

# Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,  
Consumo e Comércio Internacional

Ano 1 número 1  
Março 2010

**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**

Presidente: Marcelo Procópio Calliari

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

**Conselho Editorial:** Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.  
Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 1 número 1  
Março 2010

**SUMÁRIO**

<b>NOTA DE BOAS-VINDAS .....</b>	<b>4</b>
<b>SEGREDO NA ANATEL.....</b>	<b>5</b>
Pedro Dutra.....	5
<b>ELISÃO (CIRCUMVENTION) DO DIREITO ANTIDUMPING NO BRASIL .....</b>	<b>7</b>
Ricardo Inglez de Souza.....	7
<b>EFICIÊNCIAS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO .....</b>	<b>8</b>
João Paulo Garcia Leal.....	8
<b>AUTORIDADE NORTE-AMERICA ESTUDA NOVO MÉTODO PARA ANÁLISE DE FUSÕES .....</b>	<b>11</b>
Fabiana Tito, Silvia Fagá de Almeida, Gustavo Madi Rezende.....	11
<b>A REPRESSÃO AOS CARTÉIS .....</b>	<b>15</b>
Pedro Dutra.....	15
<b>ENTENDENDO A RETALIAÇÃO AO TIO SAM.....</b>	<b>19</b>
Leonor Cordovil e Ana Thereza Carvalho .....	19

## NOTA DE BOAS-VINDAS

O IBRAC conta, hoje, com duas publicações de grande importância: sua Revista, que completa 15 anos, e o Clipping, que vocês recebem por email. Faltava espaço – e esta era a reclamação de nossos colegas – para manifestações mais curtas, mas não por isso menos relevantes, que pudessem ser escritas sem o formalismo exigido pela nossa Revista e, ao mesmo tempo, com a agilidade exigida pela nossa prática.

Demanda atendida. Apresento-lhes nosso Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC, que será publicado todos os meses, com o objetivo de, em curto espaço, atualizar, contar, refletir, criticar.

As manifestações e artigos devem ter entre três parágrafos e cinco folhas e não há necessidade de um formato específico. Para que sejam publicados no mesmo mês, os textos devem ser enviados até o dia 20. Cabe lembrar que o que está escrito não reflete a opinião do IBRAC e nem de seus Membros. Os autores são responsáveis exclusivos por seu conteúdo.

Este espaço é nosso. Sejam bem-vindos!

Leonor Cordovil  
Diretora de Publicações do IBRAC

Marcelo Procópio Calliari  
Diretor - Presidente

## SEGREDO NA ANATEL

*Pedro Dutra*

Segunda-feira última, dia 22, foi posta em consulta no âmbito da ANATEL proposta da conselheira Emília Ribeiro de um novo Regimento Interno da agência, sugerindo a mudança de “diversos procedimentos da agência para que ela atenda melhor ao princípio da transparência.”<sup>1</sup>

A sua vez, o Ministério Público Federal do Distrito Federal também acompanha a questão da publicidade da ANATEL e “abriu processo preparatório para apurar eventual violação ao princípio constitucional da publicidade dos fatos da administração pública. O procurador da República Marcus Marcellus Goulart enviou ofício à Anatel na última quinta-feira (18), solicitando informações sobre como a agência tem dado publicidade aos procedimentos para apuração dos descumprimentos de obrigações (Pados), bem como às sessões e votos do Conselho Diretor. (...) “Vou acompanhar esse processo para ver se o interesse público é contemplado”, disse. Caso não mude seus procedimentos, o MPF-DF pode instaurar um inquérito público civil e estudar medidas judiciais para o enquadramento da agência.”<sup>2</sup>

Embora auspiciosa, a notícia é desalentadora. Pois, a regra da publicidade, como se sabe de extração constitucional, obriga a todo órgão público a agir conforme a sua designação específica: publicamente. Já o primeiro conselho da ANATEL não cumpriu esse dispositivo constitucional, tornando secretas as suas reuniões e não registrando seus votos devidamente. Em artigo escrito no ano passado – *Anatel Pública*<sup>3</sup> – mostramos ser inafastável a publicidade dos atos da ANATEL, em especial das reuniões do seu conselho.

Não pode haver a intervenção democrática do Estado na economia se os órgãos para esse fim criados, tais as agências reguladoras, como a ANATEL, agem em segredo, afastando a presença de advogados, procuradores, economistas, administrados e da imprensa.

Não é o agente ou o órgão que dá publicidade a seus atos: é a Lei. Àqueles cabem cumprir a Lei, não vedando ao público o que, público, diz ser a Lei.

---

<sup>1</sup> Revista eletrônica PAY TV, edição de 22 de março de 2010.

<sup>2</sup> Revista eletrônica Telesíntese, edição de 23 de março de 2010.

<sup>3</sup> DUTRA, Pedro. *Anatel Pública*. In: Revista de direito de informática e telecomunicações – RDIT. Ano 3. n. 5. julho/dezembro 2008.

A ANATEL ao vedar a publicidade as suas reuniões de conselho – ao que aí dizem seus conselheiros – descumpra a Lei – e marginaliza a sociedade, os usuários de seus serviços, precisamente estes cuja defesa dos interesses faz o objeto da ação da ANATEL.

A administração pública, em uma democracia, não convive com segredo. Ao contrário, ela deve agir na plenitude do dia. A democracia é um regime solar. É preciso, portanto, tornar a ANATEL pública.

Todos os advogados e economistas, em especial aqueles atuantes na esfera do direito econômico e na economia da regulação, devem ter na causa da publicidade dos atos de órgãos reguladores uma das suas mais importantes e permanentes causas.

## ELISÃO (CIRCUMVENTION) DO DIREITO ANTIDUMPING NO BRASIL

**Ricardo Inglez de Souza<sup>1</sup>**

O Decreto nº 7.096/10, publicado em 4 de fevereiro de 2010, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro maior segurança para a extensão de direito antidumping aplicado pela autoridade brasileira. Embora já houvesse dispositivo na Lei 11.786/2008 que previa a possibilidade de se estender direitos antidumping ou compensatórios para outros países ou produtos com o intuito de evitar a burla do direito original, com o recente Decreto esta possibilidade começa a ganhar contornos mais definidos. Estes contornos geram maior segurança jurídica, o que é essencial para peticionários, autoridades e partes afetadas.

O Decreto prevê que a Secretaria de Comércio Exterior - SECEX deverá decidir sobre a abertura de investigação para averiguar a ocorrência de práticas elisivas que frustrem a cobrança de medidas antidumping e compensatórias. O Departamento de Defesa Comercial - DECOM, por sua vez, deverá propor a abertura e conduzir a investigação sobre a existência de tais práticas para driblar o direito antidumping ou medida compensatória aplicada. Além disso, o DECOM deverá também propor a regulamentação dos procedimentos relativos às investigações de defesa comercial.

O IBRAC, através da Diretoria de Comércio Internacional e em colaboração com diversos associados, está trabalhando na análise desse importante instrumento com o intuito de desenvolver um material que possa servir para ampliar o diálogo e tornar este instrumento uma efetiva ferramenta de defesa comercial no Brasil, sem deixar de lado os princípios jurídicos expostos em nossa Constituição Federal e nos tratados internacionais de que o Brasil é parte.

---

<sup>1</sup> *Diretor do IBRAC e sócio do escritório Demarest Almeida Advogados*

## EFICIÊNCIAS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

João Paulo Garcia Leal<sup>1</sup>

### Introdução

É mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha do que um ato de concentração ser aprovado por suas eficiências.

Digamos que o preço do produto comercializado por uma empresa seja igual ao seu custo de produção acrescido de uma margem bruta de lucro, que expressa a avaliação que a empresa faz, em dado momento, de sua posição competitiva em sentido amplo. Após um ato de concentração, a empresa reavalia a margem de lucro que vinha utilizando, aumentando-a. Eis o chamado *poder de mercado*, cujo exercício levará a um preço tanto maior, quanto menor for a concomitante diminuição dos custos, isto é, os *ganhos de eficiência* engendrados pelo próprio ato de concentração.

São dois os “buracos das agulhas” pelas quais devem passar os atos de concentração. O primeiro refere-se à “quantidade” de eficiências necessárias para compensar o aumento do poder de mercado que resulta do ato de concentração. Essa questão não será discutida aqui. O segundo “buraco” é qualitativo: quais eficiências são aceitas para aquela compensação?

### 1. Eficiências Cognoscíveis

As considerações que seguem desdobram-se na identificação das eficiências aceitas como válidas na análise de atos de concentração e na apresentação do tratamento do tema em duas decisões seminais no CADE: a compra do G. Barbosa pelo Bompreço (AC nº 08012.006976/2001-58, relatado pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira) e a compra da Garoto pela Nestlé (AC nº 08012.001697/2002-89, relatado pelo Conselheiro Thompson Andrade).

#### 1.1. Eficiências Específicas

São consideradas válidas apenas as eficiências *específicas* do ato de concentração, isto é, aquelas que podem ser realizadas unicamente por meio dele e não por outros meios quaisquer menos lesivos à concorrência.

---

<sup>1</sup> Economista. Sócio da EDAP - Edgard Pereira & Associados

Quando alcançáveis por outros meios, as eficiências não seriam intrínsecas à operação e, por isso, não são aceitas como compensação do exercício de poder de mercado. Na prática, o “buraco da agulha” encontra-se na admissão de quaisquer outros meios como alternativas válidas ao ato de concentração sob análise, não importando quão improváveis ou potencialmente prejudiciais à concorrência sejam.

O Conselheiro Cleveland fez a seguinte consideração no ato de concentração de que foi relator: *“Sabe-se que as fusões que ocorrem em mercados concentrados podem realçar o poder de mercado e não distribuir os benefícios conseguidos. Nesse sentido, seria preferível que as eficiências alegadas pelas empresas fossem alcançadas de outras formas que não através da aquisição proposta. Uma alternativa seria a venda da G. Barbosa a outra grande rede possibilitando alcançar muitas das eficiências alegadas nos pareceres, provenientes da substituição de uma gestão familiar por uma gestão profissional e moderna. Aliás, não se trata de uma opção descabida, na medida em que no próprio leilão de venda das empresas do Grupo Ahold no Brasil, três redes de grande porte manifestaram interesse em adquiri-la”*.

Ressalvando que a citação não faz jus ao voto, quando há forte probabilidade de prejuízo para a concorrência em razão do ato de concentração em análise, é preferível que as eficiências alegadas possam ser alcançadas por meios alternativos, desde que *factíveis e menos prejudiciais à concorrência*. A existência de outros compradores pode tornar factível a alternativa aventada, que, porém, pode ter impactos concorrenciais tão prejudiciais quanto os do ato de concentração em apreço.

No AC Nestlé-Garoto foi alegado que a Garoto possuía um sistema de cobertura de chocolate mais econômico do que o da Nestlé. Para o relator, *“se essa tecnologia for mesmo inovadora ... poderia ser utilizada também por outras empresas produtoras de chocolates com menor participação de mercado, tornando esta eficiência não específica da operação”*. Nesse exemplo, que também não faz jus ao voto, a alternativa aventada é claramente especulativa e a ausência de impactos negativos para a concorrência, uma mera suposição.

## **1.2 Eficiências Pecuniárias**

Um ato de concentração pode trazer redução de impostos pagos ao governo ou diminuição dos preços pagos aos fornecedores, por exemplo. Porém, ganhos de eficiência dessa natureza, uma vez que representam uma

mera transferência de renda entre agentes econômicos ou são expressão em si do exercício de poder de mercado, não são aceitos como válidos na análise do ato de concentração.

O Conselheiro Cleveland recusou eficiências relacionadas à isenção do aluguel pago pelos *pin pads* (as maquininhas que fazem os pagamentos por cartão de crédito e débito, por exemplo): “*esta isenção foi conseguida tão somente pelo maior poder de barganha e/ou melhor negociação dos contratos realizados com a rede Bompreço*”. Detalhe: o adquirente já possuía contrato que o isentava do pagamento e apenas haveria a extensão da isenção ao G. Barbosa. Com idêntica fundamentação, o Conselheiro Thompson recusou reduções de custo decorrentes do *realinhamento de preços de matérias-primas e insumos* no AC Nestlé-Garoto.

De passagem, nota-se uma forte contradição, que consiste em exigir eficiências capazes de anular qualquer prejuízo para os consumidores, mas, ao mesmo tempo, descartar *a priori* eficiências que podem ser benéficas a estes.

De qualquer modo, há uma distinção mais geral a ser feita quanto às reduções do preço pago aos fornecedores que, de um lado, têm origem no exercício do poder de mercado resultante do ato de concentração ou, de outro, representam apenas a generalização de condições comerciais previamente existentes para uma das partes. Nesse caso, não há nexo de causalidade entre o poder de mercado (de compra) e o ato de concentração (vale mencionar, também apenas de passagem, que esse ponto difere e é mais simples do que o exercício de poder de mercado compensatório, admitido como “eficiência” de atos de concentração).

## 2. Considerações Finais

Há uma grande relutância em se admitir ganhos de eficiência como compensação do acúmulo de poder de mercado. A relutância advém, principalmente, da assimetria de informações que pesa em desfavor da autoridade administrativa e da incerteza quanto às eficiências alegadas (embora o exercício do poder de mercado faça parte também do mundo das possibilidades).

Compreensível ou não, essa cautela ultrapassa o desejável quando eficiências plausíveis e quantitativamente significativas são recusadas em nome de uma genérica *transferência de renda* entre agentes econômicos ou de *outros meios* que não são nem plausíveis, nem comprovadamente menos prejudiciais à concorrência.

## AUTORIDADE NORTE-AMERICANA ESTUDA NOVO MÉTODO PARA ANÁLISE DE FUSÕES

**Fabiana Tito, Silvia Fagá de Almeida, Gustavo Madi Rezende<sup>1</sup>**

Dois eminentes economistas norte-americanos, membros das autoridades antitruste, Joseph Farrell (do FTC) e Carl Shapiro (do DoJ) desenvolveram em trabalhos recentes<sup>2</sup> uma interessante metodologia quantitativa para avaliar o impacto concorrencial de fusões horizontais em mercados de produtos diferenciados. O método proposto dispensa, em um primeiro momento, as etapas de cômputo de *market share* e cálculo de índices de concentração. Análises baseadas nessas etapas possuem limitações em alguns casos, pois requerem antes a definição de mercado relevante<sup>3</sup>. Segundo os autores, a delimitação de mercado relevante pode ser bastante imprecisa, especialmente em mercados diferenciados, pela dificuldade de se identificar os produtos que efetivamente concorrem entre si<sup>4</sup>.

A motivação dos autores é justamente superar essas dificuldades e criar um instrumento que seja, ao mesmo tempo, simples, prático e preciso na filtragem dos Atos de Concentração que apresentem indícios de exercício unilateral de poder de mercado. Por esse motivo, a referida metodologia tem sido considerada como uma das alternativas na revisão do guia de análise de concentrações horizontais norte-americano<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Os autores são economistas da LCA.

<sup>2</sup> A principal referência aqui é a um *paper* publicado em 2010, que revê o estudo original de 2008.

<sup>3</sup> A definição de mercado relevante é um método amplamente utilizado pelas autoridades antitruste nas mais diversas jurisdições.

<sup>4</sup> A definição de mercado envolve o pressuposto implícito de que para cada conjunto de produtos ou áreas geográficas possa sempre ser delineada uma fronteira que separa apenas produtos e regiões que competem diretamente entre si. Mesmo quando os produtos são homogêneos, pode ser difícil determinar o mercado relevante de modo a satisfazer este pressuposto. Quando os produtos são diferenciados, situação frequente nas análises antitruste, a dificuldade de traçar uma linha divisória entre os mercados é ainda mais difícil.

<sup>5</sup> Um artigo recente da *The Economist* (intitulado “*Trustbusters want to put less emphasis on market definition when assessing mergers*”, de 25/02/2010, disponível em [http://www.economist.com/business-finance/economics-focus/displaystory.cfm?story\\_id=15579741](http://www.economist.com/business-finance/economics-focus/displaystory.cfm?story_id=15579741)) traz a discussão sobre a revisão do guia de análise de concentração horizontal norte-americano e aponta o teste como uma das alternativas para a identificação das operações que podem resultar, com maior probabilidade, em aumentos de preços.

O procedimento proposto por Farrell e Shapiro (2010) busca justamente resolver esse problema em mercados diferenciados. A metodologia utiliza variáveis observáveis das empresas envolvidas na operação para construir o teste denominado *Upward Pricing Pressure* (UPP), que indica se a fusão entre rivais de uma mesma indústria implica pressão para aumento de preços.

De acordo com os autores, o diagnóstico do teste UPP baseia-se na comparação de dois efeitos opostos:

- (i) Efeito “aumento de preço”: com a fusão, haverá redução do número de *players* no mercado e, portanto, eliminação de competição direta entre as firmas fusionadas, criando pressão para aumento de preços (ou UPP). Segunda a proposta<sup>6</sup> dos autores, o efeito “aumento de preço” será diretamente proporcional à margem bruta das empresas<sup>7</sup> e à *diversion ratio*<sup>8</sup> entre os produtos da firma fusionada, entendida como a proporção da demanda que, diante de um aumento de preço de um produto, irá migrar para o bem substituto da mesma firma.
- (ii) Efeito “queda de preço”: em decorrência da operação, poderão ser verificados ganhos de eficiência pelo uso conjunto dos ativos das firmas fusionadas, por exemplo, e redução dos custos de produção, o que permite diminuição de preços após a operação. Como a apuração das eficiências sempre é uma tarefa muito complexa, os autores sugerem usar uma “redução padrão”<sup>9</sup>, pré-definida conforme considerações gerais sobre as características da operação.

Se o teste indicar que este segundo efeito prepondera, conclui-se que a operação não traz preocupações acerca do exercício unilateral de poder de mercado. Contudo, se o efeito “aumento de preço” prevalecer, deve-se aprofundar a investigação sobre os impactos concorrenciais da operação, analisando-se o padrão de concorrência do setor e o nível de eficiência econômica.

---

<sup>6</sup> Ao longo da exposição do artigo, os autores apresentam algumas alternativas para efetivação desse cálculo.

<sup>7</sup> Margem bruta calculada pela diferença entre preço e custo de um produto pré-fusão.

<sup>8</sup> *Diversion ratio* entre produtos A e B representa a migração de vendas perdidas do produto A para o produto B, quando o preço do produto A aumenta. Esta medida é frequentemente usada pelos órgãos antitrustes americanos para estimar o aumento esperado em preços, após a fusão, em produtos diferenciados. A vantagem é que ela foca no consumidor marginal ao observar a migração do consumo em caso de aumento de preço. Portanto, é uma proxy da elasticidade-preço cruzada da demanda.

<sup>9</sup> Para fins de discussão, Farrell e Shapiro utilizam um nível de eficiência de 10% (“*standard*” *efficiencies*).

Ou seja: o teste proposto é um caminho alternativo para avaliar, de forma preliminar, o efeito líquido da fusão, por intermédio do confronto entre, de um lado, um indicador da perda direta da concorrência provocada pela operação e, de outro, um indicador das eficiências resultantes da operação<sup>10</sup>. Com este teste, os autores propõem uma triagem prévia dos Atos de Concentração horizontal – distinguindo aqueles que demandam análise mais detalhada daqueles que não trazem riscos concorrenciais.

Esta comparação também é feita por todas as análises de Atos de Concentração horizontal, mas os autores acreditam que a metodologia UPP é capaz de simplificar a triagem das operações, evitando análises aprofundadas e uso desnecessário das complexas técnicas requeridas para determinação de mercado relevante. A utilização dessas metodologias mais complexas ficaria restrita àqueles casos que apresentarem pressão de aumento de preços.

De fato, este pode ser um caminho alternativo para identificar as operações que apresentem maior risco concorrencial. Porém, existem algumas dificuldades apontadas pelos próprios autores e também pela literatura recente a respeito do tema.

Farrell e Shapiro (2010) afirmam que o teste apresentado pode resultar em “falso negativo”, ou seja, indicar que uma operação não é problemática e recomendar sua aprovação quando, na verdade, há potencial dano concorrencial. Isso aconteceria nas hipóteses em que o teste UPP subestimasse a perda de concorrência resultante da operação.

Por outro lado, Coate<sup>11</sup> (2010) e Simmons e Coate (2010), mesmo reconhecendo que a estrutura do teste UPP é uma técnica inovadora, ressaltam que sua aplicação tende a gerar “falso positivos”, isto é, recomendar análise aprofundada de operações que não ensejaram preocupação concorrencial. Os autores realizaram simulações a partir dos dados do FTC e concluíram que o teste UPP indica a existência de problemas concorrenciais em um universo grande de fusões que, pelos métodos atualmente utilizados, não chamaram a atenção das autoridades antitrustes. Portanto, embora Simmons e Coate (2010) avaliem que o teste UPP é transparente e de fácil compreensão, os autores apontam que seria prematuro já colocar em prática esta metodologia.

Schmalensee (2009), por sua vez, referindo-se à versão de 2008 de Farrell e Shapiro, também reconhece que os autores fizeram uma contribuição significativa para o aprimoramento das análises de fusões. Porém, seu artigo sugere aperfeiçoamentos, recomendando cautela na aplicação de tal técnica.

---

<sup>10</sup> Os autores mostram ainda que estas duas forças podem ser comparadas sem a necessidade de prever o ajuste do equilíbrio total da indústria após a fusão.

<sup>11</sup> Malcolm B. Coate é economista do *Federal Trade Commission*.

Em resumo, nota-se um reconhecimento de que a metodologia UPP representa um avanço importante na seleção dos Atos de Concentração horizontal por não requerer definição de mercado relevante<sup>12</sup>. De fato, é importante que sejam desenvolvidos métodos alternativos à definição de mercado relevante, principalmente quando essa delimitação for nitidamente imprecisa e, por consequência, gerar participações de mercado pouco informativas.

Porém, a aplicação da metodologia UPP ainda carece de muito debate e de avaliação mais cuidadosa. Apesar da sua aparente praticidade, a ausência de informações confiáveis a respeito das variáveis margem bruta, *diversion ratio* e eficiências pode limitar a aplicabilidade desse método. Adicionalmente, a estimação dessas variáveis requer tempo e acesso a dados internos da empresa, algo nem sempre prontamente disponível, e os cálculos podem demandar a utilização de técnicas tão complexas quanto as requeridas atualmente.

### Referências Bibliográficas

Coate, Malcolm B. – *The Enhanced UPP Screen: Merging Markets into the UPP Methodology*, March, 2010.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1559399](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1559399)

Joseph Farrell & Carl Shapiro - *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, Working Paper 2008.

<http://www3.ftc.gov/be/workshops/microeconomics/2008/docs/shapiro2.pdf>.

Uma versão revisada de Fevereiro de 2010 está disponível em:

<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>.

Schmalensee, Richard – *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition?* – Massachusetts Institute of Technology & LECG. Competition Policy International, Global Policy Competition: The Antitrust Chronicle. December, 2009 (release 1).

<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Free/SchmalenseeDEC-091.pdf>

Simmons, Joseph J. e Coate, Malcolm B. – *Upward Pressure on Price Analysis: Issues and Implications*, March, 2010.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1558547](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1558547)

---

<sup>12</sup> Segundo Farrell e Shapiro (2010), o teste UPP foca a análise em variáveis que realmente importam de acordo com a lógica econômica de efeitos unilaterais, sendo mais fundamentado na razão econômica que os testes baseados em índices de concentração e *market share*.

## A REPRESSÃO AOS CARTÉIS

Pedro Dutra<sup>1</sup>

O relatório de Gestão da Secretaria de Direito Econômico de 2008 – uma antiga reivindicação de advogados do setor<sup>2</sup> – está por merecer uma análise detida por parte dos operadores do direito da concorrência. Nele se vê que a SDE, reafirmando a linha seguida nos últimos anos, vem concentrando a sua função repressiva no combate aos cartéis e empenhando-se em divulgá-la por meio de várias medidas, tais a criação do “Dia Nacional de Combate a Cartéis”, o lançamento de “Cartilhas” para instrução ao público, e a intensa participação das titulares da SDE e do DPDE em seminários, internacionais e nacionais<sup>3</sup>. O relatório não discrimina, porém, o número de processos relativos à investigação de cartéis, nem o prazo de duração da instrução deles na SDE. Embora inegável o esforço dessa Secretaria, com a instauração de inúmeros processos administrativos para investigá-los, a eficácia dessa ação contra os cartéis pode ter um significado menor do que aquele esperado pelas autoridades devido, entre outros, a três fatores.

O primeiro deles, de natureza geral, é a ênfase no combate aos cartéis, a mobilizar os escassos meios da SDE, que entendemos deva ser avaliada no contexto próprio da economia brasileira. Esta apresenta uma alta concentração de poder econômico em alguns mercados de prestação dos serviços ditos públicos e em alguns mercados de matérias-primas largamente utilizadas pela indústria. Tal estrutura de mercado estimula práticas anticoncorrenciais unilaterais, tais como imposição de preço e condições de compra, discriminação, venda casada, etc., que alcançam, em seus efeitos negativos, um número expressivo de consumidores. Ao contrário da economia norteamericana, por exemplo, onde é menos expressiva a concentração de poder nos diferentes mercados de bens e serviços, o que faz com que os cartéis sejam uma das infrações mais correntes, como meio de percepção de lucros arbitrários por parte das empresas<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Conselheiro do IBRAC e sócio do escritório Pedro Dutra Advogados*

<sup>2</sup> Atendida pelo então ministro da justiça, Márcio Thomas Bastos, por meio da Portaria/MJ n. 263, de 2007. Curiosamente, o Relatório não refere essa norma, que determina a sua publicação.

<sup>3</sup> *In Relatório de Gestão SDE – Exercício 2008, Secretaria de Direito Econômico – Ministério da Justiça*. P. 6; 136 a 141.

<sup>4</sup> V. Depoimento do ex-conselheiro do CADE, Luiz Fernando Rigato. In *Conversando com o CADE*. Pedro Dutra. Editora Singular, São Paulo, 2009. p. 238-241.

A ênfase dada pela SDE ao combate aos cartéis sugere que essa consideração não tenha sido feita; ou haver a SDE percebido que o combate aos cartéis, especialmente os internacionais, enfrentaria menos óbices do que a investigação de práticas unilaterais eventualmente cometidas por empresas atuantes nos mercado brasileiro. Note-se que a investigação de cartéis internacionais geralmente deve o seu êxito ao fato de uma delação premiada, que permite ao órgão repressor haver a prova da infração com um dispêndio muito menor de meios. Nada disso justificaria uma crítica ao combate aos cartéis feito pela SDE. É preciso, todavia, cotejar os seus resultados aos de uma efetiva repressão a eventuais práticas unilaterais que no Brasil atingiriam a dezenas de milhões de consumidores, direta ou indiretamente, para, então, poder-se medir, com maior segurança, o real benefício da repressão aos cartéis hoje promovida.

Dois outros fatores devem ser ainda considerados. O primeiro deles, a conduta seguida pela SDE, de não dar vista à defesa dos integrantes do cartel investigado do termo do depoimento do delator, por ele devidamente firmado. Em seu lugar, a SDE produz um “histórico da conduta” firmado pelo titular da Secretaria de Direito Econômico. Como se sabe, os depoimentos devem ser tomados a termo, e firmados pelo seu autor; não podem ficar sem registro e firma, e sem estes não podem vir aos autos. No caso específico da delação, só o conhecimento do seu inteiro teor pode permitir a ampla defesa aos demais investigados, pois só assim esta poderá dispor de todos os elementos, conhecer todos os fatos contra os quais deverá opor os seus argumentos em favor do representado. O titular da Secretaria de Defesa Econômico não pode ser a voz do delator – que é também representado, na qualidade de participante do cartel – posição que implica em inevitável confusão de seu papel na condução do processo administrativo sancionador. Haveria a justificativa de que, fosse o depoimento do delator tomado a termo e este por ele firmado, estaria o delator exposto, em outra jurisdição, a penas mais severas, inclusive de prisão; assim, ante as autoridades brasileiras o delator só aceitaria depor (confessar e delatar) se não lhe fosse tomado a termo o seu depoimento. Esse argumento não pode justificar a conduta processual da SDE, em nosso entender. O direito à ampla defesa em processo administrativo é uma regra constitucional. O representado tem o direito, inalienável, de conhecer o depoimento de quem o acusa, pois só assim poderá exercer, em toda a sua extensão, o direito de defesa que lhe é assegurado. Não pode a autoridade administrativa transigir com a observância desse direito, senão cumpri-lo estritamente.

Outro fator a suscitar não menor indagação e, talvez, maior perplexidade, é o que poderia ser visto como uma variante – se essa existisse – à notificação pela forma estipulada em Lei de investigado em processo de cartel, pessoa física residente no exterior. A regra a ser subsidiariamente

aplicada à disciplina do processo administrativo versado na lei de defesa da concorrência é a processual civil. As regras relativas à citação do réu, quando não se aplicar aquela expressa na Lei 8.884/94 - e esta é a hipótese presente pois o representado tem domicílio no exterior - serão aquelas relativas à citação fixadas no código de processo civil. Especificamente, a citação por meio de carta rogatória e eventualmente por edital. Antes de seguir esse caminho, a SDE, pelo menos em um processo de investigação de cartel, enviou ofício redigido em inglês a indivíduo que deverá figurar como representado naquele processo, por meio do qual o informou de que tal processo estava em fase de instauração, em razão de um acordo de leniência que com ela firmara um dos integrantes do cartel investigado; que a SDE estava agindo em estreita colaboração com as autoridades de defesa estrangeiras, notadamente a norte-americana; e que alguns representados haviam se apresentado espontaneamente à SDE, enquanto outros estavam sendo notificados. Por fim, diz o referido ofício, que, caso os representados estrangeiros não se apresentassem espontaneamente, a SDE usaria as melhores práticas internacionais, em especial requerendo assistência da Interpol.

Como se sabe, a Interpol é acionada para a captura de foragidos da justiça, por meio de ato judicial. A expressiva, se não a totalidade, de indivíduos investigados em caso de cartel internacional são executivos de grandes empresas atuantes em diversos países, o que os obriga a deslocamentos constantes. Nesse contexto, a alusão da Secretaria de Direito Econômico de recorrer à Interpol ganha especial acento intimidatório, podendo-se razoavelmente supor que a SDE assim procedendo buscaria compelir os destinatários de seu ofício a atendê-lo, por recearem ser detidos no curso de suas viagens internacionais.

O que justificaria a conduta processual da SDE? A celeridade na condução do feito? Ora, meios extraordinários em favor da celeridade processual trazem o registro histórico de violação de direitos individuais. A celeridade que o órgão administrativo deve buscar é da eficiência que empreste às suas ações. A ênfase dada pela SDE no combate aos cartéis deve ser, necessariamente, a ênfase antes empregada no cumprimento estrito das normas legais que lhe disciplinam a ação.

Essas duas condutas processuais da SDE acima citadas podem comprometer as investigações de cartel que vem promovendo. Deve-se indagar se o Judiciário irá aceitar que à defesa do réu não seja dado a conhecer o inteiro teor da delação que faça um co-autor, confesso, da mesma infração, em busca de redução da pena que lhe venha a ser imposta. E, ainda, se será válida perante o Judiciário a “espontânea” ciência admitida pelo representado em razão de ofício a ele enviado pela SDE, nos termos aqui referidos. Por fim, cabe indagar

se devem os cartéis, no contexto da economia brasileira, seguir merecendo a precedência, inclusive em termos publicitários, que hoje ostentam em relação às práticas unilaterais eventualmente praticadas em alguns mercados regulados, ou devem os esforços da SDE ser melhor repartidos na repressão a essas infrações.

## ENTENDENDO A RETALIAÇÃO AO TIO SAM

**Leonor Cordovil e Ana Thereza Carvalho<sup>1</sup>**

Entre 2001 e 2002, o governo dos EUA começou a distribuir cerca de US\$4 bilhões, em subsídios, para os produtores de algodão do país, como forma de incentivo para a produção e exportação do referido produto. A medida assegurou aos EUA o segundo lugar no ranking dos maiores produtores de algodão do mundo.

Esta concessão possibilitou a entrada do algodão americano, no Brasil, com preços cerca de 20% mais baratos do que o mínimo aplicado nos mercados brasileiros.

Diante do exposto, e considerando os grandes prejuízos no setor brasileiro de algodão, o Brasil iniciou uma disputa contra os EUA, junto a OMC, questionando a legalidade dos subsídios. Em 2004, a OMC decidiu a favor do pleito brasileiro, determinando aos EUA a eliminação total dos referidos subsídios, o que deveria ocorrer até julho de 2005.

Por considerar insuficientes as medidas adotadas pelos EUA, para adaptar-se as determinações de 2005, o Brasil, em 2006, acionou novamente a OMC, que, mais uma vez, decidiu favoravelmente ao País. Os EUA, em 2007, apelaram contra a “nova” decisão da OMC, sendo novamente vencidos. A OMC reiterou a decisão anterior e concedeu ao Brasil o direito de utilizar-se de sanções comerciais e, posteriormente, de retaliações.

O Ministério do Desenvolvimento da Indústria e do Comércio - MDIC, diante da autorização final da OMC para retaliação comercial, publicou, neste mês, uma lista com aproximadamente 102 produtos americanos que sofrerão aumento do Imposto de Importação dos EUA.

De acordo com a secretária executiva da Câmara de Comércio Exterior, Lytha Spíndola, o critério utilizado pelo governo brasileiro na definição dos produtos foi o de não prejudicar o consumidor final e a indústria nacional. Ou seja, foram escolhidos produtos com substitutos nacionais e internacionais, bem como produtos com pouco impacto nas importações brasileiras. A secretária ainda afirmou que o governo, mediante a elaboração desta lista, tem a expectativa aquecer ainda mais a comercialização destes determinados produtos no mercado nacional.

---

<sup>1</sup> *Grinberg, Cordovil e Barros Advogados*

Dentre os produtos listados, itens mais significativos foram: (i) Produtos Agrícolas (Trigo e Algodão); (ii) produtos de beleza; (iii) alimentos; (iv) aparelhos eletrônicos ; (v) têxteis e confecções; (vi) medicamentos; (vii) vários tipos de automóveis, entre outros. Verifica-se que, com o aumento das taxas de importações, há um grande favorecimento os produtores agrícolas nacionais (trigo, algodão), aos produtores de alimentos e aos produtores de eletrônicos.

Dentre os setores prejudicados encontram-se principalmente os Fabricantes de Veículos Automotores e as Montadoras Nacionais. A ANFAEVA (Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores) critica sistematicamente a aplicação de retaliação sobre o setor automobilístico, uma vez esta medida prejudicaria as exportações brasileiras futuras, para o EUA, de automóveis mais compactos, uma vez que se constatou que o Brasil seria o país de maior potencial de exportação deste tipo de veículo., sem contar no aumento expressivo nos preços dos automóveis que dependem de alguma forma da importação americana de autopeças.

A FIESP, por sua vez, apesar de concordar com a aplicação da retaliação, acredita que sua aplicação imediata serviria apenas para provocar os EUA, tornando-os mais intolerantes a possíveis parcerias e acordo futuros. Para a FIESP, a melhor solução seria esperar até 2012, possível época de revisão do Bill Farm, para então negociar, em efetivo, medidas menos radicais que não prejudiquem economicamente Brasil.

Além da retaliação nos produtos acima mencionados, a CAMEX instaurou processo de consulta pública para medidas de retaliação em propriedade intelectual. A Resolução foi publicada em 15 de março e os interessados têm 20 dias para se manifestar. O valor das contramedidas em propriedade intelectual pode chegar a US\$238 milhões.