

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

Laércio Farina:

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

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

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

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

Dr. Fernando, por gentileza.

Fernando Aranovich:

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

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

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

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

1. saber se a República Argentina quer ou não uma legislação antimonopólica, ou se age como se quisesse;

2. vinculado com o primeiro ponto, analisar qual é o balanço das decisões que tem tomado a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência em matéria de concentrações econômicas e de investigação de condutas;

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

3. comentar algumas das decisões mais importantes para que vocês tenham um panorama da atividade regulatória na Argentina e dos problemas que e apresentei;

4. apontar algumas das minhas preocupações sobre as perspectivas do desenvolvimento da concorrência no âmbito argentino.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obrigado.

SLIDE 1

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Fernando C. Aranovich

SLIDE 2

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

Fernando C. Aranovich

SLIDE 3

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 4

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

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

y

- Solo 4 leyes antimonopólicas

SLIDE 5

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

SLIDE 6

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 7

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 8

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 22.262

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

SLIDE 9

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 25.156

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

SLIDE 10

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 11

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 12

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

¿Quiere la Argentina una legislación antimonopólica?

Ley 25.156

Control de concentraciones económicas

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

SLIDE 13

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

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

SLIDE 14

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

Concentraciones económicas analizadas por la CNDC desde septiembre de 1999

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

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

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

SLIDE 15

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

Estadística sobre las operaciones analizadas por la CNDC entre septiembre de 1999 y septiembre de 2003

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

SLIDE 16

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Investigación de conductas realizadas
por la CNDC en 1999, 2000 y 2001**

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

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

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

SLIDE 17

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas**Estadística sobre los casos resueltos por la
CNDC entre 1999 y octubre de 2003**

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

SLIDE 18

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 19

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

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

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

SLIDE 20

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

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

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

SLIDE 21

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Análisis de concentraciones vs. Análisis de conductas

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

SLIDE 22

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 23

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 24

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 25

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 26

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 27

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 28

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 29

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 30

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 31

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 32

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 33

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 34

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 35

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 36

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

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

SLIDE 37

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 38

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 39

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 40

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

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

SLIDE 41

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Recientes decisiones trascendentales

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

SLIDE 42

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Perspectivas

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

SLIDE 43

IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Perspectivas

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

SLIDE 44

***Dr. Laércio Farina:***

Dr. Fernando, muito obrigado.

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

Com a palavra, Dr. Leonel Pereznieto Castro.

Dr. Leonel Pereznieto Castro:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Período entre 1992 e 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

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

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

Dr. Bruno Ciuffetelli:

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

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

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

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

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

Esta doutrina nacional estabeleceu diferentes tipos de condutas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SLIDE 1

DEVELOPMENTS ON ANTITRUST IN VENEZUELA

Bruno Ciuffetelli
Hoet, Peláez, Castillo & Duque
Venezuela
November, 2003

SLIDE 2

Venezuela

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

SLIDE 3**Venezuela
The Current Competition Law**

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

SLIDE 4**Collusive Practices (Violation Per Se)**

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

SLIDE 5

Vertical Agreements (Client-Supplier)

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

SLIDE 6

The Abuse of a Dominant Position

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

SLIDE 7**The Abuse of a Dominant Position**

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

SLIDE 8**Unilateral Conducts of Market Power**

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

SLIDE 9

Regime of Exemptions

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

SLIDE 10

Economic Concentrations (Merger Control)

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

SLIDE 11

Economic Concentrations (Merger Control)

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

SLIDE 12

New Developments in Venezuela (The New Legal Antitrust Network)

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

SLIDE 13**The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The “New Law”)**

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

SLIDE 14**The Bill of Antimonopoly Law and other Illegal Conducts against Free Competition (The “New Law”)**

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

SLIDE 15

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

New Merger Control Regime

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

Abuse of Dominant Position:

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

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

SLIDE 16

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

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

SLIDE 17

Recent Case Development

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

SLIDE 18

DEVELOPMENTS ON ANTITRUST IN VENEZUELA

Thank you.

Any questions?



Dr. Laércio Farina:

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

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

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

Dr. Norberto Moretti, por gentileza.

Dr. Norberto Moretti:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

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

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

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

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

Dr. João Grandino Rodas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito Obrigado.

DEBATES

Dr. Laércio Farina:

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

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

Professor João Bosco, por gentileza.

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Laércio Farina:

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

Dr João.

Dr. João Grandino Rodas:

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

Dr. Laércio Farina:

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

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

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

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

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

Dr. Laércio Farina:

Desde que seja rápida a prestação de contas.

Dr. João Grandino Rodas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muito obrigado.

Dr. Laércio Farina:

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

Dr. Pietro, por favor.

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

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

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

Dr. Laércio Farina:

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

Dr. Fernando Aranovich:

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

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

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

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

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

Dr. Leonel Pereznieto:

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

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

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

Dr. Laércio Farina:

Dr. Norberto, por favor.

Dr. Norberto Moretti:

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

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

Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

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

Dr. Onofre:

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

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

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

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

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

Dr. João Grandino Rodas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obrigado.

Dr. Laércio Farina:

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

Dr., por favor.

Dr. Bruno Ciuffetelli:

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

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

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

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

Isto é o que eu queria dizer.

Dr. Laércio Farina:

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

Muito obrigado.

