado pelo fabricante e não pelo proprietário da marca.*

Um outro ponto que chama a atenção, sempre esmiuçando esse Regulamento, tentando olhá-lo do ponto de vista dessa fronteira que a gente estabeleceu no início aqui, são criadas as chamadas peças de qualidade equivalente.

O que quer dizer isso?

"São peças sobressalentes, exclusivamente fabricadas por qualquer empresa que possa comprovar, a qualquer momento, que as peças em questão correspondem à qualidade dos componentes que são ou foram utilizados para montagem dos veículos a motor em causa".

Diz a brochura de esclarecimento, comentando esse texto que eu li, a definição da própria isenção em bloco, mas a brochura de esclarecimento diz que essas peças poderão, por exemplo, ser de outra cor ou material.

Outra cor... e aí não serão consideradas peças originais, mas pelas de qualidade equivalente, livremente comercializadas por agentes econômicos.

E quanto às garantias, a "garantia gratuita"?

Não se pode subordinar, ou, a montadora não pode subordinar a garantia gratuita ao uso de peças originais sob pena de sair da isenção, ou seja, a montadora deverá reconhecer os produtos de qualidade equivalente, que não foram produzidos conforme as suas especificações.

E os Senhores poderiam me perguntar de acordo com o texto:

E quem certifica a qualidade do produto equivalente?

O próprio fabricante do produto equivalente.

Essa certificação pode ser contestada por qualquer um, principalmente pela montadora, ou seja, uma verdadeira revolução.

Não bastasse, as montadoras deverão fornecer para essas, que eu chamei oficinas independentes, ferramentas, treinamentos, softwares, etc, sem qualquer tipo de discriminação em relação à rede oficial.

E os direitos de propriedade industrial? Como ficarão?

A brochura não esclarece.

Há apenas a questão 104 da brochura, já que o tema proposto era esse eu fui procurar, que diz, enfim, é uma questão que não temos tempo de analisar, mas a resposta é: embora o regulamento não discipline a questão da transferência de tecnologia, os direitos de propriedade industrial, o *know how*, não podem ser utilizados pela montadora ou importadora dos veículos para restringir o direito do fabricante de peças de vender para revendedores autorizados ou independentes.

Se a montadora pretender utilizar os direitos de propriedade industrial, o *know how*, dessa forma, não terá a isenção do Regulamento 1400, e todos nós sabemos a dificuldade de se obter uma isenção individual numa *hardcore restrictions*, praticamente impossível; ou seja, o que está acontecendo?

Bom, em termos de proteção de direito de propriedade industrial, o que vimos talvez seja um fenômeno de restringir cada vez mais das fronteiras.

O mais interessante é que os europeus, como sabemos todos, colocam as suas políticas de forma muito mais clara que os norte-americanos. Os europeus justificam tudo isso.

Pela proteção de vários interesses, por exemplo, viabilizar aos proprietários de automóveis um maior leque de escolhas. Isso eu tiro de um recente discurso do Dr. Monti: *Viabilizar aos proprietários de automóveis um maior leque de escolhas, com preços competitivos.*

Primeiro interesse protegido se podemos falar assim: proprietários de automóveis. Segundo, as montadoras protegerão sua imagem. Eu entrei na questão da exclusividade, mas a exclusividade também cai, e a rede de distribuição deverá ser composta na sua maioria por distribuidores multi-marca. O máximo que a montadora vai poder fazer é obrigar um cantinho específico para determinada, para sua marca, mas serão salões; eles até fazem a comparação com salões de automóveis.

Bom, as montadoras poderão proteger a sua imagem e eu não sei se as montadoras estão tão felizes com isso.

Distribuidores: a proteção dos distribuidores utilizando ou viabilizando o seu crescimento e tornando-os mais competitivos. Distribuidores, ou seja, uma isenção, em bloco, europeia que compõem de forma absolutamente clara que a isenção em bloco é feita também para proteção dos distribuidores.

Proteção dos fabricantes de peças: fazendo-os depender menos de um único cliente. Lógico, agora os fabricantes de peças vão poder fazer venda direta tanto para a rede autorizada quanto para as oficinas independentes, e acima de tudo, como sempre, obter um mercado único que funcione transparente e competitivo, que trará benefícios para todos.

Eu já estou vendo o Professor Arthur escrever o meu bilhete, eu já estou terminando. Economistas são muito bons na condução dos trabalhos porque não passam um minuto; Arthur é uma maravilha nisso. Enfim, nunca vi um seminário... economista tem que ser chamado mesmo, eu falo isso sempre... enfim, o que terá, o que estará acontecendo?

Parece-me que se nós fizermos nesse vôo que eu pretendi fazer talvez não tanto ousado. Os direitos de propriedade industrial continuam sendo uma vantagem competitiva, continuam sendo protegidos como uma ferramenta concorrencial num mercado principal de atuação dos agentes econômicos.

Porém, em relação a mercados que gravitam, Professor Arthur, em torno, mercados menores, de menor importância, que gravitam em torno desse mercado principal, talvez os direitos de propriedade industrial não poderão mais, ou será entendido como abuso do direito de propriedade industrial a tentativa de sua utilização para explorar esses mercados que gravitam em torno do mercado principal.

No caso prestação de serviços de manutenção para máquinas Kodak ou fabricantes terceirizados de peças Fiat, Volkswagen, etc, ou concessionários de tal marca, ou prestadores de serviços independentes, sempre procurando aumentar o grau de concorrência nesses setores, talvez esse seja o sentido da evolução; talvez não, ainda não podemos saber, mas não deixa de ser instigante fazer esse exercício de comparação dentro de uma visão de teoria geral do direito e, principalmente do que está acontecendo no mundo em termos de antitruste.

Muito obrigada.

## **ARTHUR BARRIONUEVO**

Bem, a palestra que vai encerrar esse primeiro Painel, antes de passarmos às questões do Professor Mario Possas. Então eu já passo à palavra à ele.

## **MARIO POSSAS**

Bom dia a todos, mais uma vez é um prazer estar aqui. Agradeço ao Ibrac ao convite de participar de mais esse seminário.

O tema que eu vou tratar é um pouco mais específico, é o de restrições verticais em setores de infra-estrutura regulados.

O tema das restrições verticais tem se expandido já há alguns anos para atividades que são sujeitas à regulação. A maioria dos setores de infraestrutura tem uma peculiaridade que é a presença de gargalos ou *bottlenecks* que ensejam oportunidades de exercício de poder de mercado vertical. A regulação, na medida em que interfere diretamente na atuação, na delimitação estrutural e nos preços desses mercados, tem que necessariamente estar atenta às aplicações concorrenciais da presença desses *bottlenecks*. Então a estrutura dessa brevíssima apresentação começa pela definição desses gargalos que freqüentemente são responsáveis principais pela presença de efeitos anticompetitivos. Segundo lugar, em seguida passo à uma apresentação sucinta de alternativas de modelos estruturais para lidar com a presença *bottlenecks* e seus efeitos anticompetitivos.

Primeiro lugar: a possibilidade de integração vertical em que o Regulador procura regular o acesso aos *bottlenecks*; em segundo lugar: o modelo alternativo mais importante. Há outros mais importantes, que são os de separação estrutural entre os segmentos *bottlenecks*, que é em geral monopolista ou quase, e o segmento competitivo ou potencialmente competitivo.

Regulação e concorrência como se sabem, andam em conjunto, são interdependentes. Os setores regulados não são isentos nos principais países onde ocorre a regulação de ação antitruste da aplicação da lei de defesa da concorrência.

Os gargalos, em geral, constituem segmentos, ou melhor, instalações de suporte para instalação de serviços de infra-estrutura. Alguns constituem monopólios naturais, outros, nem tanto. Não é necessariamente um monopólio natural, mas envolve freqüentemente um monopólio na prática, um quase-monopólio efetivo e constituem no jargão antitruste *essential facilities*, ou seja, instalações essenciais que permitem o exercício de poder de mercado pelo monopólio do acesso à instalação.

O monopólio do acesso à instalação não é necessariamente um monopólio ou exercício à prestação dos serviços; ele é um monopólio por tabela, por inferência à prestação dos serviços na medida em que esse gargalo seja difícil, *by pass*, ou muito custoso. O contorno dele, a duplicação, mediante investimentos, desses gargalos, são proibitivos. Isso evidentemente gera problemas não só do ponto de vista privado, quer dizer, esse investimento adicional não é só um custo privado, mas é um custo público também. Freqüentemente, a duplicação de infra-estruturas é um custo desnecessário. Então, deve ser sujeito à regulação por esse motivo.

Por outro lado, além da presença de *bottlenecks*, os setores de infraestrutura também apresentam segmentos nos quais a abertura da concorrência é possível e, portanto, desejável. Esse, portanto, não é óbvio, embora seja

tomado como tal freqüentemente. Então convém pelo menos fazer um comentário a respeito: A regulação é necessária devido à presença desses gargalos e o incentivo que isso proporciona, o exercício de práticas verticais restritivas.

Por outro lado, a concorrência é desejada sempre que possível, porque ela incentiva a eficiência e a inovação, reduz preços, aumenta a qualidade, oferece alternativas ao usuário e, em segundo lugar, mas não menos importante, destaco esse ponto, ela aumenta a eficiência da própria regulação.

Como mencionei antes, há alguns padrões típicos de convivência de segmentos desse tipo de gargalos com outros potencialmente competitivos no contexto da regulação na maioria dos países.

Há um quadro de um trabalho recente da OCDE que dá uma idéia para alguns setores; eles fazem um trabalho bastante extenso em numerosos setores, eu selecionei quatro, pelos quais talvez haja um pouco mais de interesse no Brasil: telecomunicações, energia elétrica, gás e transporte ferroviário.

Quais são os segmentos tipos que geram gargalos, tipo instalações essenciais e quais as atividades potencialmente competitivas?

Muito resumidamente, no caso de telecomunicações, onde esses problemas já começam a surgir no Brasil, como é de conhecimento de todos vocês, nós temos como atividades típicas de segmentos *bottlenecks*: telefonia local com rede capilarizada ou telefonia local em áreas rurais, o que vem sendo objeto de restrição em todo o mundo, e no Brasil em particular a telefonia local mais grave, do ponto de vista do impacto concorrencial e a telefonia local com rede capilarizada. E atividades potencialmente competitivas são aqueles serviços que são prestados utilizando acesso à rede local como insumo, ou seja, serviços de longa distância, serviços móveis, serviços de valor agregado, em geral.

No caso de energia elétrica, temos na atividade *bottleneck* tipicamente transmissão de energia elétrica, outras, distribuição local.

Nas atividades potencialmente competitivas podemos listar geração de energia, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Casos de gás, também há transmissão em *bottleneck*, em geral são instalações de alto custo de duplicação e são atividades potencialmente competitivas: a produção, a distribuição, a armazenagem e a comercialização.

E finalmente, o transporte ferroviário, a infra-estrutura de trilhos de sinalização é uma atividade típica de gargalo e as competitivas potenciais são operação e as instalações de manutenção.

O que se coloca então para política de regulação de cada um desses setores de infra-estrutura de modo geral, é procurar combinar de forma eficiente os benefícios da concorrência e a necessidade de regulação daqueles segmentos *bottleneck*.

São duas, como mencionei antes, as soluções mais típicas; há outras como já disse, mas para focar um pouco no nosso pouco tempo disponível, são duas as soluções: integração vertical e separação estrutural entre os segmentos.

Começando pela integração vertical.

Em geral você tem um *bottleneck* upstream, ou seja, a montante da cadeia produtiva de serviços e um outro setor potencialmente competitivo. Em geral, não necessariamente *downstream*, seja a jusante da cadeia de produção dos serviços.

A integração vertical consiste por definição no prestador de serviço monopolista detentor do *bottleneck* prestado, também o serviço que é usuário dessa instalação essencial.

Como qualquer opção estrutural, em tese é possível identificar custos e benefícios dessa opção. Os benefícios dessa integração vertical, ou seja, o detentor do *bottleneck* é autorizado também a atuar no serviço downstream, no serviço que é usuário do acesso à instalação essencial.

Benefícios, aproveitamento de economias de escopo, o que significa que diferentes serviços podem compartilhar determinados ativos e o compartilhamento desses ativos implica custos unitários mais baixos.

Economias de custo de transação relativas à contratos, o que se tornam mais fáceis a redução de dosimetrias de informação ao longo dessa cadeia, já que se trata de uma mesma empresa que detém as informações necessárias para, não só para as transações que se tornam intra-empresa naquelas verticais, como outras transações com fornecedores e com usuário final.

E em terceiro lugar, a contenção de poder de mercado no segmento competitivo, devido àquele fenômeno conhecido como a dupla marginalização ou o duplo *markup*, enfim o fato que desaparece um incentivo ao exercício adicional de poder de mercado no mercado downstream, pelo fato de que se trata do mesmo operador.

Muito brevemente vejamos cada um deles.

Caso das economias de escopo, como mencionei, compartilhamento de ativos, equipamentos, instalações, aí não são só ativos físicos ou técnicos, são ativos intangíveis também, marcas, por exemplo.

A diluição de custos físicos, que não sejam específicos, associados à determinados ativos, como o caso de depreciação em custos financeiros, e a utilização mais eficiente de mão-de-obra especializada. São economias muito semelhantes, economias de escala, a única diferença é que no caso se trata de uma escala que abrange diferentes serviços, por isso são economias de escopo, assim denominadas, mas de fato tem a ver com tamanho da empresa e a diluição de ativos indivisíveis ou divisíveis apenas de uma forma, com magnitudes muito altas, entre utilizações alternativas.

Economias de custo de transação, como mencionei, também reduzem as dosimetrias de informações estratégicas, permitindo contratos mais eficientes e possibilita maiores investimentos, por isso mesmo em ativos específicos, inclusive inovações.

Isso tudo é um pouco teórico, depende caso a caso, mas teoricamente pode incentivar maiores inovações e minimizar incerteza associada a conflitos negociais e contratuais.

Redução de poder de mercado no segmento competitivo, terceiro fator mencionado, terceiro aspecto de benefício mencionado, também é muito teórico .

Já mencionei, é o fato que supostamente o detentor da instalação essencial quando se integra verticalmente para jusante da cadeia produtiva dos serviços, ele deixa de ter incentivo em exercer o poder de mercado adicional, nesse segundo segmento, àquele que ele já exerce enquanto monopolista, no primeiro segmento.

Teoricamente, também esse tipo de atuação, dupla marginalização, poderia ser contornado mediante restrições regulatórias, tarifas duplas, etc., mas é muito difícil de eliminar o exercício do poder de mercado quando ele existe. Como se sabe, todo mundo que trabalha nessa área sabe disso. O regulador tem muita dificuldade de reduzir ou eliminar poder de mercado quando ele existe de modo que, em geral, a mensagem principal de se tentar sempre que possível viabilizar concorrência efetiva e não apenas confiar na regulação para como substituto adequado da concorrência.

Agora os custos.

Quais são os principais custos da integração vertical?

E aqui nós chegamos num ponto central da discussão, o principal custo é o incentivo às práticas anticompetitivas verticais, que é o nosso foco do painel e da análise.

Em segundo lugar, mas não menos importante, a presença desses incentivos torna os custos regulatórios muito elevados. A presença de incentivos, do ponto de vista estrutural, leva a necessidade de que a agência regula-

dora esteja permanentemente atenta ao exercício de poder de mercado que esses incentivos permitem, induzem.

Vejamos mais detalhadamente.

Em primeiro lugar, os incentivos das práticas verticais.

Quais são as práticas mais comuns desses casos?

Em primeiro lugar, a prática de preços predatórios ou price size, como especificamente é chamado no caso de relações verticais no mercado alvo, ou seja, aquele mercado que é o potencialmente competitivo. Então, a empresa detentora do *bottleneck* exerce poder de mercado mediante preço predatório ou price size no mercado alvo, que é o mercado potencialmente competitivo.

Segundo tipo de prática não excludentes entre si, é a discriminação de acesso via-preço ou outros atributos-qualidade; demora no atendimento e inclusive no limite a recusa de venda, recusa pura e simples de fornecimento do acesso.

Terceiro lugar, subsídios cruzados do segmento não-competitivo para o segmento competitivo. Isso também é muito importante.

Subsídio cruzado é um fenômeno muito comum na atividade econômica, em todas as atividades econômicas, mas a presença de subsídios cruzados em setores regulados, em segmentos que são verticalmente relacionados, pode levar à inviabilização da atividade econômica para concorrentes no mercado competitivo; quer dizer, uma prática perfeitamente comum nesse caso é de uma empresa integrada verticalmente dificultar ou qualquer desses meios, ou pôr uma combinação neles, à própria sobrevivência e, por extensão, à eventual entrada de concorrentes no mercado potencialmente competitivo por meio de subsídios cruzados.

Na verdade, o subsídio cruzado pode estar combinado com as outras duas práticas; freqüentemente ocorre isso: você discrimina o acesso como subsídio cruzado, você pratica price sizes com subsídio cruzado.

Em segundo lugar e como disse, não menos importante, estão os altos custos regulatórios presentes.

É importante ter em conta que esses incentivos são estruturais, sendo estruturais, são permanentes, sendo permanentes, eles geram uma necessidade permanente de atuação e de vigilância da agência. A tarefa do regulador então tem que ser apoiada num esforço de preparação, de treinamento de pessoal, de dispor de mecanismos contínuos de monitoração e de ação efetiva na repressão dessas práticas.

Bom, o poder alternativo, para concluir, terceira parte, o principal modelo alternativo é separação estrutural, vale dizer o impedimento daquela integração vertical por meio de uma mesma empresa ou de uma coligada sua entre os dois segmentos mencionados, ou seja, o monopolista ou quase e o potencialmente competitivo.

Essa separação tem muitas modalidades. Resumidamente podemos considerar duas modalidades, a separação entre serviços pela qual o detentor do *bottleneck* permanece como tal e presta os serviços apoiados, suportados pelas instalações desse *bottleneck*, e ao mesmo tempo, ele é impedido de exercer, de atuar no segmento competitivo; ou você pode ter uma separação estrutural entre redes, seria o caso de quando você tem de fato rede, mas se não for uma rede, pelo menos a instalação é essencial ou *bottleneck*.

Então, separação entre a administração-operação do *bottleneck* e os serviços, inclusive aqueles serviços ou aqueles serviços que utilizam diretamente essa rede ou essa infra-estrutura de suporte, essa solução é mais rara, não é tão comum, mas é uma solução perfeitamente razoável e como sempre acontece, esses dois tipos de soluções têm custos e benefícios também.

Vamos ver então de modo geral, os benefícios da separação, em seguida os seus custos.

Principal benefício: eliminação óbvia por contraste anterior, é só inverter o sinal, o principal benefício é eliminação dos incentivos às práticas verticais.

A separação vertical elimina completamente o incentivo à prática decorrente do fato de que o monopolista estaria se beneficiando do impedimento ou do encarecimento do acesso à instalação essencial. Aqui não se trata apenas de separação contábil, é importante deixar isso claro, uma separação efetiva de propriedade entre os dois segmentos.

O segundo benefício, também tão importante quanto o custo correspondente que ele está eliminando, é a redução substancial de custos regulatórios. Do regulador bastam, agora, os custos convencionais de regulação, fiscalização do desempenho do cumprimento de metas e outros aspectos do contrato de concessão, se for o caso, e da fixação das tarifas, quando é também o caso.

Quais são os custos então para concluir da separação?

De uma forma por simetria, seria a perda daqueles benefícios aos associados à integração vertical, quais sejam, as eventuais economias de escopo e eventuais reduções de custo de transação.

Como tudo isso é muito difícil de identificar concretamente, muito difícil de medir em particular, nos casos dos custos de transação, essas consi-

derações devem ser analisadas caso a caso porque elas não são de fato muito bem documentadas na literatura.

É muito difícil medir a magnitude exata nos casos de economia de escopo e dos custos de transação, particularmente estes últimos para efeito de uma avaliação dos custos da separação estrutural. É claro que o tipo da modalidade da separação adotada afeta os benefícios e os custos. Se a separação se dá entre serviços em que desaparece inteiramente o incentivo às práticas verticais, no entanto perde-se à possibilidade de a empresa entrar no segundo segmento. Isto é uma coisa importante, porque o estímulo à concorrência tem um aspecto horizontal, ou seja, o aumento do número potencial de competidores no mercado; se você separa verticalmente, você está inibindo um competidor potencial, em geral importante. Esse é um argumento importante que me chama à atenção para um problema potencial da separação entre serviços.

No caso da separação entre rede ou instalação, como queriam gerar uma rede, no caso de telecomunicação é claramente rede, no caso de energia elétrica uma rede de transmissão; enfim, geralmente são redes mas pode ser uma outra instalação de outra natureza.

No caso da separação entre redes e serviços, também desaparece o incentivo, como já dito antes, mas, em contra-partida, se cria um custo regulatório adicional, ou seja, de regular o monopolista do *bottleneck*. Agora a operação do *bottleneck* está separada da operação da prestação dos serviços associados, quer dizer, são suportados por essa instalação essencial. Então, a administração da infra-estrutura está sempre separada dos serviços. Portanto, agora o regulador tem que regular também esse monopolista na atuação dele.

Conclusões: combinar concorrência e regulação é necessário, mas é complexo. É um desafio para o regulador, é um desafio para o órgão de defesa da concorrência também.

Por que é um desafio para o regulador?

Porque ele tem que entrar fundo nas questões concorrenciais, inclusive monitorando e punindo as práticas verticais no caso de haver integração vertical, particularmente neste caso.

É um desafio também para o órgão de defesa da concorrência porque freqüentemente os setores regulados têm especificidades de natureza técnica, mas em particular ele tem especificidades associadas à própria regulação. A regulação introduz variáveis e parâmetros distintos que aumentam imensamente a complexidade da atuação pró concorrenciais nesses segmentos, nesses setores.

Essas duas modalidades alternativas, apesar de terem, e enfim, benefícios e custos, na minha opinião a separação estrutural, é o modelo mais re-

comendável e elimina completamente os incentivos, ao mesmo tempo em que preserva concorrência. A prática mostra, isso é uma coisa que requer maior aprofundamento, maior análise, mas eu estou convencido de que a prática mostra, isso vale no Brasil também, a prática mostra que uma agência reguladora dificilmente tem as condições de experiência, de preparo técnico e de disposição para aprofundar as investigações relativas às práticas anticompetitivas.

A investigação e a punição de práticas dessa natureza envolve não só um esforço permanente, que essas agências muitas vezes não têm condições de fazer ou de investir o suficiente; envolve também uma decisão, frequentemente uma decisão política de fazer ajustes nos modelos regulatórios de que essas próprias agências são muitas vezes as responsáveis pela criação e pela execução. Essa é uma tarefa não só difícil e complexa do ponto de vista técnico; ela é complexa e difícil de um ponto de vista político.

Eu acho que a maior especialização das agências, e no sentido de uma agência de defesa da concorrência, que detenha nela mesma ou em outros órgãos à ela associados, as funções concorrenciais. É um modelo mais desejável de distribuição e de divisão de trabalho entre as diferentes agências responsáveis pela regulação *latu sensu*, ou seja, pelo acompanhamento do funcionamento dos mercados, tendo em vista o bem-estar.

Obrigado.

Slide 1

# **RESTRIÇÕES VERTICAIS EM SETORES DE INFRA-ESTRUTURA REGULADOS**

**IBRAC - VIII SEMINÁRIO  
2002**

**Prof. Mario Possas**

Slide 2

## **Restrições verticais em setores de infra- estrutura regulados**

- 1. *Bottlenecks*, concorrência e regulação em setores de infra-  
estrutura**
- 2. Modelos estruturais alternativos (I): integração vertical com  
regulação de acesso**
- 3. Modelos estruturais alternativos (II): separação estrutural**

Slide 3

## 1. *Bottlenecks*, concorrência e regulação em setores de infra-estrutura

É consenso universal que *regulação* e *concorrência* devem coexistir nos setores de infra-estrutura, devido:

- ❖ à presença de *bottlenecks* (em geral *essential facilities*, ou até mesmo monopólios naturais) em alguns segmentos, que requerem *regulação*; e
- ❖ à presença de segmentos nos quais a abertura à *concorrência* é possível e, *portanto*, desejável.

3

Slide 4

Por partes:

- *Regulação* é necessária nos segmentos em que há *bottlenecks* - que podem ou não constituir *redes* - porque estes em geral são acompanhados de forte *poder de mercado*, que pode ser exercido mediante preços elevados e/ou *práticas restritivas verticais* associadas a discriminação de acesso; *por outro lado*,
- *Concorrência* é desejável, quando possível, porque:
  - ❖ incentiva a eficiência e a inovação, reduzindo preços, aumentando a qualidade e oferecendo alternativas ao usuário; e
  - ❖ aumenta a eficiência *da própria regulação*.

4

Slide 5

- A experiência internacional aponta para alguns padrões típicos de convivência de segmentos de tipo *bottleneck* com outros potencialmente *competitivos*, nos mais diversos setores de infra-estrutura, atualmente sujeitos a regulação na maioria dos países. O Quadro a seguir (OECD) ilustra essa subdivisão, com o exemplo de alguns dos setores mais importantes.

Slide 6

**Quadro 1: Bottlenecks e segmentos competitivos em setores de infra-estrutura selecionados**

Setor	Atividades <i>bottleneck</i>	Atividades potencialmente competitivas
Telecomunicações	Telefonia local com rede capilarizada Telefonia local em áreas rurais	Serviços de longa distância Serviços móveis Serviços de valor agregado
Energia elétrica	Transmissão de energia elétrica Distribuição de energia local	Geração de energia Distribuição de energia Comercialização de energia
Gás	Transmissão em alta pressão	Produção de gás Distribuição de gás local Armazenamento de gás Comercialização de gás
Transporte ferroviário	Infraestrutura de trilhos e sinalização	Operação de trens Instalações de manutenção

**Fonte:** OECD, 2002.

Slide 7

A questão que se coloca, sob esse prisma, para a *política de Regulação de cada setor* de infra-estrutura, é:

❖ Como combinar, *de forma eficiente*, os benefícios da *concorrência* nos segmentos potencialmente competitivos com a necessidade de *regulação* nos segmentos de *bottleneck*?

São *duas* as soluções regulatórias, *estruturais*, geralmente adotadas:

- *integração vertical* com regulação de acesso; e
- *separação estrutural* entre segmentos.

7

Slide 8

## **2. Modelos estruturais alternativos (I): integração vertical com regulação de acesso**

A *integração vertical* entre um segmento com *bottleneck* e sujeito a regulação (em geral *upstream*) e outro potencialmente competitivo (em geral *downstream*) consiste na autorização de que o prestador de serviços monopolista (ou quase) do *bottleneck* atue *também* no segmento competitivo. Esta é uma opção estrutural que, como qualquer outra, tem *benefícios* e *custos*; a saber:

8

Slide 9

## 2.1. *Benefícios da integração*

- Os principais, conforme a literatura, seriam:
  - (i) *economias de escopo*;
  - (ii) *economias de custos de transação*;
  - (iii) *contenção do poder de mercado no segmento competitivo*, devido à “*dupla marginalização*”.

Vejamos cada um.

9

Slide 10

### **(i) Economias de escopo**

A diversificação dos serviços ofertados permite:

- *compartilhar ativos* subutilizados (equipamentos, instalações, tecnologia, marcas), reduzindo assim custos fixos unitários;
- diluir *custos fixos não-específicos* (depreciação, financeiros);
- utilizar melhor a *mão-de-obra especializada*.

10

Slide 11

## (ii) Economias de custos de transação

A integração possibilita:

- aumentar a *disponibilidade* e reduzir a *assimetria de informações* estratégicas, viabilizando contratos mais eficientes;
- maiores *investimentos* em *ativos específicos* (inclusive inovações), de maior risco, ao minimizar *incertezas* associadas a conflitos negociais e contratuais.

11

Slide 12

## (iii) Redução de poder de mercado no segmento competitivo

A integração minimiza o risco de que surja e seja exercido poder de mercado no segmento potencialmente competitivo em detrimento dos usuários, pela chamada “dupla marginalização”, devido à minimização do incentivo a um *markup* alto neste mercado por parte de empresa integrada.

Essa condição, no entanto, não se aplica ao caso, mais freqüente, de que o segmento competitivo seja também regulado. Contudo, é preciso ter em mente que dificilmente o poder de mercado neste seria totalmente eliminado, daí a importância de viabilizar uma concorrência efetiva.

12

Slide 13

## 2.2. Custos da integração

- Os mais importantes são:
  - (i) o incentivo a *práticas anticompetitivas verticais*; e,
  - associados a estas,
  - (ii) altos *custos regulatórios*.

Vejamos.

13

Slide 14

### (i) Incentivos a práticas anticompetitivas verticais

A integração vertical cria fortes incentivos às seguintes práticas, entre outras:

- *preços predatórios* ou *price squeeze* no mercado-alvo (potencialmente competitivo);
- *discriminação de acesso*, via preços ou outros atributos (qualidade, demora no atendimento, recusa de venda);
- *subsídios cruzados* do segmento não-competitivo para o competitivo.

Diferentes *combinações* dessas práticas são viáveis.

14

Slide 15

## (ii) Altos custos regulatórios

- O fato de que os referidos incentivos, além de fortes, são *permanentes*, por serem estruturais, torna extremamente difícil a tarefa do regulador, que precisa dispor de meios, aplicando-os continuamente, de:
  - *identificação* dessas práticas - o que muitas vezes é difícil, especialmente quando a precificação é complexa e gera grandes assimetrias de informação;
  - seu *acompanhamento* sistemático; e
  - sua *repressão* rigorosa.

15

Slide 16

## 3. Modelos estruturais alternativos (II): separação estrutural

A *separação estrutural* - impedindo a integração vertical da mesma empresa (ou sua controlada ou coligada) entre os segmentos com *bottleneck* e o potencialmente competitivo - pode ser de duas modalidades:

- (i) entre *serviços*; e
- (ii) entre a *rede* e os *serviços*, quando se trata de indústria de rede (e.g. telecomunicações, energia elétrica, transportes).

16

Slide 17

### ***3.1. Benefícios da separação***

- (i) O principal benefício é a *eliminação dos incentivos às práticas anticompetitivas verticais*. Ele ocorre qualquer que seja a modalidade de separação *efetiva* (não apenas contábil) adotada. Como decorrência, tem-se também:
- (ii) a *redução* substancial dos *custos regulatórios*, agora restritos aos custos convencionais de fiscalização do desempenho e do cumprimento dos contratos.

17

Slide 18

### ***3.2. Custos da separação***

O principal custo dessa solução estrutural é a *supressão* dos possíveis benefícios da alternativa de integração vertical, isto é, de eventuais *economias de escopo* e de *custos de transação* (a também mencionada *redução de incentivos* ao exercício de poder de mercado no segmento competitivo só se aplica ao caso particular em que este não for regulado). Contudo, esses custos são difíceis de avaliar concretamente, em particular as economias de custos de transação.

18

Slide 19

Tanto *benefícios* quanto *custos* podem ser afetados pela *modalidade de separação* adotada:

- (i) No caso da separação entre *serviços*, embora desapareça inteiramente o incentivo às práticas anticompetitivas verticais, perde-se a possibilidade de que a mesma empresa detentora do *bottleneck* também concorra no segmento competitivo, restringindo o conjunto de competidores potenciais.

19

Slide 20

- (ii) no caso da separação entre *rede e serviços*, também desaparece o incentivo às práticas anticompetitivas, mas em contrapartida cria-se um *custo regulatório adicional*, de regular o monopolista do *bottleneck* (tipicamente, do detentor e administrador da infraestrutura de *rede* de suporte dos serviços).

20

Slide 21

### ***Conclusões***

- A combinação adequada de *concorrência* com *regulação* nos setores de infra-estrutura, embora essencial para obter soluções socialmente eficientes, é de difícil formulação e consecução, constituindo grande desafio regulatório; em particular, o de como evitar práticas restritivas verticais a partir do controle de *bottlenecks*.
- Há na literatura e na experiência internacional diferentes modelos alternativos, com benefícios e custos. Destacam-se dois: a *integração vertical* de serviços e a sua *separação estrutural*. Os incentivos estruturais *permanentes* a práticas anticompetitivas verticais criados pelo primeiro geram altos custos sociais e regulatórios. O modelo de *separação estrutural* parece o mais recomendável, ao eliminar completamente tais incentivos ao mesmo tempo em que preserva a concorrência.

**PAINEL IV**  
**Comércio e concorrência**  
*Trade and competition*

*Túlio do Egito Coelho* (Chairman)

Vera Thorstensen - *Assessora Especial da Missão Brasileira em Genebra*

Elizabeth Farina - *Economista, Chefe do Dep. de Economia da FEA - USP*

**TÚLIO COELHO**

Boa tarde a todos! Estamos começando o último painel do nosso seminário do Ibrac, dessa vez com um tema novo a ser discutido em seminários do Ibrac que é um tema que envolve aspectos internacionais da concorrência.

O Ibrac vem, cada vez mais, enaltecendo sua área de atuação como todos vêem. Esse tema tem duas apresentadoras, duas palestrantes de primeira linha. Estou muito bem acompanhado aqui pelas Professoras Vera Thorstensen e pela Professora Elizabeth Farina, que vão fazer abordagens complementares sobre este tema que é extremamente amplo, como vocês podem imaginar. Nós falamos de concorrência e comércio, que podem ter abordagens, as mais diferentes possíveis. E apenas para animar a discussão sobre esse tema, as apresentações obviamente que o tema de antitruste, o tema de concorrência, ele é importante para o comércio internacional, na medida em que os investidores têm interesse, é claro, que os países adotem leis antitruste, que sejam claras, que sejam transparentes, de tal modo para encorajar o investimento, o seu investimento nesse determinado país. Pode imaginar a dificuldade que teria uma empresa em entrar num mercado, num outro mercado em que uma empresa com poder de mercado tivesse, por exemplo, acordos de exclusividade com os principais distribuidores, levantaria uma barreira muito difícil para o ingresso dessa empresa. E vários outros exemplos podem ser dados. Tão importante que haja legislação antitruste para encorajar o comércio internacional. Mas é claro que o problema da legislação antitruste também traz, jogado para o âmbito da Organização Mundial de Comércio, algumas contradições, como nós analisamos por exemplo, sob o ângulo da defesa comercial; de fato, nós examinarmos os casos de defesa comercial, especialmente falando do anti-dumping, nós vamos ver situações curiosas, talvez a gente possa constatar que uma grande parte dos processos de investigação antidumping, eles são iniciados por empresas que são monopolistas. E essas empresas se encorajam a pedir proteção ao estado, porque estão sofrendo concorrência internacional.

E é muito curioso, porque muitas vezes a prova do dano que essas empresas apresentam é o seguinte: poxa, eu tinha 100% do mercado, agora eu só tenho 92%; então estou sofrendo um dano em relação à concorrência internacional. E nós vamos conversar com as autoridades do DECOM sobre esse assunto e eles dizem: “olha, sinto muito mas concorrência não é o meu departamento! Concorrência é com o CADE, aqui eu cuido de Código Antidumping, aqui eu estou cuidando de normas da OMC”. No entanto, é um confronto que não é muito claro entre essas duas políticas, digamos assim. Então de fato a defesa comercial com base em normas da Organização Mundial do Comércio pode gerar distorções antitruste; temos visto inclusive a Secretaria de Acompanhamento Econômico quando examina casos de fusão, recomendar que determinados acordos de preços firmados nos âmbitos de investigações de defesa comercial sejam revistos, se possível até abolidos, porque eles geram uma distorção concorrencial. Portanto, há interferências entre a normatividade da OMC e a da defesa da concorrência. É claro que nós poderíamos, se quisermos, levar a discussão ainda mais adiante, se nós considerarmos, o que me parece extremamente importante, que é a questão da competitividade entre, geo-econômica de blocos econômicos ou entre países; aí o problema realmente fica muito mais dramático. Por que nós vemos, tudo bem, os países, agora na rodada de Doha com a Professora Vera vai nos dizer, estão discutindo alguns princípios básicos para serem aplicados à concorrência; mas evidentemente nós não podemos esquecer ou fazer de conta que não vemos que é um problema seríssimo de barreiras comerciais impostas ao comércio, especialmente no Agro Business, nós vemos isso todo dia nos jornais, a questão das barreiras ao comércio nós vemos na questão do aço, as medidas antidumping, impostas por alguns países como nos Estados Unidos que criam dificuldades tremendas; será que isso também não é concorrência, será que isso não tem uma dimensão de concorrência?. Eventualmente, para ser discutido no âmbito da OMC.

Outra dimensão, se nós quisermos tornar o tema ainda mais polêmico, e é possível, é a questão da compatibilidade entre concorrência e política industrial. Por que não? Nós estamos vendo, até no momento em que se discute a rodada de Doha, os consensos possíveis em torno do tema de concorrência. Já estou vendo que alguns países resistem à uma generalização desses princípios. Por exemplo, no que se refere ao princípio de não-discriminação. Eles acham que não, mas, espera aí, eu quero ter possibilidade de adotar políticas industriais, setoriais, e eventualmente nessas economias políticas setoriais, eu posso querer discriminar sim, porque isso é importante no desenvolvimento econômico do meu país. Vocês estão dizendo que eventualmente eu não possa fazer isso, então que reservas, que válvulas de escape eu possa vir a ter, para ter uma flexibilidade, porque nós estamos vendo cada vez mais que a

política de concorrência tem uma plasticidade; ela se adapta com o tempo, de acordo com as necessidades do país. Em outras palavras, não necessariamente aquilo que é bom para os Estados Unidos será bom para o Brasil. Parece-me que os nossos colegas asiáticos redescobriram isso há mais tempo.

Então, como vocês vêem, quando nós avançamos nesses temas de concorrência e comércio, nós encontramos variantes enormes; é claro que não temos condições nem é a nossa pretensão, de abrangê-las todas nesse painel, mas apenas ilustrar alguns desses aspectos, atualizá-los também no que vem acontecendo no âmbito da Organização Mundial do Comércio e explorar um pouco mais essas tensões, essas contradições que existem nessa normatividade. Sem mais delongas, eu então gostaria de passar à palavra à Professora Vera Thorstensen que é uma amiga do Ibrac, a Professora Vera, creio eu que já deva ser conhecida de muitos companheiros e das companheiras que já estão aqui nesse auditório. Professora Vera ela é uma observadora atenta e engajadíssima no que se refere a todos os acontecimentos provenientes da rodada Uruguai, desde a criação, ela viu nascer a Organização Mundial do Comércio e está em Genebra desde 95, se não me engano, então empenhada em todos e envolvidíssima em todas essas discussões que estão acontecendo por lá. Então é um privilégio realmente ouvir a Professora Vera nos contar, o que está acontecendo de novo. Eu gostaria, para o prazer de todos,

## **VERA THORSTENSEN**

Muito obrigada! As minhas primeiras palavras são para agradecer o Ibrac de ter me raptado por dois ou três dias me tirando do inverno tenebroso, escuro, frio que está em Genebra para me trazer para esse sol glorioso de Brasília.

Normalmente as pessoas, os institutos que me convidam me convidam para eu ser provocativa e eu vou ser.

Minha primeira observação é a seguinte: eu tenho trabalhado na área de comércio por lá uns 30 anos, e há uns 20 acho que eu acompanho concorrência, e eu tenho uma angústia que eu vou dividir com vocês: é o total isolamento dessas duas áreas. Eu sou da seita, da igreja do comércio internacional e nesta minha seita eu tenho os meus profetas, eu tenho o meu mandamento, eu tenho o meu livro dos mandamentos, tenho os meus sacerdotes, eu tenho o meu Tribunal de Inquisição, eu condeno pessoas etc. e tal e de repente eu descubro que existe a mesma coisa na área da concorrência. Vocês também têm os seus sacerdotes, os livros de mandamentos, os livros básicos, etc. E todo mundo acredita que eu, com a Bíblia da rodada Uruguai debaixo do bra-

ço, com as regras do comércio internacional e vocês com as leis antitrustes dos países debaixo do braço, acham que vão salvar o mundo.

A grande verdade é que existe um total isolamento entre essas duas áreas, e agora, num momento em que a gente está começando uma rodada internacional, onde as regras do comércio internacional vão ser todas afetadas, e como bem falou o Túlio, vão afetar a vida de vocês, está mais do que na hora de nós começarmos a conversar. As duas seitas têm que sentar e conversar. Então eu dou os meus parabéns para o Ibrac porque fez esse painel; Dr. Laércio eu sinto muito, houve um complô meu com o Ibrac, de nós te fazermos um nome exatamente confuso para preparar vocês sublinaramente que o assunto é fundamental, que nós temos que sentar e conversar porque numa penada de Genebra eu liqüido com toda a regulamentação de antitruste de vocês e eu vou tentar mostrar isso.

Por favor, então a sugestão já fica dada, o próximo seminário em algum lugar aprazível, comércio e concorrência, porque a rodada vai estar no seu pico de negociação e é fundamental que os negociadores entendam. Para vocês terem uma idéia: a minha Bíblia, que são os acordos da rodada Uruguai, sabe quantas vezes fala a palavra concorrência, competition, sorry, competition? Uma vez no acordo Trims, vagamente misturando investimento e concorrência; uma vez! Ou seja, a seita de comércio está com problemas de comunicação com a seita da concorrência. E eu falo 'gatês', vocês falam 'concorrunces' 'competices', como vocês quiserem, está na hora de sentar e conversar.

O meu objetivo então, de uma maneira muito impressionista, é contar o que está acontecendo e vocês me ajudem a fazer os elos de como essa negociação vai interferir na vida de vocês. No final do ano passado, foi lançado mais uma rodada de negociação, a rodada que pretendem que acabem em 2005, e que vai afetar como nunca mais de 20 grandes temas na área de comércio internacional, dentre eles, os temas de investimento e da concorrência. Então vejam que é uma tentativa já de fazer a coisa andar.

A estrutura dessa negociação já está totalmente montada, nós já temos um ano de negociação, quem anda passeando pela Internet já não consegue mais fazer download, e a quantidade de papel que está na mesa é fantástica, essa estrutura está montada em grupos de negociadores são mais de 20, então o trabalho é acompanhar o que está acontecendo nesses 20 grupos negociadores.

O prazo final é 2005, 1º de janeiro, nós já temos prazos muito fortes, já estão na mesa pedidos em agricultura, em serviço e uma reunião importante vai acontecer em setembro em Cancun, que é justamente uma conferência ministerial de meio período que vai empurrar ou não. Os grandes atores estão todos mobilizados, quem vai me visitar em Genebra, entra nas salas e vê aque-

le mar, não só de diplomatas americanos ou europeus, mas, o que é muito importante, muitos advogados acompanhando esses países nessas negociações e a sofisticação é tão boa que os americanos têm os advogados que estão do lado dos protecionistas, os advogados que são os liberalizantes e os dois estão lá fazendo e influenciando os negociadores, preparando papéis, etc. quer dizer, Genebra, a época de calmaria já acabou, nós estamos realmente em grande efervescência.

O que é importante, eu vou ser muito impressionista na visão da rodada, mas é importante preservar os grandes princípios, o grande princípio negociação é o de single undertaking, ou seja, enquanto não estiver tudo acordado, nada acordado, não acabou a rodada. Para evitar o problema dos ministros da rodada de Tóquio, onde os países só aceitavam aqueles acordos que queriam. Fora, esse princípio é importante, mas a gente não pode esquecer que sentados nas mesas, os Estados que estão assentados, os governos que estão assentados, são 144 países. Claro que os mais atuantes, os principais atores: Comunidade Européia, Estados Unidos, certamente, depois os chamados sistêmicos: Japão, Canadá, Austrália, etc. e depois certamente na turma dos índices de desenvolvimento com muita atuação: Brasil, Índia e China. Já estão brincando que se a santa aliança se refizer, porque Brasil e Índia sempre trabalharam juntos, essa rodada vai ser muito interessante, porque os três realmente têm poder de bloqueio. Não há a menor dúvida, um país pequeno não tenha isolado em temas que o Brasil, a China e a Índia, não tenho a menor dúvida de que a rodada está parada.

E a rodada é exatamente isso. Enquanto todo mundo não estiver contente com alguma coisa, não tem final.

Bom, os principais temas que estão em jogo, eu começaria com um que afeta profundamente a atividade de vocês, é acesso à mercado. Estados Unidos já colocaram na mesa que querem redução total em 2015, ele faz sempre este filme, já vi, de dizer assim: “bom, vamos jogar tudo e ver o que acontece”. Porque, como a parte de acesso para bens não-agrícolas será para eles, não tem importância, a tarifa deles já está baixa. O problema é que na agricultura, as tarifas têm alta, têm picos, etc., e tudo, mas a agricultura é uma outra mesa de negociação.

Então a pergunta é se o nosso setor, o setor industrial está preparado para enfrentar uma concorrência de tarifas se não zero, muito baixa, em pouco tempo. Lembre-se que o Brasil tem 55% de tarifa consolidada na área agrícola, 35 na área industrial e nós estamos falando de abaixar este patamar, este teto. A dúvida é: não, não podemos, etc., só que não se esqueçam que nas negociações regionais não é para baixar o patamar, mas é para zerar. Então na negociação regional, Estados Unidos e Comunidade Européia, nós estamos

falando de zerar, e em Genebra nós estamos falando de abaixar uma porcentagem significativa.

Bom, o que está na mesa é mexer com os picos tarifários, mexer com as tarifas específicas, mexer com tarifas, abaixar a de **valorios**, acabar com as cotas, etc. Vejam então como este assunto que é de maior importância, que nós estamos discutindo é o grau de liberdade que a gente tem no multilateral de se proteger com o instrumento tarifa, como isso tem que ver com a atividade de vocês. Uma boa tarifa baixada na hora certa pode acabar com muito cartel que se estabeleça, certo.

Bom, o outro tema separado é agricultura. A agricultura tem um pedaço que acessa mercados, sabe muito bem que todos países desenvolvidos protegem sua agricultura de maneira escandalosa, não só com a parte tarifária e se escondem atrás de tarifas não ad valorem, mas de tarifas específicas, e é isso que nós estamos tentando mexer. Mas o mais importante numa rodada: o que se quer fazer? É acabar com os famosos apoios internos e subsídio-exportação. Subsídio Exportação já foi dado como liquidado, isto vai acabar mais cedo ou mais tarde, porque todos os grandes países protegem a sua agricultura com o que? Com o apoio interno. E aí são as famosas caixas: a caixa verde, a caixa amarela, a caixa azul, etc. e tal, e saber exatamente, como desmantelar esse esquema é que é o grande objetivo da rodada. Então, de tarifa já passamos para discutir subsídios e apoio interno. E é novidade da comunidade dizer assim: sinto muito, a política agrícola não é para produzir alimento, matar fome só, mas é para fazer o quê? Preservar o meio-ambiente, preservar o bem-estar animal, garantir a saúde, a segurança dos alimentos. Resultado: o estado então teria poder, teria que ter condição, de dar apoio para se atingir esses objetivos em paralelo. Muito bem, é um conceito de multifuncionalidade que nós não aceitamos, e os atores estão muito bem colocados: O grupo de **Kerns**, os grandes produtores agrícolas contra os protecionistas. O mais interessante de você tentar acompanhar a rodada e a OMC, é ver que os grupos para cada tema, os grupos de interesse são diferentes, e aí a grande questão de você se aliar como parceiro certo no grupo certo.

Bom, então a agricultura, estão vendo nos jornais, o ponto é muito delicado. Estados Unidos colocou em vigor a **Farm Bill** que é, alguns dizem assim, para acabar com a rodada, outros falam não, é para se equiparar à Comunidade Européia para entrar em uma rodada. Aí nós vemos a Comunidade Européia que se recusou a mexer na *Apac PAC*, na política agrícola agora no meio período por que? Porque internamente, vejam: o Presidente Chirac deixou bem claro que até 2006, ninguém mexe na PAC dele. A história é a seguinte: o que se entende é que eles precisam, eles vão ter que mexer no multilateral, ainda que não queiram mexer no interno. Então não é que a Comuni-

dade Européia não quer acabar com a rodada, ao contrário, ela sabe que vai ser pressionada de tal forma que ela vai jogar toda a proteção no multilateral antes de mexer internamente.

Então veja, a agricultura tem assunto para todos os gostos de vocês. O segundo ponto que eu acho que é importante, já falamos de bem e serviço, que é uma área que mexe nos jornais, com o jogador de futebol, com a novela da Globo, mais do que vocês querem imaginar, a área de serviço mexe com a parte de profissional liberal de abertura, mexe com educação. O pessoal está muito preocupado, ninguém vai desnacionalizar as Universidades Públicas, por favor... Mas há um total desconhecimento do que está acontecendo, mas sim senhor, nós estamos em uma nova rodada de liberalização do setor de serviço; estamos falando de banco, estamos falando de telecomunicação, então quer dizer, veja, uma nova rodada afeta muito dos chamados cartéis e margers que vocês estão trabalhando, precisa ver então como a estrutura do mercado nacional vai ser afetada quando nós temos uma rodada pela frente na área de serviço.

As propostas, o Brasil recebeu 18 pedidos, já fez pedidos para 18 ou 20, até mais, alguns meses nós temos que começar a dar as primeiras ofertas do que nós realmente vamos querer. E lembre-se que na OMC você combina tanto em bens quanto em serviço, combina dois e depois multilateraliza para todos os membros da Organização. Uma área muito ligada a vocês, como foi mencionado, é a parte de regras. Então nós estamos em uma negociação delicadíssima, de dumping e subsídio.

Quem esteve em Genebra semana passada levou um susto, como aquela sala ferveu de tanta gente e o que está acontecendo? 14 ou 15 países criaram o chamado Friends of Antidumping, juntou Brasil, juntou Hong Kong, Japão, Coréia, quer dizer, todos países que exportam e que sofrem de antidumping. Senhores, temos já na mesa 31 pontos do acordo de antidumping que o Grupo quer mexer, e os Estados Unidos ficam o tempo todo berando: Não pode, (...) foi estabelecido no mandato de Doha, que nós vamos até Cancun estudar e identificar os pontos que queremos discutir. E vocês devem, por favor, leiam com atenção o mandato de Doha, que o americano exigiu que nesse mandato ficaria claro no seguinte: que entrava para a negociação antidumping, subsídio, sim senhor, só que os princípios, os objetivos e a eficácia dos instrumentos nacionais tinham que ser preservados. Quer dizer, se entra numa negociação, você não pode mexer em um montão de coisa. Mas a gente é assim mesmo: então mexe na estrutura do acordo, mas, 31 pontos já foram levantados.

Na área de subsídios também está começando, mas ninguém está mexendo nas definições, nós estamos mexendo principalmente na investiga-

ção e, como foi mencionado, a pergunta é: Por que não existe a cláusula da Consulta, por exemplo, autoridade da concorrência quando você estabelece um antidumping. Este problema, senhores, existe também nos pólos internacionais, essa dicotomia, estas duas seitas que não se falam, o problema existe aqui e existe também lá fora. Não existe uma interlocução entre os dois lados, e as tentativas não estão sendo muito animadoras. Acho que é um ponto fundamental de se discutir.

Muito bem, então nós estamos discutindo subsídio e também estamos discutindo regras dos acordos de integração; lembre-se que na hora que nós fazemos um acordo regional, e é um assunto importantíssimo para uma Alca, para um acordo Mercosul- Comunidade Européia, que nós temos que enfrentar. Está como regra estabelecida no artigo 24 do GATT, e artigo 5 do GATS, diz o seguinte: tudo bem, vocês estão ferindo o primeiro mandamento da OMC, de não-discriminação entre as nações, mas você pode fazer isso desde que tenha integração e integração dentro de tantas regras, de regras especificadas.

Bom, senhores, ninguém está cumprindo essas regras, e não sei se sabem, mas nós temos 200 acordos regionais notificados à OMC, e aqueles que nunca fizeram, que eram sistêmicos à área, estão fazendo acordos adoidados. Japão, Índia estão fazendo com Asia, Estados Unidos com a Austrália e com Nova Zelândia. A pergunta é: o mundo está sendo totalmente cortado ao comércio internacional com essa rede, que não são mais regionais, agora é acordo de livre comércio com vários países do mundo, de regiões diferentes, a pergunta é: Vão continuar a fazer sem serem vistoriados pela OMC?

O mal, o que está acontecendo em termos de desvio de comércio, e o exemplo mais importante que se tem é o seguinte: Regras de origem preferenciais: para você fazer com que um produto tenha preferência de tarifa zero dentro de um acordo, o que que acontece? Você tem que cumprir determinadas regras, ou o valor agregado 50%, ou algum tipo de processo produtivo básico, etc. O resultado é que isto está desviando o comércio. A pergunta é: vamos deixar isto correr solto, ou isto vai ser regulamentado? Isto está em negociação no Comitê de Regras de Acordo de Comércio.

Bom, a isso eu estou dando realmente pinceladas, vamos chegar então nos famosos novos temas da rodada. São novos temas porque não tem acordos multilaterais dentro da OMC. Foram temas que foram propostos em 1995, minto, em 1996, na Ministerial de Cingapura e estão pairando por aí e, como disse bem o Dr. Túlio, os países da Asian e muitos dos países desenvolvidos, simplesmente bloqueiam e não deixam as negociações irem para a frente. Quais são esses temas? Investimento, precisamos manter um acordo multilateral de investimento. Concorrência: precisamos ter um acordo multilateral

ou não. Depois, facilitação, que é um dos temas de transparência de corpos governamentais. Eu fico só com esses dois.

O que está acontecendo na área de investimento? Bom, são 2000 acordos de investimento que existem no mundo; claro que aqueles que são colocados e impostos pelos Estados Unidos e Comunidade têm cláusulas fortíssimas e a idéia é: como a proteção, como eles estão desequilibrados, o objetivo é fazer um acordo macro no sentido de ser um acordo framework sobre o investimento. Tudo bem, aí começa a história. Que investimento? Investimento direto? Investimento de portfólio?

É possível separar um do outro? Atualmente é muito difícil.

Depois começa a discussão toda de quais são as exceções, o que vai estar fora. Depois um problema delicadíssimo, que é o de *Dispute Settlement*, ligada à área de investimento.

O americano quer propor isso na Alca, e quer propor lá fortemente, que, por favor, você introduza na solução de controvérsia, não só o Estado contra o Estado, a praxe da OMC, Investidor - Estado.

Senhores, o brasileiro coitadinho, não pode ir lá e dizer assim: Olha, eu estou tendo um problema na área de investimento nacional. Mais uma empresa multinacional pode ir a OMC e reclamar do governo brasileiro que não está cumprindo o seu acordo. Veja então como esses assuntos que afetam vocês estão sendo discutidos lá fora.

O grande problema da área de investimento é a maneira como você faz a abertura, não estabelece essa regra. Nós falamos muito de listas positivas e negativas. Listas negativas quando está tudo liberalizado e você só diz as exceções. E lista positiva não, você vai dedo a dedo: este sim, este não, este sim, este não; e o americano exige que seja uma liberalização de lista negativa, e a gente diz: de jeito nenhum! Eu vou dizer em que setor você vai entrar e calma lá, etc e tal!

Concorrência: Muito bem. Concorrência é um assunto, é um tema de prioridade para a Comunidade Européia. O Brasil desde 1995 tinha todo o interesse, porque é um dos bons alunos entre os 80 países que tem regra de concorrência estabelecida, e aí todos os países, os grandes negociadores, percebendo que o Brasil foi para o muro, ou seja, deixou de ser ativo na área e está esperando ver o que está acontecendo. Evidente. Se a Comunidade Européia não der nada na área agrícola, não tem porque o Brasil se juntar na área de concorrência.

Os Estados Unidos estava interessado e confesso que há dúvidas quanto ao interesse dele. Em Doha ele mostrou interesse e está sentado negociando.

Os pontos que estão sendo discutidos são, nós escutamos isso ontem e hoje: os princípios básicos da lei da concorrência, a não-discriminação entre nações, a não-discriminação entre o investidor nacional e o internacional, o externo, toda a área de transparência, o que você vai notificar, se é só a lei, se são os pareceres do CADE, enfim, uma grande discussão e depois toda a parte chamada de procedimento legal justo. Quer dizer, como está sendo feito todo o processo de investigação.

E o segundo grande ponto, são os chamados *core principals*, são as modalidades de cooperação voluntária: *positive commitment*, *negative commitment*, a grande piada é: se a cooperação voluntária vai ser mandatório no acordo ou não? Mas como, não é voluntário, mas não, se é princípio baixo tem que ser mandatório, e se for mandatório, sim senhor, está submetido a um painel. Então, se você não estiver cumprindo, você é levado para um painel.

Então veja e, como falou o Dr. Túlio, tanto para investimento quanto para concorrência, nós temos um bloco, há 5 anos ou 6 anos, de países que não querem nem ouvir falar. Liderados pela Índia e pela Asian, esses países, e aí sim a grande controvérsia, existe entre os ideais, os objetivos de concorrência e política industrial, tipo assim: não tem nada de vocês ficarem nesse bando, essa seita pedindo: por favor, cartel, venha para o meu País! Abuse de posição dominante!

Vocês têm todo o direito de fazer. Então, se de repente você vê que está em um descompasso, claro, são 144 países, não vamos dizer que a Asia está tão civilizada assim. Estão indo muitíssimo bem e se recusam a discutir acordo de investimento e acordo de concorrência. E falam abertamente: eu quero ter liberdade para fazer o que eu considero importante para o meu desenvolvimento!

Essa discussão entre política de comércio externo, política da concorrência, política industrial, é um dos temas mais fascinantes de Genebra.

Bom, para encerrar, cumprindo as ordens de um advogado que manda também, não são só os economistas, vejam a importância de vocês acompanharem. Eu acho que eu não preciso mostrar como a vida de vocês, profissional, está sendo colocada em negociação em Genebra. Não é tão objetiva de falar diretamente, em cima de cada um dos instrumentos que vocês usam, mas certamente você está fazendo uma lei nacional na área de concorrência, você está fazendo uma investigação; de repente a área internacional muda de composição e você está afetado em todo o trabalho de vocês, ou seja, cada vez mais o mundo exige que vocês ampliem os horizontes e comecem a perceber que não existe mais área interna, área internacional, mas que as duas estão absolutamente ligadas.

O segundo ponto que é muito importante, é que você não pode estar envolvido em qualquer negociação regional sem estar ligadíssimo em uma negociação internacional. Por quê?

O que está claro dos nossos grandes parceiros internacionais, Estados Unidos e Comunidade, é que eles já segmentaram o mercado. Então é assim: acesso a mercado, mexer com tarifa, é tudo no regional, fica lá o pessoal de Genebra discutindo o que que é pico tarifário, o que que é alta tarifa, porque ele vai ter acesso aqui no Regional. Agora quando interessa para a gente, Brasil, discutir apoio em agricultura interno e subsídio-exportação, sabe o que os nossos colegas americanos e europeus dizem?

Ah, sinto muito... e é a mesma coisa com dumping e subsídio, Ah, sinto muito, no regional não dá para discutir, a gente precisa saber o que o outro grande parceiro vai fazer e isso é só no multilateral.

Então de repente vocês tem negociações segmentadas. Tudo que é regra: Genebra. Tudo que é acesso a mercado, tarifa: regional.

Então eu vou fazer um acordo regional só para discutir tarifa? Nada feito. Porque o que acontece é que hoje as tarifas já estão baixas e o que está impedindo o mercado, o que é?

São as barreiras não tarifárias, são as regras que estão sendo estabelecidas localmente, onde vocês, pessoal de concorrência, têm muito a ver.

Então de novo, o mundo está totalmente interligado.

Meio minuto para acabar, eu queria dar os parabéns de novo para o Ibrac, realmente dizer que eu acho que não foi ato falho, mas foi uma premonição do que eu acho que vocês devem fazer o ano que vem, gostaria, eu acho que a idéia seria realmente criar, dentro de Ibrac, eu já tenho conversado com o Ibrac, grupos de acompanhamento do que são regras, o que está acontecendo lá fora; e vocês por favor, darem palpite e mandar e-mails dizendo: Que loucura essa proposta da Índia ou dos Estados Unidos; isso aqui para a concorrência é mortal! Fundamental que o pessoal de comércio receba este tipo de *input* porque na verdade senhores, a falta de cultura, vamos chamar assim, de concorrência não existe dentro da OMC; não é Brasil, é dentro da casa da OMC.

Fora o Comitê de concorrência que fala de concorrência, e que está a treinar o pessoal que acompanha este comitê, nos outros comitês nunca, nenhuma decisão foi feita onde a palavra: não, por favor! Isso pode ser perigoso para uma concorrência, liberados os mercados, sobrevivendo o consumidor, este tipo de discussão não existe na OMC.

Então espero que no ano que vem, o Ibrac, organize um seminário, e realmente, coloque em confronto a seita da concorrência com a seita do comércio internacional.

Obrigado.

## **ELIZABETH FARINA**

Obrigada pelo Ibrac me dar novamente a oportunidade de falar nesse seminário que eu acompanho desde, acho que o primeiro, e fui mudando de tema das palestras. É muito interessante se eu fizer a história das palestras que eu dei, eu acho que eu vou entender um pouco de como é que evoluiu a discussão da concorrência.

Bom, eu quero começar lendo uma frase longa para vocês:

*A política agrícola europeia, para se seguir na linha da Vera Thorsensen, a política agrícola europeia necessita de reforma, sendo colocada em perspectiva com as regras gerais do comércio definidas na OMC. Os subsídios europeus são exorbitantes, a qualidade do produto é baixa, e o consumidor paga muito caro. O suporte concedido ao leite, carne e açúcar, já deveriam ter sido reduzidos há muitos anos. A reforma é necessária para que o consumidor possa ter a garantia de abastecimento a preços favoráveis, o que pode ser obtido por sistemas de abastecimento que opera em escala global.*

Tem alguém que sugeriria aqui, quem foi que falou isso alguém chuta... Fernando, quem você acha que falou isso aí? De onde vem pelo menos, não precisa dar o nome, sobrenome e rg, mas de onde, alguém, de que lugar? Alguém chuta? Vera, você chuta?

O Pratini de Moraes?

Isso foi falado em Florença, no final de 99, pelo CEO, do Royal Ahold, maior supermercado holandês, o mais internacionalizado. Opera em toda Europa, e tem crescido a compra de supermercados brasileiros pelo Royal Ahold.

Eu acho que essa frase ilustra perfeitamente o conflito entre latente, entre concorrência, defesa comercial, subsídios, salvaguarda, e política industrial. Nós estamos colocando quem opera no varejo, que tem que disputar o seu consumidor final que está na relação direta com o consumidor, o mais final, quer dizer a dona-de-casa, e que gostaria de fazer um global source, mas a sua estratégia é impedida por um conjunto de práticas comerciais em que

está envolvida a Europa e que tem seus valores preservados em termos de preservar a natureza, o meio ambiente, o land scape, (como eles dizem), mas que ao mesmo tempo impede o próprio consumidor europeu de ter um produto de boa qualidade.

Lembre-se da crise da vaca louca, e outras crises que envolvem a questão da segurança dos alimentos. Certamente exportar para a rede Royal Ahold seria muito interessante para o Brasil. Nós poderíamos ser um global player, nós poderíamos fazer parte dessa rede, e certamente aumentaríamos a concorrência dentro do território europeu, assim como os nossos supermercados ampliaram a concorrência à nossa indústria no momento em que abrimos a nossa economia. E a gente pode ver isso, olhando o crescimento da importância do comércio para o Brasil.

Aqui eu preparei um gráfico onde mostra a evolução nos últimos 10 anos de importações e exportações, e a gente vê que com tudo que a gente diz que o Brasil ainda é um país fechado, as nossas importações cresceram aqui de menos de 5% para mais de 15%, em relação ao PIB, ou seja, triplicou a participação das importações no nosso PIB. E o azul aqui são as exportações, que tem uma queda importante aqui em relação ao PIB, que é o período de sobre valorização cambial.

Somando os dois, utilizando o conceito de índice de coeficiente de abertura, onde você soma os valores que fazem parte do comércio em relação ao PIB, a gente vê que esse crescimento das participações dos fluxos do comércio no PIB brasileiro são muito importantes, o que significa, que do ponto de vista de quem analisa a concorrência, isso aqui é alguma coisa muito importante de ser levada em conta, ele triplica em 10 anos. Claro que isso aí subestima o que a relação internacional traz para a economia brasileira na medida em que ele não considera os investimentos diretos; e a diferença que a gente vê, aqui é que em 1985, nós tínhamos menos de 5 bilhões de investimentos diretos na economia brasileira, e aqui é o final da década de 90: 99, 2000, 2001, onde esses investimentos passam à cifras bastante mais expressivas.

Então, nós temos que entender essa internacionalização da economia brasileira de uma maneira ampla e aí então os fluxos financeiros. Isso traz uma questão bastante importante para quem milita na área da concorrência, na medida em que se tem que considerar esses papéis dos fluxos comerciais nas nossas análises de poder de mercado, de dinâmica competitiva em cada um dos nossos segmentos, e depois eu volto para a questão de como é que isso pode se conflitar com a questão da defesa comercial. Na verdade, eu preparei isso aqui pensando que o Luciano Coutinho ia discutir política industrial e mais um participante internacional ia discutir blocos, então eu estava achando

que sobrava alguma coisa para eu falar desse tema. Então, faz de conta que eles estão aqui...

Bom, isso significa que levando todo esse processo de crescimento da participação dos fluxos internacionais nos mercados locais, ele claro, não é um privilégio do Brasil, se você pegar os dados norte-americanos, que já eram muito mais abertos do que nós, também dobra participação tanto das importações quanto das exportações num período de 10 anos, e certamente toda essa discussão das negociações multilaterais, bilaterais e de blocos trazem para discussão na concorrência dos mercados domésticos, um desafio de considerar os objetivos relacionados ao comércio que nem sempre são os objetivos associados à defesa da concorrência.

Existe um conflito certo latente, que está aí todo dia nos batendo à porta, e que a Vera mencionou muito bem. Mas de qualquer maneira, a política antitruste ou a defesa da concorrência não pode deixar de lado, não pode ignorar essa nova realidade comercial. E na verdade, a gente reproduz hoje alguma coisa que aconteceu no final do século XIX, quando o Sherman Act foi discutido no Congresso Americano que era a abertura das regiões por conta do desenvolvimento dos transportes, das comunicações, que puseram em contato dentro da economia nacional norte-americana regiões que eram áreas de comércio relevante que passaram a ser integradas, e a política antitruste então apareceu regulando essa penetração da concorrência de mercados locais para mercados regionais dentro do mesmo país.

Nós estamos vivendo uma coisa parecida hoje, só que em escala planetária, com regras mais complexas, porque nós estamos falando de espaços nacionais que estão se confrontando. Bom, como é que a política da concorrência pode, de alguma maneira, olhando um pedaço bem pequenininho de todo esse debate, como é que ela tem que incorporar essa nova realidade comercial?

Bom, o mais óbvio é a questão: qual é o papel das importações, e vamos dizer assim, da competição estrangeira potencial na definição do mercado relevante do poder de monopólio dentro dos mercados? Eu sei que, se a gente olhar lá no guia da SEAE/SDE, dado ao novo estado de bem-viver das duas, a gente vai ver lá que há considerações a respeito das importações, e se diz lá e em outros documentos de *benchmark* internacional, que as importações devem ser levadas em consideração quando elas forem prováveis, quando elas forem significativas, e quando elas forem tempestivas.

Claro, para eu considerar as importações, elas precisam ser importantes de fato para o mercado em que eu estou operando, mas o ponto é: as importações efetivas, quando eu observo hoje o papel delas em cada um dos mercados, na verdade elas refletem um conjunto de preços relativos que ope-

ram neste momento, dadas às tarifas, deste momento, os acordos bilaterais e etc., a taxa de câmbio deste momento.

Se existe um processo de concentração do mercado que vai alterar os preços relativos das margens relativas, qual é a capacidade da competição estrangeira potencial disciplinar esse mercado, ou seja, nós estamos colocando um problema que é recorrente de raciocínio circular da definição do mercado relevante. Se eu alterar as regras e as margens, quem é que vai disciplinar? A concorrência potencial estrangeira é um bom substituto para a concorrência doméstica, ou seja, eu tenho que incorporar na definição de market share as importações.

Bom, depende de várias coisas; depende de custo de transporte, depende das tarifas, depende das cotas e isso já falava *Lands & Postner* no seu artigo que todo mundo se refere de 1981. Depende também de restrições de transporte e de restrições de capacidade de produção; restrições de atender os mercados na hora em que as margens se alteram. Dependem de barreiras de distribuição que o Túlio mencionou, como é que eu chego com um produto num mercado nacional, se ele está todo armado de contratos de exclusividade e eventualmente, cláusulas de fidelidade, eu não posso fazer uso do sistema de distribuição nacional, isso serve como uma barreira, e as importações não serão boas substitutas para a concorrência no mercado nacional.

Marcas nacionais podem servir também, eventualmente, tornar essa substituição mais difícil, e a diferenciação não de marcas, mas de outros tipos de diferenciação entre produto doméstico importado, podem gerar dificuldade de eu substituir a concorrência efetiva do mercado nacional por essa concorrência potencial estrangeira.

Qual é o critério então para eu trabalhar com isso, e como quantificar? Na verdade, eu estou pensando o seguinte: traduzindo em miúdos para quem tem que tomar a decisão se, estou olhando a cara do Cleveland, ele está rindo para mim, mas eu coloco o Conselheiro do Cade ou quem está fazendo a instrução do processo, porque eu aprendi a lição de casa de ontem, da SEAE e da SDE, como é que vai considerar as importações dadas a essa parafernália toda, o problema é quantificar. E o *Lands & Postner* tem uma proposta de metodologia onde ele diz: olha, a capacidade da produção estrangeira potencial de disciplinar a concorrência no mercado doméstico depende de como ela pode ser desviada do lugar onde ela estava, para o país que pode praticar um abuso, caso as margens aumentem.

Então, aumentou a margem no Brasil porque houve uma concentração, aumentou o poder de mercado, puxei a margem para cima, qual é a capacidade que a importação tem de disciplinar esse abuso eventual. E isso depende então da capacidade que a produção estrangeira tem de ser desviada desse

mercado, o que é muito difícil de a gente estimar. Eu tenho que saber qual é a capacidade instalada de produção, quem é que eles estão atendendo, e qual é a capacidade de eu usar uma capacidade excedente para desviar para o mercado brasileiro.

Bom, num texto de 2002, esse autor *Gozwal*, que na verdade acho que é uma autora, mas tem um nome tão atrapalhado primeiro que eu não sei se é homem ou se é mulher; a gente só se troca correspondência por e-mail, o que também não facilita. E a proposta é a seguinte: de fazer uma análise de uma resposta intertemporal da participação das importações no mercado. Quer dizer: em vez de eu olhar só um período curto, eu vou olhar essa capacidade da participação das importações no mercado ao longo do tempo. E dois elementos muito importantes: o impacto das mudanças nas condições agregadas, por exemplo, ter ações abruptas da taxa de câmbio, o que acontece com as importações, o que varia o PIB, não na sua tendência natural, mas em períodos em que o PIB tem quedas abruptas ou sofre taxas de crescimento inesperadas, o que acontece com as importações, então isso pode dar um indicativo dessa capacidade de desvio. Mas isso é tremendamente sensível às especificidades por indústrias que vai sinalizar então as barreiras subjacentes ao comércio, que são indústrias específicas e são em geral mudanças lentas, não são mudanças abruptas às indústrias específicas.

Então, o que esse trabalho aqui mostrou, por exemplo para os Estados Unidos que é usero e vesero em mudar as regras de entrada nos mercados deles, é que essa participação das importações são tremendamente variáveis entre indústrias, e uma coisa interessante: que indústrias altamente concentradas tem um maior grau de concorrência estrangeira potencial; é onde exatamente o comércio pode servir como potencialmente, um competidor e disciplinador da concorrência no mercado interno. Então esse é um instrumento que eventualmente a gente pode usar. Tem um grupo tentando aplicar essa metodologia para o Brasil, para ver se a gente pode dizer a mesma coisa. E mais do que isso, mostram que de fato as importações, a concorrência potencial estrangeira, são sim tempestivas e significativas no sentido que elas ocorrem sempre na sua maior parte dentro de um espaço de um ano.

Isso significa que, de fato é extremamente importante para a gente analisar poder de mercado e restrição à concorrência estrangeira potencial. Qual é o grande desafio? Isso tudo não é considerado já nas análises do CA-DE? De alguma maneira são, mas a gente, quando analisa as decisões, percebe uma enorme insegurança do Conselheiro, ou daquele que está dando o Parecer. E é natural. Por quê? Porque nós estamos falando de um país. Primeiro: a gente tem dificuldades enormes de informação estatística e esse estudo que eu acabei de citar tem 35 anos de dados por 6 dígitos na classificação de indús-

tria, então nós estamos fazendo de alguma coisa muito desagregada o que é necessário para análise de mercados específicos e nós teríamos então, eu imagino, o Conselheiro se sente inseguro em se basear em períodos muito curtos de análises estatísticas. Segundo: países em desenvolvimento, não é um privilégio do Brasil, eles estão sujeitos à flutuações cambiais significativas, às vezes mudanças de regime cambial, então o Conselheiro fica pensando: "bom, ótimo, vou me enfiar na capacidade disciplinadora da concorrência estrangeira potencial". Muda a regra de câmbio e o mercado doméstico fica totalmente indisciplinado do ponto de vista da concorrência estrangeira potencial, então é claro que numa análise prospectiva isso gera um desconforto para quem tem que fazer a análise dessa evolução do poder de mercado; terceiro: as instituições não estão consolidadas; e aí eu estou pensando diretamente na questão da defesa comercial. É novo para nós, brasileiros, o uso com uma certa frequência da defesa comercial. Não faz muito tempo que a gente montou a nossa estrutura e ainda estamos aprendendo a trabalhar com isso.

Muito bem: se quem analisa a concorrência não conversa com quem pratica, e coloca em marcha a defesa comercial e as regras da defesa comercial não estão bem estabelecidas aqui e mudam a todo momento, isso deixa ainda mais desconfortável o conselheiro que tem que tomar uma decisão ou algum parecerista que tem que fazer um Parecer, dar uma opinião a respeito da capacidade do comércio internacional, disciplinar os mercados locais. Essa insegurança então traz ao regulador na análise da concentração, ela fica muito mais complicada ainda quando ele está tomando uma decisão, hoje sabendo que tem todo um conjunto de rodadas comerciais ocorrendo e que a gente não sabe direito qual vai ser a regra, quer dizer, eu tenho que tomar a decisão hoje, sobre um ato de concentração hoje, que vai ter efeitos na próxima década, e eu não sei quais são as regras do comércio internacional que vão estar postas; então isso gera uma insegurança para o regulador.

Ao mesmo tempo, se você não considerar, então podia ser drástico, esquece a capacidade potencial de regular os mercados da área externa. Bom, mas se você não considerar isso pode levar à distorções e ineficiências fantásticas, porque é ignorar a capacidade que essas importações, esses fluxos comerciais tem de disciplinar esses mercados, e que são muito diferentes de mercado para mercado. Então, ao mesmo tempo eu não posso deixar de considerar, ou eu posso estar super estimando brutalmente o poder de monopólio de um oligopólio doméstico, assim como eu posso estar subestimando esse mesmo poder de monopólio.

Então essas ineficiências, essas distorções tem que ser consideradas num ambiente de alta insegurança de quem toma a decisão. Então eu acho que esse é um tema bastante complexo e que me leva a minha última transparên-

cia, Dr. Túlio, sem você ter me mostrado nenhum papel, em que de fato você tem alguns conflitos que são latentes e que muitas vezes manifestam em toda a sua pujança, e que tenha a ver com o confronto entre a idéia de você no limite proteger o consumidor e aí, o consumidor/cliente não precisa ser o consumidor final, pode ser o cliente industrial, como alguém lembrou muito bem aqui ontem e que está muito mais na mira da defesa da concorrência, que pensa na transferência dos ganhos de produtividade das incorporações de inovação dos lançamentos de produtos, para o consumidor/cliente por meio de preços adequados e de produtos cada vez mais adequados ao uso desse cliente, desse produtor. É esse o foco da defesa da concorrência.

Do outro lado, o foco das políticas industriais e da defesa comercial envolvendo aqui subsídios, salvaguardas, antidumping, enfim, um receituário de elementos que entram na questão na chamada defesa comercial, na verdade o que ele tem como foco, não são produtores em geral; são grupos de produtores e que tem acesso sim a definição dessas políticas industriais, principalmente se forem aquelas políticas industriais clássicas e que tenha acesso à questão da defesa comercial, e eu acho que o exemplo norte-americano é muito forte a respeito disso.

Existem vários estudos acadêmicos e não-acadêmicos que mostram que os consumidores norte-americanos perderam por volta de 4 à 5 bilhões de dólares em 5 anos de proteção do aço, de têxteis, do açúcar; então esses números estão computados por autores americanos mostrando a perda dos consumidores americanos para beneficiar grupos específicos de produtores.

Claro que, se nós estamos num país de desenvolvimento, como são os países da Ásia ou como é o Brasil, e nós temos setores sensíveis, alguma forma, alguma liberdade de proteger de alguma maneira ou incentivar o desenvolvimento de algumas áreas, pode ser importante, mas certamente ela vai enfrentar um conflito com uma defesa muito forte na área de concorrência. Então esses conflitos são latentes, eles se explicitam e eu acho que nesse momento eles são particularmente importantes na medida em que o Brasil está fazendo o uso de política antidumping que não fazia antes, e que pode sim trazer problemas para a concorrência nos mercados domésticos, e a gente tem muita pouca conversa entre Decom e CADE, etc., entre essas seitas das quais a Vera nos falava.

Enfim, eu não sei se fiz uma apresentação um pouco geral demais, mas eu acho que pelo menos esses são os pontos que me incomodam como pesquisadora da Universidade e muitas vezes como, sendo convidada a dar opiniões, tem alguns casos em que eu me sinto desconfortável, às vezes insegura, a respeito do papel que o Comércio Internacional pode trazer para regular e disciplinar os mercados nacionais.

Obrigada.

Slide 1

Comércio e Concorrência

Elizabeth M.M.Q.Farina

VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE  
DEFESA DA CONCORRÊNCIA  
NOV 2002

Slide 2

## Royal Ahold, Florença, 1999

“A política agrícola europeia necessita de reforma, colocando-a em perspectiva com as regras gerais de comércio definidas na OMC. Os subsídios europeus são exorbitantes, a qualidade do produto é baixa e o consumidor paga muito caro. O suporte concedido ao leite, carne e açúcar já deveriam ter sido reduzidos há muitos anos. A reforma é necessária para que o consumidor possa ter a garantia de abastecimento a preços favoráveis, o que pode ser obtido por sistemas de abastecimento que operam em escala global.”

Slide 3

## Crescimento da Importância do Comércio - Brasil

The slide contains three charts illustrating trade trends in Brazil:

- Exports vs Imports (1989-2001):** A line graph showing the percentage of GDP for exports (blue line) and imports (red line). Exports fluctuate between 7% and 11%, while imports show a steady increase from 5% in 1989 to 14% in 2001.
- FDI - Brasil (1985-2001):** A bar chart showing Foreign Direct Investment in billions of dollars. Values are low until 1995, then spike to approximately 22 billion in 1998 and 2000, before declining to about 15 billion in 2001.
- Coefficiente de Abertura (1989-2001):** A line graph showing the trade openness coefficient as a percentage of GDP. It starts at 14% in 1989, peaks at 20% in 1992, and reaches 28% by 2001.

## Slide 4

## Consequências para Defesa da Concorrência

- ◆ Objetivos relacionados ao comércio
- ◆ Antitruste e nova realidade comercial
  - Concorrência das importações
    - Prováveis, significativas, a tempo
  - Bons substitutos?
    - Custos de transporte, tarifas, quotas (Landes e Posner, 1981)
    - Restrições de transporte e capacidade (Brennan, 1992)
    - Barreiras de distribuição e de marca (Cave, 1980, Scherer, 1999)
    - Diferenciação entre produto doméstico e importado (Ghosal, 2002)

## Slide 5

## Concorrência das Importações

- ◆ Como quantificar?
  - Landes e Posner (1981) – produção estrangeira que pode ser desviada para o país caso as margens aumentem. – difícil de estimar
  - Ghosal (2002) - Resposta intertemporal da participação das importações no mercado
    - Condições agregadas – alterações de câmbio, nível de atividade
    - Indústria-específicas
      - ◆ Sinaliza barreiras subjacentes ao comércio (indústria específicas / mudanças lentas)

Slide 6

## Países em Desenvolvimento

- ◆ Falta de informações estatísticas
- ◆ Flutuações cambiais significativas
- ◆ Instituições não consolidadas
- ◆ Insegurança para o regulador ao analisar atos de concentração
- ◆ Não consideração pode levar a importantes distorções e ineficiências.

Slide 7

## Conflitos Latentes

Consumidor	Produtores
<ul style="list-style-type: none"><li>◆ Defesa da concorrência</li><li>◆ Transferência</li><li>◆ Preços / Produtos</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>◆ Políticas Industriais</li><li>◆ Defesa Comercial<ul style="list-style-type: none"><li>■ Subsídios</li><li>■ Salvaguardas</li><li>■ Anti-dumping</li></ul></li></ul>

## DEBATES

Muito obrigado à Dra. Elizabeth Farina pela sua excelente palestra. Quem não sabe, a Dra. Elizabeth Farina, não mencionei isto antes, chefe do Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, complementa o nosso tema do painel com esses vários outros aspectos relativos, por exemplo, à questão do impacto das importações na competitividade das empresas que também é uma dimensão muito importante, especialmente quando estamos falando em Alca, quando os países sentam para conversar numa área de livre comércio, a intenção desses países é reduzir a zero a alíquota do imposto de importação.

O impacto de concorrência, obviamente, muda tremendamente. Significa dizer que nós não podemos pensar concorrência em termos nacionais. A concorrência necessariamente tem que ser pensada em termos internacionais e as variantes dessa concorrência, obviamente, estão fisicamente ligadas às normas do comércio internacional.

É obrigatório para o operador do direito da concorrência estar muito afinado, muito a par das modificações que nós estamos vivendo, um cenário cambiante, em que as normas se transformam numa velocidade muito rápida.

Nós não podemos mais enxergar concorrência em cenários estáticos, em fotografias, mas sim em processos dinâmicos e muito acelerados. Portanto, obviamente que as implicações em concorrência são fundamentais.

Muito em breve nós teremos que falar em concorrência em termos de outros padrões; temos que pensar fora da caixa, não podemos mais pensar concorrência com a mera legislação nacional e examinar as variações, os impactos disto em termos meramente nacionais.

Eu farei isso apenas para que vocês organizem seus pensamentos obviamente para formular as perguntas. Devemos ter um tempo, eu creio que podemos ter meia hora, Presidente?

Meia hora para as perguntas.

Eu gostaria que, por favor, os candidatos se manifestassem.

Temos um candidato lá no fundo...; Dr. Cleveland, ele levantou ali primeiro, eu vou ter que respeitar a ordem de indicação; em segundo lugar o Dr. Cleveland já se manifestou aqui também, mas em primeiro lugar, o nosso candidato do fundo.

- Eu queria fazer uma pergunta para Vera Thorstensen com respeito à sua apresentação; ela comentou que a União Européia é a que impulsionou a incorporação do tema de competência na negociação da OMC.

A pergunta é a seguinte: em primeiro lugar, qual é o interesse estratégico da União Européia em incorporar a temática na agenda da OMC, e em segundo lugar, quais são os países que já manifestaram seu apoio nesta cruzada da União Européia?

Ótima pergunta.

Essa é uma grande questão. Por que a Comunidade Européia resolveu transformar a *Competition Policy* no seu grande cavalo de batalha? E a razão é muito simples: olha, quando eu digo que isso aqui é uma seita, e tem até sala de tortura, essas duas luzes realmente..., isso aqui é sala de tortura...

Deixa eu agora agradecer a Elizabeth, ela me deu os dois deuses que eu precisava; são duas seitas monoteístas: um deus é o consumidor e o outro deus é o produtor. E é fantástico, nós precisamos rapidamente fazer uma mudança radical dessa perspectiva. Mas vamos lá.

A Comunidade Européia tem um problema seríssimo para enfrentar nessa rodas: Qual é?

A agricultura para ela não é vista como um item econômico, ela está se lichando para o consumidor final. Os números são assustadores e quanto você paga por açúcar lá, por exemplo, simplesmente não vai importar açúcar do Brasil.

Isso não está em causa, o que está em causa, em termos de política agrícola na comunidade, é o que ele chama de o tecido, o tecido rural e como foi construída a Comunidade Européia.

Basicamente, a Comunidade Européia nasceu na fome e agora tem que gerir o excesso de alimento; então a visão da Comunidade sempre foi protecionista. Outra coisa é entender porque não se derruba a maldita **PAC**. Aprenda uma coisa: não derruba PAC porque a França é fortíssima na área e a França é fortíssima na área porque quem defende os interesses da agricultura são todos os políticos que são os seus "prefeitinhos" de pequenas cidadezinhas, que dependem totalmente da agricultura; ou se entende o tecido rural francês e aí você vai entender. A PAC, quer dizer, é difícilimo de mudar.

O resultado é que existe a tensão. Em 2004, tem uma espada em cima da Comunidade Européia; qual é essa espada?

A cláusula da paz do acordo agrícola. Esta cláusula da paz diz o seguinte: Se a Comunidade se comprometeu a baixar 30% de apoio interno ela

simplesmente, nenhum país, pode estabelecer um anti-subsídio contra aquele produto, que está dando na lista de compromissos.

Senhores, em 2004, acabou esta lista de compromissos. Acabou não, desculpe, acabou esta cláusula.

Então, os países estão todos preparando já, porque é fácil para você provar subsídio na área agrícola da Comunidade. Então pronto, a Comunidade tem essa espada no seu pescoço e a razão é que ela acha que numa rodada, que é uma rodada global, onde ela vai perder a agricultura e ela precisa vender o que ela conseguiu em termos de regras; regras importantes para ela, e concorrência é uma regra importante. E é uma regra importante, até porque, vocês estão percebendo muito bem, existem conflitos claros, o que é ilícito nos Estados Unidos e não é na Comunidade, não preciso lembrar todos aqueles casos que é punido em um e não é punido no outro. E eles acham que se você tiver um *framework* multilateral, onde você consiga não discutir a definição, não falei nisso, mas a grande discussão lá é o que é um cartel? Tudo bem, a gente quer desde os princípios dos core principals estabelecer a condenação de cartel. Por favor, definam o que é cartel! Aí eles se matam na sala de reunião.

Então de alguma forma, a Comunidade acha que considera importante, vale outro assunto que eu não falei, a Comunidade já deixou claro, se ela não levar para casa alguma coisa de meio-ambiente, esquece a agricultura. Ela quer meio-ambiente, ela quer discutir a relação entre os acordos multilaterais de meio-ambiente e as cláusulas e as obrigações específicas comerciais que esses acordos têm.

A pergunta é, quando você coloca uma cláusula comercial numa convenção de meio-ambiente, ela está ferindo a OMC, você tem que discutir essa competência e é isso que ela quer, e o outro assunto que está na mesa é labeling.

Senhores, a Comunidade Européia cismou que informação e a segurança do alimento, veja aí a Vaca Louca, todas as epidemias que a Europa passou, hoje o consumidor exige, não só saber de onde veio o bife, o que ele comeu, que vacinas tomou, a ração que ele comeu, e impressionante dizer; isto tudo cria uma obrigatoriedade que para o comércio internacional é mortal, simplesmente mortal.

Então, respondendo à pergunta da Comunidade, por que a concorrência virou assunto. Porque ela acha que é um trade off importante, porque ela sabe que vai perder a agricultura, ela está totalmente isolada.

- Obrigado, Conselheiro Cleveland

Obrigado pela palavra, Túlio, eu queria fazer uma pergunta para a Professora Vera; eu vou fazer uma introdução mais rápida possível, à medida do possível também.

Parece-me que o exemplo da Professora Elizabeth é muito claro e se reflete em todo o mundo, inclusive nos Estados Unidos, que é um país que se diz totalmente liberal em termos de concorrência. Que esse conflito entre política da concorrência contra política comercial-industrial, e a gente sabe que os lobbys são muito superiores à qualquer lobby da política da concorrência, e o efeito se reflete, na minha opinião, sobre esse processo de negociação.

Eu estou falando isso porque eu não tive o prazer de participar das negociações da OMC, mas eu tive o desprazer de participar das negociações da Alca.

Eu digo isso porque eu assisti exatamente esse conflito se refletindo lá e nós fomos para resolver um problema com cinco páginas e saímos com dez páginas, tudo colcheteadas, sem resolver absolutamente nada. Foi um terror para mim. O que acontece nesse processo?

Em primeiro lugar, o que a gente percebe, é que dado que o lobby já colocou questões anticoncorrenciais, por exemplo, cartel de exportação, no caso Estados Unidos isso é um ponto pacífico. Não se negocia isso. Os Estados Unidos, por exemplo, não estão dispostos a abrir mão disso. E mais do que isso, tudo o que é negociado em outros capítulos, por exemplo, na política comercial, que eles não conseguem incluir no capítulo da forma que eles querem, eles tentam transplantar para o capítulo de defesa da concorrência, e aí geram mais restrições ainda e mais problemas ainda. E se a gente tomar também que nesse processo nós temos vários países, isso eu observei também na Alca, que não tem uma política da concorrência, não tem o mínimo conhecimento, estão muito mais preocupados em garantir a empresa nacional e coisas desse tipo, nós temos um conflito absolutamente e aparentemente insolúvel nessa situação.

Bom dito isso, a minha pergunta em primeiro lugar seria o seguinte: pelo que eu observei, a defesa da concorrência, as pessoas de defesa da concorrência, tem muito mais uma atitude reativa. Não seria o caso de nós, da área de defesa da concorrência, termos de participar de outros capítulos que não só a defesa da concorrência para evitarmos que sejam incluídos questões anticoncorrenciais?; e a segunda questão, também não seria o caso e, obviamente, a gente sabe que é melhor que haja um entendimento interno entre a parte da concorrência e a política industrial para todo mundo se conhecer, mas também não seria o caso de dado um acordo mínimo que nós possamos ter, uma presença de consumidores não só no Brasil, mas em outros países tentan-

do fazer um lobby para se contrapor ao lobby industrial, sei lá como a gente poderia chamar.

Obrigado.

## VERA THORSTENSEN

Eu acho que a colocação é muito bem feita.

Veja, eu não tive tempo de comentar o grande conflito que existe entre política industrial e política de comércio externo.

Hoje a política industrial como a gente conhecia nos velhos “*cepallinos*”, como nós entendíamos, tudo isso está proibido na OMC.

Então vamos lá, hoje você tem o que é política industrial, ligada na área internacional; a tarifa certamente é dumping e subsídio, salvaguarda, certamente, e depois você tem que é a parte de defesa realmente, mas depois aquilo que a gente adorava usar antigamente era a exigência de conteúdo local, incentivos, subsídio, etc. e tal. De repente isto tudo foi cortado na rodada Uruguai, estamos desde 1995 com muito mais grau de liberdade e política industrial.

Então hoje, o tema político-industrial tem que ser repensada dentro de um quadro não só de restrição de OMC, mas como também de política de concorrência, certamente. Isto é o que eu queria fazer esse gancho. Quanto à sua proposta eu acho perfeito. O que está acontecendo realmente, são segmentações de posições. Como eu falei, eu andei procurando ontem, hoje, uma palavra, e acho que seita é perfeito. Outra coisa que esqueci: na minha seita, advogados e economistas se comem, e eu faço questão o tempo todo de cutucar advogado, adoro, sou economista.

Bom, o resultado qual é? O resultado é que você tem dentro do grupo uma guerra entre esses objetivos, as pessoas, os reguladores etc., mas o seu negócio fantástico é que as pessoas também não sabem, quer dizer, acho que não vejo de outra forma, o pessoal da concorrência é que deveria pensar, escrever, a cutucar, pegar cada um dos itens de negociação, pegar as propostas, está tudo na Internet, dá uma lida rápida e falar assim:

– “Gente, que absurdo! Veja as implicações em termos de concorrência!”

No fundo, vocês é que tem que pegar a Bíblia de vocês que é a lei antitruste e sair fazendo um pouco de catequese encima do negociador e das pessoas que cuidam de comércio externo novo; o negociador lá também, as agências que aplicam as regras do comércio internacional aqui no Brasil.

Eu acho que também o outro lado é verdade, mas a minha cabeça, acho que no momento atual, é mais importante vocês saírem um pouquinho com a Bíblia embaixo do braço e fazendo catequese por causa do momento. O momento é fundamental, é um momento que é incrível gente!

Eu mexo com a OMC há quase trinta anos; aí eu brinco, eu ia com a minha Bíblia embaixo do braço; o pessoal dizia:

\_ "Ih, lá vem a Vera de novo! Porque aquela história, eu chegava dizendo que ia ter uma rodada, mexe com tarifa, mexe com indústria, e o pessoal dizia: \_ "Não! OMC é coisa de governo, deixa para o governo."

Eu falei: "\_ Está errado!" É coisa de vocês, e outro ponto que eu me bato muito atualmente. Eu vou nas reuniões da coalizão empresarial e só se fala de tarifa. E eu digo assim:

"\_ Oh meus senhores, vamos lá, tarifa já era! Você estrebucha a vontade, porque daqui a dez anos não vai ter mais proteção tarifária porque o Regional vai matar você".

O que está acontecendo é que hoje a barreira do comércio internacional é regra, é dumping, subsídio, é; é regra de comércio internacional, é regra de origem que eu não falei, tudo é regra. O que é que vocês estão fazendo para entender essa restrição de regra que é a barreira? Não estão fazendo nada. E aí sempre, eu fiz a proposta para o Dr. Ubiratan para o Ibrac, que eu acho que o Ibrac devia realmente criar grupos de acompanhamentos de regras, e a maneira de fazer isso é ver qual é o impacto do subsídio salvaguarda de regra de origem, todas as regras TBT, todas essas regras, qual é o impacto que isso tem na área de concorrência. No fundo é aquela história, alertar:

"\_ Olha vocês estão negociando isso, presta atenção, você pode estar criando ou colocando lado, criando cartel" .

Eu acho que é um pouco de desolamento, de falta de comunicação, e eu acho que as culturas de Comércio Internacional e de concorrência ainda não estão ligadas, não tem canal de ligação. E isso não é só aqui. Eu estou há dois dias aqui e já participei de vários congressos de competition policies. Senhores, não se fala em nenhum dos instrumentos de Comércio Internacional; nunca é citado nas reuniões, quer dizer, vocês tem uma própria linguagem, os próprios conceitos, uma própria maneira de julgar, de fazer regras, etc., onde a cara de Comércio Internacional está fora, não existe. Quer dizer, também não faz parte do mundo de vocês que eu concordo é difícilimo, só vai ter toda a razão, complicadíssimo, mas eu acho que tem que fazer, vocês estão fazendo regra e legislando e fazendo investigação para um futuro próximo.

Mais uma

- Tem uma feijoada esperando...

- Depois disso tem mais uma pergunta escrita que eu vou ler após a pergunta do Marcos Vinícius.

## **MARCOS VINÍCIUS DE CAMPOS**

Professora Vera e Elizabeth, eu gostaria de um comentário sobre o seguinte tema: em 1987 dentro da agenda bilateral, Estados Unidos e Japão, os americanos chegaram à conclusão que um dos principais motivos da competitividade das empresas japonesas nos Estados Unidos era a falta de aplicação da lei anti-monopólio japonesa e obrigaram o Japão a implementar corretamente, segundo a visão deles a legislação concorrencial.

A professora Vera falou que a Índia e os países Asiáticos parecem que estão meio reticentes a qualquer assunto de concorrência e comércio. Parece que eles têm uma justificativa, que eles tem que saber.

Na sua visão Vera, e na sua visão Elizabeth, porque que o Brasil está tão diferente da Índia e dos Países Asiáticos em relação à política de desenvolvimento vis a vis, essa idéia de concorrência como remédio para tudo.

## **ELIZABETH FARINA**

Marcos, ontem eu me surpreendi aqui de alguém comentando sobre a legislação anti-monopólio no Japão e o papel do MITI etc.

Há muito tempo atrás, eu não sei se você estava presente ou viu um Seminário no Largo São Francisco onde tinha o pessoal do MITI japonês e o pessoal da agência de concorrência O FTC deles também, com tradução subsequente quer dizer, um falava em japonês, outro traduzia na seqüência tal, e tudo parecia assim um mar de rosas, quer dizer, eles se entendiam perfeitamente.

Aí na conversa depois fora do palanque, o pessoal de concorrência falou:

\_ "Nós temos atritos fenomenais com o pessoal do MITI, nossa sobrevivência lá é muito conflituosa!"

Mas não só no Japão, como eu não conheço nenhum país onde a defesa da concorrência ganhou a briga com o pessoal de desenvolvimento, de política industrial, etc.. Eu não conheço nenhum exemplo onde o pessoal de concorrência ganhou esse embate. Talvez porque clientes, consumidores, se-

jam um conjunto muito amplo de pessoas que tenham interesses muito diversos. Em certos momentos, os tais clientes viram os fornecedores que querem agir anticompetitivamente; então na área de política industrial os grupos são muito mais claros, os interesses são muito mais caros e acaba que a política industrial domina a política de concorrência.

Essa é minha experiência, não sei se alguém tem uma opinião diferente, quer dizer, eu não consegui ver nenhum caso histórico.

Eu não acho que o Brasil seja um caso totalmente diferente, eu acho que os momentos foram diferentes. Nós entramos nessa discussão num momento em que de fato os mercados estavam se abrindo muito mais, não porque se descobriu e todos chegaram a um acordo que a concorrência era o melhor caminho e que nós tínhamos que abrir mercados, etc, mas por uma falência das instituições anteriores de desenvolvimento e da capacidade do Estado de financiar essas ações. Então, muitas vezes o pessoal fala:

"\_ Ah! fez uma abertura neoliberal e o Estado saiu achando que..."

Não, não achava nada, ele perdeu a capacidade de fazer e nós não tínhamos muitas alternativas. Parece que a gente tinha, mas a gente não tinha muitas alternativas. Mas o fato é que eu acho que a gente veio depois dessa política japonesa, etc., e aí existe uma discussão, mesmo entre a literatura que analisa o desenvolvimento japonês: se nos mercados em que eles de fato tiveram sucesso nas suas políticas industriais não foram aqueles que eles estavam muitos expostos à concorrência? Não necessariamente no mercado doméstico, mas no mercado internacional, e existem vários exemplos no Japão que o desenvolvimento foi muito precário e foram aqueles exatamente onde a concorrência internacional não se fazia sentir; eles não estavam nem nos mercados internacionais, nem era possível isso nos mercados domésticos e, portanto, a competitividade também não foi, vamos dizer assim, incentivada pelo processo de concorrência que é uma relação que o Michael Porter discute muito, ele diz:

"\_Olha, quem são aquelas empresas ou setores nacionais que estão mais aptos a enfrentar a concorrência internacional? São aqueles que, exatamente, experimentam uma maior concorrência nos mercados domésticos." .

Então eu acho que existe um conflito latente porque os grupos, existe um efeito distributivo importante ao adotar essas regras e essas políticas, mas não existe vamos dizer assim, uma incompatibilidade intrínseca entre concorrência e a capacidade de desenvolvimento; acho que, pelo contrário, nós podemos sim ter desenvolvimento com menores custos com concorrência.

Eu acho que existe espaço para a política industrial, mas de outra natureza, e daí a gente precisaria de um tempo a mais para conversar.

- Meio segundo também para eu dar a resposta.
- Professora Vera quer complementar também, não resistiu...

## VERA THORSTHENSEN

Eu acho que um pouco dessa angústia que nós temos e que a gente está dividindo aqui com vocês, tem muito a ver com as minhas religiões pagãs, as minhas duas religiões.

No momento em que o comércio internacional tem como ídolo o produtor, como bem colocou Elizabeth, e a seita da concorrência como ídolo o consumidor, o problema é o seguinte: se você pensa em termos de exportação, de eficiência exportadora, fica muito claro por que a Índia não quer ir, porque esses países de terceiro abominam, eles falam assim:

"\_Nós não temos por lei da concorrência e não queremos vocês, a OMC está inventando um acordo que me obriga ter."

Então problema lá e bom, quem não quiser ter. A solução da comunidade é ser plurilateral. Entra quem quer, o que quebra todo o espírito arrogante, dado a Uruguai que tem que todo mundo entrar, etc. e tal. Então, de novo os nossos objetivos são diferentes, mas Países Civilizados, por favor, o produtor geralmente se organiza, mais e consegue fazer mais pressão e obtém mais resultados. Eu acho que hoje no mundo brasileiro, é impossível você pensar em não ter mais uma lei que defenda o consumidor. E tem custos e tem implicações; eu acho que isso a gente vai ter que viver como essa de dicotomia o resto da vida.

- Muito obrigado. Mais uma pergunta, eu vou ler uma pergunta escrita; em seguida temos a pergunta do Dr. Marcelo Calliari.

A pergunta é do **Dr. Aurélio Marchini**, advogado, dirige-se à Professora Vera:

Levando-se em consideração o novo estágio de comércio e negociações mundiais e o necessário posicionamento do Brasil nesse contexto, pergunto: O que tem sido feito para se identificar os interesses e pontos sensíveis brasileiros, mapeamento da indústria, conhecimento, etc?

## VERA THORSTHENSEN

Olha isso é uma excelente pergunta.

O Brasil mudou muito.

Antigamente, as negociações multilaterais eram feitas realmente à portas fechadas e o próprio governo definia o que era interesse nacional, ia lá e negociava, etc. e tal. Nos últimos anos, desde que eu estou trabalhando nesta área, é impressionante a quantidade de reuniões, a quantidade de grupos formados, reuniões de colisão exterminadas, reuniões sobre Alca, reunião sobre a OMC, reunião de acordo, quer dizer, eu acho que nunca na minha longa vida de comércio internacional, nunca a sociedade foi tão consultada e fala tanto, e tem os grupos de... já sei, o Dr. Bessa está me olhando com cara de que é pouco..., eu acho que é pouco sim, mas vamos lá!, Historicamente, querendo ou não é um fato que é importante, nunca foi feito, e isto está acontecendo em termos do mundo inteiro. Hoje o negociador antes de abrir a boca fala:

"\_ Sinto muito, a pressão é brutal e eu não posso voltar para casa sem isto."

Quer dizer, ele tem, ele sente a pressão da sociedade civil atrás dele, o que eu acho excelente.

## **TULIO DO EGITO COELHO**

- Este processo de transparência realmente é muito importante.

O Itamaraty tem feito um progresso enorme. A Carta de Genebra é uma demonstração disso; mas isso ainda não é o uniforme, diria que realmente ainda há alguns setores fechados, a coalizão internacional brasileira tem um papel importante em termos de organização dos setores industriais brasileiros, mas ainda as informações não circulam de maneira adequada, poderia melhorar muito. Outro dia a CNI promoveu um Seminário da maior relevância com palestrantes internacionais, mas fechados a um grupo de 20 pessoas, foi uma coisa quase que secreta. Isso realmente nós não conseguimos compreender porquê isso, tenho certeza, que isso vai aos poucos evoluindo também.

## **VERA THORSTENSEN**

Só pegando esse gancho.

Esse é um desafio que eu faço ao Ibrac , se não me engano no *working group da Competition Policy*, já colocados agora desde que a rodada começou, nós já temos uns 20 ou 30 papers, e eu trouxe vou deixar aqui com o Ibrac. Espere-me alguns dias que eu já mando por e-mail a versão final, o

relatório anual, que tem um resumo brilhante pessoal, lá é muito bom, de todos os pontos que estão sendo negociados. Vocês, da área de concorrência vão adorar, porque ele pega os grandes itens da negociação e coloca sem identificar os países quem está defendendo cada um. É um paper de umas 60, 70 páginas que eu recomendo vivamente para vocês entenderem o que está acontecendo em Competition na OMC. Isto eu acho que é um fato para vocês perceberem, vocês que são da área, o que o povo de lá está discutindo.

- Desde já agradecemos à Professora Vera por mais esta contribuição ao debate à transparência do que está acontecendo.

Tenho certeza que esse paper vai contar um meio de fazer chegar a todos vocês.

Sem mais delongas, o Dr. Marcelo Calliari gostaria de fazer uma pergunta, e eu apenas devo que informar que temos 18 minutos.

- O feijão está secando....

- O feijão já está lá, nós estamos fazendo aqui com a concorrência uma feijoada que eu não sei por quanto tempo vou conseguir resistir... ; Dr. Marcelo.

## **MARCELO CALLIARI**

Na verdade é um comentário que eu gostaria de fazer que eu acho que tocam em alguns dos pontos que foram tratados recentemente na questão da tensão entre concorrência e comércio, dos lobbys internos que o Conselheiro Cleveland mencionou, e mesmo na participação dos Estados Unidos num grupo de concorrência que a Professora Vera aludiu anteriormente.

Os Estados Unidos, em algumas das reuniões de concorrência, na verdade em todas elas, vinham sendo sistematicamente bombardeados pelos países, principalmente asiáticos, alguns africanos e até latino-americanos, exatamente em função da contradição entre o discurso pró-concorrência que eles apresentavam nesse grupo e em muitos outros fóruns, e a utilização de políticas de defesa comercial que tinham um efeito economicamente de uma maneira muito fácil de demonstrar anticoncorrencial. E isso, cada vez que eles abriam à boca para se manifestar no grupo de concorrência, eles eram cobrados por Hong Kong, por Índia, por Paquistão, Egito, e chegou num ponto em que os americanos falaram:

"\_ Se a gente não conseguir discutir concorrência sem menção à dumping, sem menção à subsídios, nós vamos parar de discutir isso aqui."

Na verdade eu não tenho dúvida disso, um americano me falou posteriormente, foi um dos grandes motores para a criação da International Competition Network, que a gente discutiu ontem. Era os Estados Unidos buscando um fórum para discutir concorrência na dimensão internacional que não tivesse essa vinculação com dumping, à qual eles têm um talhado indivíduo gigantesco, eles admitem isso.

Parte dessa disputa interna nos Estados Unidos entre o pessoal do comércio e o pessoal de concorrência, como aconteceu no Japão acontece também nos Estados Unidos, o pessoal da área de defesa da concorrência sofre cada vez que uma medida de defesa comercial é imposta. Eles têm brigas internas e como a Professora Elizabeth Farina falou, lá também em geral o pessoal de comércio ganha. Em função dos lobbys muito mais poderosos dos produtores organizados em defesa dos seus interesses do que associações de consumidores eventualmente organizados poderiam fazer. E mesmo as autoridades refletem essa divisão de poder e o pessoal do West York acaba ganhando na OMC.

Evidentemente um outro impulsionador, sem dúvida para a ICN deslançar, foi a decisão da União Européia no caso de *HONEYWELL*, que mostrou para os Estados Unidos que eles não podiam mais ficar isolados.

As decisões de concorrência de outros órgãos do mundo afetavam diretamente o que acontecia nos Estados Unidos com a decisão externa que impediu duas empresas americanas de se juntarem e que tinha sido aprovada nos Estados Unidos. Aí fortaleceu a intenção do pessoal de concorrência: eu preciso de um fórum internacional para discutir essa questão. Como a OMC traz o ônus e discute dumping cada vez que eu menciono essa questão, eu vou tentar abrir um fórum novo. Evidentemente como esses fóruns vão se desenvolver, isso foi levantado ontem pela mesa que discutiu a ICN, ainda está em aberto, qual fórum vai andar mais. Existem características muito diferentes e toda a questão de obrigatoriedade às normas da OMC, a possibilidade de recurso ainda que vise soluções de controvérsias, colocam uma questão muito interessante na questão de discussão nesse fórum.

Eu só queria fazer um outro comentário, que aí se eu citar uma reação das nossas palestrantes..., foi mencionado o caso dos Pareceres das Secretarias do Brasil, da SDE e da SEAE, sugerindo alteração na política comercial brasileira com relação à alguns produtos na análise de determinados casos.

Um caso curioso aconteceu no Canadá, que a autoridade de concorrência aprovou uma fusão condicionada à retirada de uma tarifa específica, e na verdade o que ela fez foi inverter o incentivo das partes que ela falou:

"\_ Vocês, duas empresas que querem se fundir, tem que conseguir junto aos órgãos de comércio a retirada dessas tarifas, se não eu não deixo a fusão acontecer."

Em geral os defensores da manutenção da tarifa foram colocados numa posição em que: "vocês querem essa posição vocês vão lutar contra isso."

De repente, além da atuação relativa aos órgãos internacionais, aos organismos internacionais que a Professora Vera estava falando, uma atuação importante das autoridades da defesa da concorrência pode ser internamente também de defender alterações de política comercial com embate da concorrência.

Eu queria um comentário das palestrantes.

Eu acho que esse tipo de observação merecia ser levada para frente.

Quer dizer, será que o Brasil não devia fazer uma pressão muito maior ligando concorrência e antidumping lá?

Quer dizer, isso é um tema a ser discutido no nível de vocês e ser passado para a frente, teremos ou não que o tema antidumping, concorrência, segue colocado explicitamente como posição no Brasil; isso não existe, ainda não.

- Os três minutos, eu vou ler uma pergunta então da Dra. **Adriana Dantas**, perguntando para a Dra. Vera:

A estratégia brasileira nas negociações na área de concorrência tendo em vista a postura ativa e agressiva do Brasil no sentido de haver maior flexibilização para implementação de políticas públicas, a postura que se destaca nas áreas de investimentos, recente propositura, e propriedade intelectual...

Adriana, você gostaria de explicar?

- Alguém tem um microfone?

## **ADRIANA**

Gostaria de saber como seria a estratégia brasileira no âmbito específico da concorrência e nas negociações de Doha, considerando que o Brasil tem tido uma postura muito ativa, liderando os países em desenvolvimento...

## VERA THORSTENSEN

- Em outras áreas também...Bom, está claro...

A história é a seguinte: O Brasil, a história do bom menino, o Brasil tem uma legislação, tem órgãos reguladores, ele está fazendo internacionalmente um papel brilhante em relação à competição, não há dúvida nenhuma. E essa foi a posição do Brasil nesse grupo de estudo, um working grupo, ainda não é Comitê, porque não tem acordo e o Brasil tinha um papel predominante, e como metade dos países queria, metade não queria, o fato do Brasil, que era o único país em desenvolvimento defendendo um acordo multilateral, estava causando um peso muito grande.

Agora o que acontece é a prioridade do Brasil? Não.

Claramente as prioridades do Brasil são agricultura, qualquer coisa e muito na agricultura, a reforçar toda a parte antidumping e antisubsídio, porque isto é um problema seríssimo para a nossa exportação, e depois você tem toda uma parte de Trips de saúde que está nos jornais, por favor que é a história do tema de hoje de manhã; se você quebrar a patente, fazer alicerce compulsório e realmente produzir medicamentos para as chamadas doenças endêmicas da saúde pública e você tem para um assunto complicadíssimo, delicadíssimo, que é a abertura do acordo de **Trips**; a gente quer ou não reabrir porque a gente que existe um espaço importante para a política industrial no Brasil agora, quer dizer das prioridades, claramente leia a Carta de Genebra, as prioridades estão claríssimas.

Agora, a Comunidade está cobrando:

\_ "Vocês eram tão importantes."

E a gente:

"\_ Tudo bem, dá lá o espaçozinho agricultura e a gente senta do lado de vocês denovo senão realmente não tem."

Nós estamos muito bem em competição, para nos tornarmos *demandeurs* nesta área lá.

Investimento, nós não precisamos de acordo, nós temos quantos acordo de investimento? Nenhum foi aprovado pelo Congresso, teve um problema para a atração de investimento, nenhum. Então é outra área que a gente, e a nossa lei 4131 é uma maravilha e pronto, estamos muito bem na área internacional.

- Muito obrigado. Agora poderemos ir à feijoada, mas antes o encerramento.

Em primeiro lugar, realmente eu fico muito contente em ver que nós conseguimos manter o público, concorrer com a feijoada até essa hora, eu estava muito preocupado que o nosso painel fosse para depois da feijoada.... Já estávamos até combinando com o Dr. José Carlos Busto de colocar alguns animadores, colocar todo mundo para fazer polichinelo antes, mas isso não foi necessário e eu fico realmente muito contente em ver como o tema hoje, é um tema que realmente é capaz de atender, manter, todos os senhores atentos até essa hora.

Então agradeço muito às nossas apresentadoras; à Dra. Vera, à Dra. Elizabeth Farina pelas suas excelentes apresentações; eu gostaria de passar os trabalhos para o nosso presidente Ubiratan Mattos para fazer o encerramento deste Seminário que certamente também vai ficar marcado na história, sobretudo com essa perspectiva de mudança de ampliação....

### **VERA THORSTENSEN**

- Acho que de diálogo.... Acho que o importante é isso.

- Essa foi uma grande contribuição.

Muito obrigado pela Professora Vera, suas palavras... são realmente muito instigantes ver que os limites desses temas são enormes; aliás a Dra. Vera costuma dizer que o nível normativo da OMC no que se refere à interferência na nossa vida pessoal é de tal ordem que daqui a pouco nós não vamos ser capazes de comer queijo parmesão...

- Ah é...

Como ela costuma sempre dizer em razão de regras, inclusive da origem...

- Indicação geográfica; o queijo parmesão deve ser aquele...

- Comprado em Parma...pagando tarifa, se não, não pode! Aqui no Brasil não pode usar. Então é capaz de mexer, um prazer se comer um pão, parmesão e mais...

Com a massa de domingo...

Especialmente à concorrência. Também é bom lembrar que isso é apenas como vocês ouviram aqui, apenas um aperitivo porque nós vamos ter na segunda-feira, o Ibrac comprometido com o tema, aproveitando a vinda da Professora Vera ao Brasil, na segunda-feira nós teremos um dia inteiro de

palestras da Professora Vera em que ela estará em mais detalhes nos atualizando sobre o que está acontecendo denovo num dos vários fronts das negociações que tem em torno da rodada de Doha. Então, realmente é um prazer e uma oportunidade muito especial para aqueles que puderem participar.

E também gostaria de lembrar aqueles que são observadores e cada vez mais engajados, precisam estar engajados neste tema, a carta de Genebra.

A carta de Genebra é um instrumento importantíssimo que a missão permanente em Genebra têm nos propiciado; aliás a redatora está aqui do meu lado, a própria Professora Vera que tem por esse instrumento está disponível pela Internet nos atualizado em relação a todas as novidades, a todos os acontecimentos importantes de maneira bastante didática inclusive, muito bem escrito. Então eu recomendo a leitura constante da Carta de Genebra que começou agora em janeiro.

Uma observação para comprovar o que eu estou falando: a Carta de Genebra já está no 10º número, nós começamos extremamente didáticos, agora entramos em velocidade cruzada, agora a gente fala legatês.

Eu fiquei bastante preocupada quando ontem encontrei um grande amigo meu que disse assim:

" Vera, está complicado demais!"

Ele é uma grande especialidade em área de competition. Então atenção, isso já aconteceu várias vezes: a seita de concorrência não pode, de maneira nenhuma, achar que não está entendendo o que está acontecendo com o comércio exterior; então está na hora de sentar e estudar.

Eu recebi três indicações de três pessoas diferentes, quer dizer, é aquela história: se vocês da concorrência não conseguem legatês, por favor, isso tem que ser feito já, tem que quebrar essa barreira; eu fiz um esforço danado, entendo de competence, então por favor, vocês tem que entender de concorrência.

A carta está aí, por favor, já combinei de estar sendo distribuída no Ibrac, também no site do Ibrac.

Muito obrigado mais uma vez à Dra. Vera e eu gostaria de passar à palavra à Profa. Elizabeth Farina; sem dúvida alguma uma das mais brilhantes economistas do Brasil, especialmente no tema de concorrência. A Profa. Elizabeth Farina é conhecida de todos nós, é diretora do Ibrac, tem uma ligação com essa área de longo tempo, portanto dispensa maiores apresentações e eu gostaria então de passar à palavra, todos teriam a honra de ouvi-la



## ENCERRAMENTO UBIRATAN MATTOS

No Ibrac temos encontrado muitas figuras provocadoras entre elas a Vera. Todas elas acabam até se surpreendendo com a forma que nós reagimos a essas provocações. Porque nós aceitamos as provocações e aceitamos os desafios.

Dentro deste laboratório de idéias que é o Ibrac, é que as idéias se desenvolveram, se tornaram realidade, e aí poderiam ser mencionados vários programas do dia-a-dia do Ibrac, por exemplo, o curso permanente, o círculo de debates na USP, concurso de monografia, a nossa recente parceria com a International Competition Network; para quem não sabe o Ibrac está cadastrado como membro da ICN, na condição de ONG. Temos um convite do John Clark para participarmos como observadores na OCDE, temos acordos de cooperação que com o CADE, com o SDE, com a SEAE. Por último lembro a provocação da Professora Vera em Campos do Jordão em agosto, quando surgiu o tema da defesa comercial. Terminado o evento o que aconteceu? Nós fomos a Genebra e assistimos lá alguns trabalhos e criamos então esse programa de Defesa Comercial no seio do Ibrac, que é um programa amplo, ele tem início segunda-feira em São Paulo, é um programa, é um curso, sobre a OMC e a Rodada de Doha. Vamos manter os cursos permanentes sobre Defesa Comercial na consecução daquilo que nós nos comprometemos, que é a criação de um núcleo de especialistas em Defesa Comercial.

Tendo ouvido as palestras que foram proferidas desde sexta-feira, eu constato, isso é uma repetição recorrente nos nossos eventos, como as idéias se desenvolvem e como se aprimoram as qualidades das palestras proferidas, o cuidado na apresentação e o prestígio que isso resulta para o Ibrac.

Tenho recebido cumprimentos pelo sucesso do evento, e está na hora de retornar estes cumprimentos a vocês, porque o sucesso do evento deve-se à presença de vocês, ao apoio e ao incentivo que vocês dão ao Ibrac para prosseguir com estas iniciativas. Então agradeço muitíssimo este apoio, espero poder continuar contando com ele, faço um agradecimento especial ao CADE na presença do Doutor João Grandino Rodas, à Secretaria de Direito Econômico na presença da Dra. Elisa, e à SEAE na pessoa do Dr. Claudio Considera.

A todos vocês, muito obrigado e nos vemos proximamente num evento de Defesa Comercial e também no evento de Defesa da Concorrência.

Muito obrigado.



**RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC****DOCTRINA**

Autor	Título	Vol./ Nº
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Ga- briel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da con- corrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gon- zaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Andrade Jr, Anto- nio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de pro- priedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrên- cia 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 infra- ção 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 adminis- trativo	3-6
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura	10-1

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 Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1

Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
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 power: how to identify it	4-6
Considera, Claudio Monteiro	Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência	9-5
Costa, Maurício de Moura	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	Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP	9-5
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8

Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinício Chein Feres	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8- 3

Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
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	Doutrina do Elo Verde: a importância do direi-	5-8

Eintoss	to ambiental para o direito da concorrência	
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
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9

Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curriel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovanni Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4

Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anti-competitivas 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 Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6

Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, 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
Pereira, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações	10-1
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder	3-5

	de mercado no âmbito da defesa da concorrência	
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 Marti, 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. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos	9-5
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defe-	10-1

	sa da concorrência no século XXI	
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Anderson Souza da	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Step toe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Step toe, 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 extra-territorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9

Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

### ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CIL-PE -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.	3-4

	(Halliburton Serviços Ltda.)	
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	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. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Teceragem 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, Tequiza e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini ( papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Compac 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 investimento S/A; Brasmata Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

## PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X 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 de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex 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	5-8

	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/9 5-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/9 5-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/9 7-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/9 8-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/9	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/9 5-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/9 8-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2 000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

## REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/9 4	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
	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representa-	5-1

102/9 3	ções Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	
160/9 1	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/9 2	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

## JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

## LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilíngue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilíngue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilíngue) 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	4-1

Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2

Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998	6-4

Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	
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 n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency 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
"Dumping e Concorrência Externa"	1-3
"Concorrência no Mercosul"	1-3
“Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade”	3-1
II Seminário Internacional de Direito da Concorrência	3-6
V Seminário Internacional de Direito da Concorrência	7-4
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6

VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2
--	------

[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)  
e-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)