

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

LUIZ ALFREDO BOARETO

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESTRIÇÃO ÀS
CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA INTERNATIONAL
COMPETITION NETWORK**

FLORIANÓPOLIS

2007

LUIZ ALFREDO BOARETO

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESTRIÇÃO ÀS
CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA INTERNATIONAL
COMPETITION NETWORK**

Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Mestre em
Direito.
Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.

FLORIANÓPOLIS

2007

LUIZ ALFREDO BOARETO

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESTRIÇÃO ÀS
CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA INTERNATIONAL
COMPETITION NETWORK**

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Relações Internacionais.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Dr. Arno Dal Ri Jr.

1º Membro: Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz

2º Membro: Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

Coordenador do Curso: Prof. Dr.

Florianópolis, 16 de maio de 2007.

A aprovação da presente dissertação não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamentou ou que nela é exposta.

RESUMO

O direito antitruste ou concorrencial lida fundamentalmente com o controle do poder econômico privado. A atuação do direito concorrencial se dá de duas formas, repressivamente, coibindo condutas de agentes e preventivamente, controlando as estruturas de mercado. O controle preventivo é operado pelas restrições impostas pelos Estados Nacionais aos atos de concentração empresarial. Os atos de concentração empresarial são manifestações naturais da economia de mercado, entretanto, por diminuir o número de agentes que operam em determinado mercado, são potencialmente danosos à concorrência. Com o advento da globalização econômica o Estado Nacional perdeu os meios necessários para controlar sozinho o poder privado. Normas de direito antitruste relacionadas às concentrações empresariais, no entanto, estão normalmente condicionadas a outras políticas públicas formuladas pelos Estados Nacionais. A atuação transnacional dos grandes grupos privados e os diferentes interesses nacionais são potenciais criadores de conflitos em matéria de concorrência, por isso a necessidade de criação de instrumentos pelo Direito Internacional que supram esses conflitos. Como tratados internacionais na forma de *hard law* são de difícil negociação, o reforço do procedimento de cooperação entre os Estados pode reduzir a existência desses conflitos, é nesse contexto que surge a International Competition Network - ICN. A proposta da ICN é ser uma rede informal de negociação e informação, onde serão produzidos materiais tendentes à uniformização das legislações nacionais sobre a defesa da concorrência. A rede também tem como proposta facilitar o intercâmbio de informações entre as diferentes autoridades antitruste. Como a ICN produz normas de cumprimento voluntário, seus idealizadores acreditam que suas formulações produzirão efeitos em virtude de dois motivos: a) uma convergência cognitiva de interesses em virtude de uma interação permanente e b) pressão pública para a adoção das melhores práticas discutidas e propostas.

Palavras chaves: Direito Antitruste. Direito Concorrencial. Direito Internacional. Concentrações Empresariais. Cooperação Internacional. International Competition Network (ICN).

ABSTRACT

Antitrust Law deals basically with the control of the private economic power. The actuation of the antitrust law is given in two ways, repressively, restraining the conducts of the market agents, and preventively, controlling the market structures. The preventive control is done by restrictions imposed by the National States to mergers and acquisitions. Mergers and acquisitions are natural manifestations of the market economy, however, because they reduce the number of the agents that operates in one determined market, they are potentially harmful to competition. With the advent of the economic globalization, however, the National State lost the ways to control by itself the private power. Antitrust norms related to mergers and acquisitions are usually conditional to others public politics formulated by the National States. The transnational actuation of the great private groups and the different national interests are potential generators of conflicts. As hard law treaties are of difficult negotiation, the reinforcement of the cooperation procedure between States can reduce this conflicts, it is in this context that appears the International Competition Network – ICN. The proposal of the ICN is to be an informal net of negotiation where will be produced materials that seeks to produce uniformity of the national legislations about competition defense. As the ICN produces norms of voluntary fulfillment, its idealizers believe that its formulations will produce effects for two reasons: a) a cognitive convergence of interests in virtue of a permanent interaction and b) public pressure to adopt the best practices discussed and proposed.

Key-Words: Antitrust Law. Competition Policy. International Antitrust. Mergers. International Cooperation. International Competition Network.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANA - Agência Nacional da Água

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

AOL – America On Line

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CE – Comunidade Européia

CECA – Comunidade Européia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Econômica Européia

CEEA/ EURATOM – Comunidade Européia de Energia Atômica

EUA – Estados Unidos da América

FTC – Federal Trade Commission

GATT – General Agreement on Trade and Tariffs

HHI – Herfindahl-Hirschman Index

ICN - International Competition Network

ICPAC - International Competition Policy Advisory Committee

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

TCE – Tratado que Instituiu a Comunidade Econômica Européia

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development

WGTC (OMC) – Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A DINÂMICA DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS A SUA RESTRIÇÃO PELO DIREITO ANTITRUSTE E A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA DA RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS		
1.1	ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS	14
1.2	AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE PODER NO MERCADO	18
1.2.1	Definição de Mercado	19
1.2.2	Formas de Manifestação de Poder de Mercado e Razões Para Evitar Concentração do Poder no Mercado	23
1.2.2.1	Monopólio	24
1.2.2.2	Oligopólio	25
1.2.2.3	Monopsônios e Oligopsônios	27
1.3	O DIREITO ANTITRUSTE E A RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS	28
1.3.1	Principais Escolas: Harvard, Chicago e Freiburg	30
1.3.2	Motivos para a Autorização das Concentrações Empresariais	35
1.4	DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA	39
1.4.1	A Lei 8.884 de 1994	41
1.4.2	Atos de Concentração Sujeitos a Exame e Aprovação no Direito Brasileiro	43
1.4.3	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	45
1.4.4	Procedimento Administrativo de Controle de Atos e Contratos no Direito Brasileiro	46
1.4.4.1	A Portaria Conjunta 50 da SEAE e da SDE	47
1.4.4.2	Aprovação do Ato	48
1.4.4.3	Rejeição do ATO	50
1.4.5	A Revisão pelo Poder Judiciário das Decisões do CADE	51
1.5	SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO	53

CAPÍTULO II – OS MODELOS NORTE AMERICANO E EUROPEU DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES,

EXTRATERRITORIALIDADE EM MATÉRIA ANTITRUSTE E ALTERNATIVAS FORNECIDAS POR FOROS MULTILATERAIS.

2.1	O MODELO NORTE AMERICANO DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES	55
2.2	O MODELO COMUNITÁRIO EUROPEU DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES	64
2.3	OS EFEITOS TRANSNACIONAIS DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO E AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO MULTILATERAL DESSAS OPERAÇÕES	70
2.3.1	A Proteção da Concorrência e as Restrições às Concentrações Empresariais na Organização Mundial do Comércio - OMC	76
2.3.2	A Proposta do Código Internacional Antitruste	83
2.3.3	O Estudo das Interações Entre Comércio e Concorrência na OCDE e na UNCTAD	86
2.4	SÍNTESE CONCLUSIVA DO SEGUNDO CAPÍTULO	92

CAPÍTULO III – A PROPOSTA DA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK EM MATÉRIA DE RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

3.1	AS ORIGENS DA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK	94
3.2	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A ICN	98
3.2.1	A Estrutura Institucional da ICN	100
3.2.2	O Grupo de Trabalho Sobre Implementação de Política da Concorrência	101
3.2.3	O Grupo de Trabalho Sobre Cartéis	102
3.2.4	O Grupo de Trabalho Sobre Condutas Unilaterais	104
3.2.5	Os Grupos Sobre Associação e Estrutura Operacional	105
3.2.6	Os Grupos Já Extintos: Telecomunicações, Concorrência em Setores Regulados e Advocacy	106
3.3	O GRUPO DE TRABALHO SOBRE CONCENTRAÇÕES	109
3.3.1	O Subgrupo Sobre Investigação e Análise de Concentrações	109
3.3.2	O ICN Merger Guidelines Workbook	113
3.3.2.1	Definição de Mercado	114

3.3.2.2	Estrutura de Mercado e Concentração	116
3.3.2.3	Efeitos Unilaterais	117
3.3.2.4	Efeitos Coordenados	117
3.3.2.5	Entrada no Mercado e Expansão	118
3.3.2.6	Eficiências	119
3.3.2.7	Empresas em Crise	120
3.3.2.8	Concentrações Não-Horizontais	121
3.3.3	O Subgrupo de Trabalho Sobre Notificação e Procedimentos de Revisão	121
3.3.3.1	Princípios	123
3.3.3.2	Best and Recommended Practices Sobre Notificação e Revisão dos Atos de Concentração	124
3.3.3.3	Implementação das Recomendações	126
3.3.3.4	Redução de Custos nas Notificações Multijurisdicionais	128
3.3.3.5	Renúncias de Confidencialidade em Investigações de Concentrações	129
3.3.3.6	Taxas Sobre os Procedimentos de Análise das Concentrações	130
3.4	SÍNTESE CONCLUSIVA DO TERCEIRO CAPÍTULO	131
	CONCLUSÃO	134
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

INTRODUÇÃO

Os atos de concentração econômica são estratégias empresariais de desenvolvimento da economia de mercado e buscam, geralmente, aumentar a eficiência de determinada empresa como, por exemplo, reduzindo seus custos e aumentando sua competitividade, propiciando um aumento de produtividade com a racionalização da produção.

Esse fenômeno não é novo, sendo proveniente de transformações verificadas na economia primeiramente de alguns países europeus, como Holanda e Inglaterra alcançando posteriormente os Estados Unidos e Japão na época da revolução industrial. O fenômeno está ligado estreitamente à evolução do capitalismo.

Nas concentrações econômicas existe uma redução do número de unidades em um determinado mercado, ou a união de diversas unidades dentro de um único centro decisório.

Como essas operações de concentração diminuem o número de participantes em um determinado mercado e, por vezes, tendem a transformar um sistema competitivo em um sistema monopolista ou oligopolista, nas mais diversas legislações nacionais foram criados mecanismos para o seu controle inseridos no direito da concorrência

O direito da concorrência, ou direito antitruste, opera, normalmente, de duas formas, uma preventiva, preservando estruturas de mercado e outra repressiva, reprimindo condutas consideradas como danosas à concorrência. O controle das operações de concentração se situa na atuação preventiva do direito antitruste.

Diferentemente, no entanto, de outras condutas que restringem a concorrência, como os cartéis, sobre as concentrações empresariais não existe uma ilegalidade *per se*, de sorte que, ainda que determinada concentração possa ser considerada como nociva à concorrência, é possível que essa operação seja autorizada quando, por exemplo, ela represente ganhos para o consumidor e o meio ambiente ou justifique avanços em pesquisa e desenvolvimento.

No entanto, em virtude da globalização econômica, e da atuação cada vez mais forte e abrangente de empresas transnacionais no comércio internacional, o Estado Nacional não possui mais, sozinho, instrumentos efetivos que possam restringir essas concentrações e assegurar a proteção da concorrência.

Assim, um ato de concentração econômica pode, mesmo realizado em um único território nacional, produzir efeitos em outros territórios, bem como pode ser considerado como nocivo por uma autoridade antitruste e inofensivo à concorrência por outra.

Por isso a necessidade de buscar alternativas no direito internacional que possam assegurar essa proteção. A dificuldade, entretanto, está no fato de que a tutela da concorrência é utilizada, em especial no tocante às concentrações empresariais, por alguns Estados como um instrumento para atingir determinadas políticas econômicas, e o interesse de determinado Estado não é necessariamente o mesmo de outro Estado.

Essa preocupação não é nova, e alternativas como a criação de um tratado multilateral antitruste ou mesmo a regulamentação da matéria no seio da Organização Mundial do Comércio vem sendo debatidas na doutrina. O presente trabalho aborda uma alternativa que foi desenhada e criada fora do contexto das autoridades nacionais: na International Competition Network (ICN). Esse organismo, fruto do trabalho acadêmico iniciado no International Competition Policy Advisory Committee nos Estados Unidos, e criado em 2001, estabelece um foro internacional de discussão que, além de elaborar guias e princípios especializados sobre proteção da concorrência, facilita o intercâmbio de informações entre as autoridades antitrustes dos seus membros.

Conforme disposto no website dessa organização¹, a ICN é a única organização internacional devotada exclusivamente ao direito antitruste. A participação é voluntária e aberta para qualquer autoridade nacional ou multinacional relacionada com a proteção da concorrência.

Enquanto a negociação da matéria relativa à concorrência está praticamente parada na OMC e em outros foros multilaterais, o presente estudo busca questionar até que ponto a iniciativa baseada na cooperação internacional proposta pela ICN pode suprir dificuldades

¹ The ICN is unique. It is the only international body devoted exclusively to competition law enforcement. Membership is voluntary and open to any national or multinational competition authority entrusted with the enforcement of antitrust laws. The ICN does not exercise any rule-making function. The initiative is project-oriented, flexibly organized around working groups, the members of which work together largely by Internet, telephone, fax machine and videoconference. Annual conferences and meetings provide opportunities to discuss these projects and their implications for enforcement. Where the ICN reaches consensus on recommendations, or "best practices", arising from the projects, it is left to the individual competition authorities to decide whether and how to implement the recommendations, through unilateral, bilateral or multilateral arrangements, as appropriate. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/aboutus.html> - acessado em 04/06/2006

enfrentadas pelos Estados Nacionais no controle das grandes concentrações de poder econômico privado e reduzir conflitos internacionais advindos de interesses conflitantes.

O presente estudo foi desenvolvido com o método hipotético-dedutivo. O problema ao qual se pretende responder é: A cooperação internacional nos moldes pretendidos pela ICN reduzirá os conflitos proporcionados pelas concentrações empresariais com repercussões multijurisdicionais?

A hipótese inicial é a de que sim. Que a atuação da ICN, tanto propiciando a interação entre as diferentes autoridades quanto editando documentos tendentes à uniformização da matéria, deve reduzir substancialmente a existência desses conflitos.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo inicia tratando especificamente sobre as concentrações empresariais, sua conceituação, objetivos e formas. O ponto seguinte versa sobre as concentrações empresariais como forma de obtenção de poder de mercado e porque o poder excessivo de mercado deve ser evitado independentemente do controle das condutas praticadas pelos detentores desse poder.

O terceiro ponto do primeiro capítulo, por sua vez, traz as bases do controle pelo Direito dos atos de concentração econômica. Nesse ponto, inicialmente é realizado uma breve diferenciação entre o controle das condutas e o controle das estruturas dentro do direito antitruste, para, na seqüência estudar o histórico e a evolução desse controle passando pelo estudo das três grandes escolas, as de Harvard, de Chicago e de Freiburg. No final desse ponto são abordadas as justificativas para a permissão da concentração empresarial, mesmo em detrimento da concorrência. O capítulo se encerra com a regulamentação brasileira sobre as restrições às concentrações empresariais.

O segundo capítulo traz, inicialmente, a regulamentação das concentrações empresariais nos EUA e na Comunidade Européia. A escolha pelo estudo da normativa comunitária européia e da normativa norte-americana se deve fundamentalmente ao fato de que a primeira é influenciada pela Escola de Freiburg e a segunda é o berço das escolas de Harvard e de Chicago bem como pelo fato de uma defender a criação de um *corpus juris* internacional vinculante em direito concorrencial e outra apenas foros informais de negociação.

Na seqüência o capítulo aborda a participação das empresas transnacionais no comércio internacional, destacando em especial alguns atos de concentração econômica que produziram efeitos em diversos territórios, para não dizer mundialmente, bem como as primeiras alternativas

idealizadas pelas autoridades nacionais para resolver conflitos associados a concentrações com impactos multijurisdicionais, quais sejam, a aplicação extraterritorial de normas antitruste com base na teoria dos efeitos e a celebração de acordos bilaterais. O capítulo se encerra com propostas de regulamentação multilateral da concorrência na OMC, OCDE e UNCTAD.

O terceiro capítulo, por fim, versa especificamente sobre restrições às concentrações empresariais na International Competition Network. Num primeiro momento é feita uma abordagem da própria instituição e do trabalho de todos os grupos da ICN e, ao final, é realizado um estudo da proposta de *merger guidelines* e dos outros trabalhos produzidos pelo subgrupo de trabalho sobre concentrações da ICN.

CAPÍTULO I – A DINÂMICA DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS A SUA RESTRIÇÃO PELO DIREITO ANTITRUSTE E A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA DA RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

1.1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Os atos de concentração econômica são uma estratégia comum no desenvolvimento da economia de mercado, e buscam, geralmente, aumentar a eficiência de determinada empresa, como, por exemplo, reduzindo seus custos e aumentando sua competitividade, propiciando um aumento de produtividade com a racionalização da produção.

Esse fenômeno não é novo e é proveniente de transformações verificadas na economia primeiramente dos países europeus, alcançando posteriormente os Estados Unidos e Japão na época da revolução industrial e está ligado estreitamente à evolução do capitalismo (BULGARELLI, 1996, p. 19).

Diversos são os exemplos atuais, nos mais variados setores econômicos, de concentrações de empresas, como a fusão das empresas America On Line (AOL) e Time Warner no setor de telecomunicações, Hamburg Süd, Aliança e Crowley no setor de logística e distribuição e, no Brasil, destacam-se as recentes fusões entre as empresas de fabricação de cerveja Ambev e Interbrew (Belga) e as empresas de televisão via satélite Directv e Sky.

Essas operações de concentração são inerentes ao princípio da livre iniciativa que, por sua vez, é um dos pilares da organização do sistema econômico de mercado. Diversos são os motivos ou causas que podem levar as empresas a praticarem atos de concentração, como o progresso tecnológico, que implica em uma proporção cada vez maior de custos fixos, tornando muito pesado o investimento para potenciais competidores, a possibilidade de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos e a estrutura favorável de custos.²

Importante no início do presente estudo esclarecer brevemente a diferença entre concentração empresarial e cooperação empresarial. Para Calixto SALOMÃO FILHO (2002, p. 237) essas duas figuras correspondem aos institutos criados pelo Direito norte americano do truste e do cartel, respectivamente. Para o mesmo autor, na cooperação empresarial são

² Sobre vantagens obtidas pelas empresas nos processos de concentração empresarial ver artigo de Paul Pautler, *Evidence on Mergers and Acquisitions*, na revista *Antitrust Bulletin*, volume 48.

realizados acordos para a realização de uma atividade conjunta sem que exista uma interferência na autonomia de cada empresa, que permanece independente em relação às demais nos aspectos que não fazem parte do acordo. Exemplo típico da cooperação empresarial são as *joint ventures*³.

Para que seja caracterizada uma concentração econômica, no entanto, é necessário que as empresas participantes passem a agir um como um único agente do ponto de vista econômico. Nas concentrações econômicas existe uma redução do número de unidades em um determinado mercado, ou a união de diversas unidades dentro de um único centro decisório (FÁBIO NUSDEO, 2001, p. 273).

Desse modo, as concentrações empresariais podem ser entendidas como um ato ou contrato no qual as partes envolvidas, que antes do processo de concentração possuíam centros decisórios autônomos, passam a atuar como um único agente do ponto de vista econômico no conjunto total de suas atividades.

Diversas são as formas juridicamente possíveis – de caráter societário ou contratual – que podem ser caracterizadas como concentração empresarial, as formas mais usuais, no entanto, são as fusões e incorporações e as sociedades vinculadas, coligadas e *holdings*.

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações de tal forma que a sociedade incorporadora sub-roga-se em todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada e esta, por sua vez, extingue-se. A conceituação legal no ordenamento jurídico brasileiro está no art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas⁴. Na incorporação se acresce o tamanho e o porte das empresas individuais e coletivas

A fusão é a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei das Sociedades Anônimas). Assim, as sociedades originais são extintas e a nova sociedade adquire personalidade jurídica e inicia sua atividade econômica a partir da fusão. O patrimônio desta nova empresa é composto pelo patrimônio das empresas originais.

³ Para Maristela BASSO (1998, p. 41): *Joint venture* é, portanto, uma figura jurídica originada da prática cujo nome não tem equivalente em nossa língua. A diversidade de sistemas jurídicos, de legislações de uma país a outro, faz com que a *joint venture* assuma diferentes fórmulas institucionais ou contratuais, através das quais os *co-ventures* (os participantes) conseguem atingir os seus objetivos. *Joint venture* corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes, denominado em outros países de *sociedades de sociedades, filial comum, associação de empresas, etc.*

⁴ Lei 6404 de 15 de dezembro de 1976.

São coligadas duas sociedades quando uma delas participa com dez por cento ou mais do capital da outra sem, entretanto, controlá-la⁵.

Controladora é a sociedade que participa do capital de outra sociedade em proporção de capital que lhe garanta preponderância nas deliberações sociais bem como o poder de eleger a maioria dos administradores. Controlada, por outro lado, é aquela cujo sócio de maior participação no capital social é a sociedade controladora.

Já sociedade vinculada, ou pessoa vinculada, é um conceito criado no Direito Brasileiro pela Lei nº 9.430/96, que tem por fim possibilitar ao Fisco o exercício sobre determinados preços de concorrência (FABRETTI, 2001, p. 123). Assim, tem-se que uma pessoa jurídica domiciliada no Brasil é vinculada a uma domiciliada no exterior, quando essa for sua matriz, filial ou sucursal, controladora, controlada ou ainda coligada.

A sociedade *holding*, que vêm do inglês *hold* (segurar, manter, controlar, guardar), é constituída, em geral, com a finalidade específica de participar no capital de outras empresas em proporção que lhe assegure o controle delas, seus objetivos podem ser o exercício do controle acionário de outras empresas ou ainda a facilitação da sucessão hereditária delas.

Os atos de concentração ainda podem ser classificados como atos de concentração verticais, horizontais ou de formação de conglomerados.

A concentração horizontal pode ser entendida como aquela que é realizada entre concorrentes diretos. Concorrentes diretos, no entanto, não são somente empresas que fabriquem ou comercializem exatamente o mesmo produto, mas aquelas que se incluam na mesma definição de mercado relevante, tema que será abordado em tópico posterior. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que em caso de aumento de preços passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado. (SALOMÃO FILHO, 2002 p. 278). Essas formas de concentração são consideradas com as mais ameaçadoras à livre concorrência pois a sua consequência direta é a saída de um concorrente aumentando o nível de concentração de determinado mercado (OLIVEIRA NUSDEO (2002, p. 58).

A concentração vertical, por sua vez, é aquela realizada entre empresas situadas em diferentes fases da mesma cadeia de produção, como, por exemplo, a fábrica e as distribuidoras de determinado produto. Com relação a esse tipo de concentração as preocupações do direito antitruste não são tão evidentes, tendo em vista que não implica em saída de um concorrente do

⁵ Parágrafo primeiro do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas

mercado, no entanto, também não podem ser desprezíveis, pois, por exemplo, uma concentração entre fabricante e distribuidores pode dificultar a entrada de novos fabricantes no mercado em virtude da dificuldade de distribuição⁶. As formas de obtenção e exercício do poder de mercado decorrente desse e dos outros tipos de concentração serão abordadas posteriormente em tópico específico.

A última das três formas apontadas de concentração empresarial é a formação de conglomerados. Calixto SALOMÃO FILHO (2002, p. 294) considera a formação de conglomerados como uma forma residual de concentração empresarial, ou seja, quando não pode ser classificada nem como horizontal nem como vertical. Nas concentrações conglomeradas puras existe uma união de empresas cujos produtos não guardam relação de concorrência ou complementaridade. As principais preocupações do antitruste com relação à formação de conglomerados são de duas ordens, a primeira delas é a o surgimento de grupos econômicos com poder suficiente para influenciar ou até mesmo condicionar a atuação dos poderes públicos e a segunda delas, essa mais vinculada à proteção da concorrência, é a possibilidade de retirar do mercado um concorrente potencial.

⁶ Com relação a preocupações com as concentrações verticais ver COMANOR, William S. *Steiner's Two-stage vision: Implication for Antitrust Analysis*. The antitrust Bulletin. 2005. Sobre barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado ver WERDEN, Gregory J. *Network Effects and Conditions of Entry: Lessons from the Microsoft Case*. Antitrust Law Journal, vol. 69, 2001.

1.2 AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE PODER NO MERCADO

A teoria econômica da concorrência perfeita, desenvolvida na maior parte pelo economista britânico Alfred Marshall, tem, segundo EATON & EATON (1999 p. 285/286), os seguintes pressupostos: a) nenhum comprador individual compra e nenhum fornecedor individual produz uma proporção significativa da produção total; b) todos os participantes têm conhecimento perfeito de todos os preços relevantes e de todas as informações tecnológicas relevantes; c) em qualquer mercado dado, os produtos de todas as firmas são idênticos; d) todos os insumos são perfeitamente móveis; e e) as preferências de cada indivíduo são independentes das decisões de consumo de outros indivíduos e das decisões de produção das firmas. As funções de produção de todas as firmas são independentes das decisões de consumo dos indivíduos e das decisões de produção de outras firmas.

Da leitura dos pressupostos citados, a primeira conclusão a que se pode chegar é a de que a fixação dos preços não se dá ao mero arbítrio das empresas, sob pena de exclusão das mesmas do mercado pela sua própria ineficiência. Assim, os participantes dos mercados são mais *tomadores de preços* do que *fixadores de preços* (EATON & EATON, 1999, p. 277). Nesse sentido, num sistema de concorrência, a iniciativa de um produtor, ou de um grupo econômico, de aumentar os preços ou reduzir a demanda não implicará em exclusão de concorrentes do mercado ou prejuízo aos consumidores.

Já no regime monopolista, o extremo oposto do mercado competitivo, somente um agente produz o mesmo bem ou um substituto próximo, de tal forma que o custo do produto, em um mercado não regulamentado, baseia-se somente na quantidade de demanda, de tal forma que o monopolista pode obter um lucro muito acima daquele que obteria em um mercado competitivo. O monopólio pode ser dar por diversos motivos, como por concessão governamental, pela existência de patente⁷, por superioridade tecnológica e até mesmo por boa administração da firma.

⁷ Patente é um título de propriedade temporária que concede a seu detentor o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: produto objeto de patente; processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem esses atos (PIMENTEL, 2005, P. 50). Ainda sobre a relação entre proteção da concorrência e propriedade intelectual ver KORAH, Valentine. *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*. Antitrust Law Journal, Vol. 69, 2001.

Entretanto, no mundo real, dificilmente se observaria um regime de concorrência perfeita ou mesmo de monopólio completo em todos os fatores de produção, configurando o que hoje se chama de *concorrência imperfeita* ou *concorrência praticável*, onde há mais de um vendedor de determinado produto e cada empresa exerce certo grau de controle sobre a fixação dos preços.

Assim, assumindo que a concentração de empresas tende a transformar um sistema de competitividade em um sistema monopolista, tendo em vista que o número de empresas é diminuído gradativamente e as remanescentes aumentam suas dimensões médias passando a representar parte considerável no conjunto da produção e, portanto, exercendo influência sobre a fixação dos preços, foram criados diversos instrumentos legislativos, nas mais variadas ordens jurídicas, de intervenção do Estado no domínio econômico, não proibindo completamente os monopólios e as concentrações, mas controlando os seus excessos, de tal forma que, muito embora o regime de concorrência perfeita seja impossível, a concorrência (imperfeita) continue existindo.

Essa influência sobre a fixação dos preços não deve ser entendida somente como o poder de aumentar preços, mas, como a possibilidade de escolher entre diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade (SALOMÃO FILHO, 2002, P.83). Para POSNER (2001, p. 11.), mais precisamente em decidir quando aumentar ou reduzir a oferta para provocar uma alteração nos preços.

A tendência do funcionamento de um mercado que opera sob um regime de monopólio ou de oligopólio é a de que os detentores do poder econômico utilizem preços superiores ao do custo marginal bem como apresentem uma produtividade inferior à dos mercados competitivos.

1.2.1 Definição de Mercado

Conforme brevemente tratado nos pontos anteriores, a concentração de empresas pode implicar em aumento do poder econômico em um determinado mercado, razão pela qual se torna imprescindível a fiel determinação do mercado envolvido em uma concentração para a verificação dos efeitos por ela gerados. Surge aí o conceito de mercado relevante, cuja finalidade é a definição do espaço geográfico e material no qual a concorrência se estabelece. Incluem-se dentro de um único mercado relevante as empresas cuja produção tenha um efeito

imediatamente e substancial no comportamento, sobretudo no tocante a preços e produção, das empresas do mesmo mercado. (OLIVEIRA NUSDEO, 2002 p. 28)

Para SULLIVAN (1977, p. 41), será reconhecida a dominação de um mercado relevante em uma situação na qual os preços são substancialmente elevados, ou a produção é significativamente reduzida, pelo atual produtor e mesmo assim os concorrentes não possuem meios suficientes para inserir produtos nesse mercado restabelecendo a relação inicial de preços.⁸

No Brasil, uma portaria conjunta⁹ da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça estabelece nos seus itens 28 e 29 que:

28. A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites. O teste do “monopolista hipotético”, descrito adiante, é o instrumental analítico utilizado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do mercado relevante.

29. Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.

Tal qual a portaria supra citada, de modo geral, também a doutrina especializada aponta dois critérios para determinação do mercado relevante, o critério geográfico e o critério material. Para Paula FORGIONI (2005, p.233/241) o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva, identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. Para a mesma autora, o mercado relevante geográfico pode ser compreendido como a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos: a) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área ou b) provocar

⁸ *To define a market in product and geographic terms is to say that if prices were appreciably raised or volume appreciably curtailed for the product within a given area, while demand held constant, supply from other sources could not be expected to enter promptly enough and in large enough amounts to restore the old price or volume.*

⁹ Portaria número 50 de agosto de 2001, que estabelece um guia para apreciação dos atos de concentração econômica submetidos ao CADE

imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.

Não existem critérios absolutos para definição de um mercado relevante geográfico. Ele pode corresponder a um país, a um Estado ou até mesmo a um bairro, por isso, quando da delimitação do mercado relevante geográfico devem ser observados diversos aspectos, especialmente aqueles relacionados com os hábitos dos consumidores, ou seja, deve ser verificado se o consumidor está disposto a afastar-se do local onde está para adquirir outro produto ou serviço similar ou idêntico. Outros aspectos como a incidência de custos de transporte e a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado são bastante relevantes.

Já o mercado relevante material (ou mercado de produto) é aquele que leva em consideração essencialmente as características do produto ou serviço oferecido. Sua delimitação, a exemplo do mercado relevante geográfico, parte da identificação das relações de concorrência.

Primeiramente, deve-se identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para verificar se ele estaria normalmente disposto a substituí-lo por outro – critério da intercambialidade do produto. Se a resposta for afirmativa, ambos farão parte do mesmo mercado relevante material.

Como a intercambialidade do produto não é fácil de ser constatada, pode-se valer da presunção de que dois ou mais produtos são intercambiáveis quando o aumento do preço de um deles conduz ao aumento da procura dos outros. Ocorrendo tal hipótese se teria um indicativo de que os consumidores estão dispostos a substituir um bem pelo outro, o que colocaria ambos em direta relação de concorrência e autorizaria sua integração em um mesmo mercado relevante material.

Mesmo essa presunção de intercambialidade é de difícil demonstração e demanda inevitavelmente uma análise caso a caso. Para demonstrar essa dificuldade Lawrence SULLIVAN (1977, p. 41)¹⁰ questiona se, por exemplo, os flocos de milho, bastante consumidos

¹⁰ *A seller of a given product, for example corn flakes, faces various degrees of competition: other brands of corn flakes are certainly competitive products and in the same market; other dry cereals, say corn puffs, or wheat flakes, are no doubt competitive in substantial degree; less competitive, but still significant perhaps, are cooked cereals; and not to be ignored entirely are other products which might be served instead of cereal – bacon, eggs, toast, danish pastries, etc. Realistically, no single definition of a product is likely to be decisive, in the sense that all sellers within it directly limit the power of the seller whose power is the subject of inquiry and all sellers out side of the seller whose power is the subject of inquiry and all sellers out side of it affect the subject seller so lithe that they can be ignored.*

nos Estados Unidos nas refeições matinais, são substituíveis por outros produtos destinados ao café da manhã, como ovos, bacon e torradas. O autor conclui que nenhuma definição de mercado relevante material é realmente decisiva.

Apenas a título exemplificativo, órgãos administrativos de defesa da concorrência e tribunais já decidiram que o mercado de bananas não se identifica com o mercado de outras frutas frescas¹¹, que o leite pasteurizado tipo C constitui mercado relevante distinto do leite longa vida¹² e ¹³que existe um mercado relevante distinto para calçados de homens, mulheres, e crianças¹⁴.

No tocante à delimitação do mercado relevante material, além das características intrínsecas ao produto, como sabor, forma etc., também assumem relevo os sinais distintivos dos produtos, em especial as marcas. A Coca Cola, por exemplo, dificilmente seria substituída por outro refrigerante à base de Cola, mesmo que apresentasse as mesmas características de sabor. Para FORGIONI (2005, p. 244) a identificação do produto não é suficiente para caracterizar a existência de mercado relevante distinto, Entretanto, a partir do momento em que os *consumidores não têm por hábito substituir o produto identificado pela marca por outro que lhe é em tudo semelhante pode haver a caracterização de vários mercados, derivada da infungibilidade dos produtos.*

A delimitação do mercado relevante é particularmente complicada nas concentrações com aspectos multijurisdicionais por diversos motivos. Conforme será demonstrado nos pontos subseqüentes, os critérios de determinação do mercado, tanto geográfico quanto material variam de país para país. O fator de intercambialidade do produto, ou a necessidade dos consumidores por ele variam de cultura de cultura. Por fim, a existência de barreiras não tarifárias à importação em alguns países impedem a entrada de substitutos ao produto por meio da importação em

¹¹Comissão da Comunidade Européia – United Brands – processo 27/76 – acórdão disponível em http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0027&lg=en – acessado em 13/01/2007

¹² C A D E – Ato de Concentração 11/94 - ementa disponível em <http://www.cade.gov.br/atas/arquivosPDF/ata104.asp>

¹³ Brown Shoe Co. v. United States – 370 US 294 (1962), transcrito por FOX, SULLIVAN, PERITZ (2004, p. 285/289).

¹⁴ Para mais exemplos vide FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitrust. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 246/249 e FOX, Eleanor M.; PERITZ, Rudolph J. R.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 2ª Edição. Thomson West, 2004. p. 278/367

alguns países e em outros não. Essas e outras diferenças que serão estudadas destacam a necessidade de uma tentativa de regulamentação internacional da matéria.

1.2.2 Formas de Manifestação de Poder de Mercado e Razões Para Evitar a Concentração do Poder no Mercado

Conforme visto, as concentrações de empresas trazem as mais diversas vantagens econômicas para as empresas que delas participam, entretanto, essas vantagens nem sempre refletem benefícios sociais ou uma melhora da economia do Estado.

Dentre as razões apontada para que as concentrações econômicas sejam restringidas, pode-se destacar o fato de que as concentrações podem tornar a estrutura do mercado menos competitiva, desencorajando a entrada de novos concorrentes. As empresas depois do ato de concentração podem adquirir poder econômico para aumentar injustificadamente os preços. As concentrações também aumentam as oportunidades da empresa adotar comportamentos menos competitivos.

Em outros termos, o processo de concentração pode levar a um comprometimento do funcionamento normal do mercado, uma vez que passa a concentrar o poder econômico nas mãos de poucos agentes. Estes, após obtida a condição monopolista, agem com completa independência e indiferença em relação a outros agentes econômicos, muitas vezes abusando dessa sua posição e gerando instabilidade.

Conforme SULLIVAN (1997, p. 2)¹⁵ se forem aceitas as premissas neo-clássicas de que todos os vendedores querem maximizar os seus lucros, que o custo do produto para o vendedor, a partir de um determinado momento na curva de produção, tende a subir quando ele aumenta sua produção (em virtude do aumento da demanda dos produtos primários utilizados na

¹⁵ *Assume, as in the neo-classical tradition, that all sellers want to maximize profits. Assume also, as in that tradition, that a seller's costs for the product will tend to rise as his output is increased (because the seller must pay more as he bids more and more to attract away from others the resources with which he makes the product). Assume further that the less the seller charges the more he will be able to sell (and conversely) because as the price goes up or down relative to other goods, some buyers will substitute other goods for it or it for them. Upon accepting these assumptions of economics, one must conclude that a seller will expand output until the point where (as costs go up) the sale of an additional unit will add less to revenues than to costs. Any higher output, by increasing costs more than revenue, would reduce profits; any lower output, by reducing costs less than revenues would reduce profits. Having taken us this far, the economist can demonstrate that under monopoly output will be smaller and price will be higher than under competition. In a competitive market, competition will (in the long run and assuming other things to be stable) force the price down to the point where it equals the cost of production plus a reasonable return. In a monopolized market (assuming fully off-setting scale economies are not achieved and passes on to buyers) the price will stabilize at a point higher than this; there will be a monopoly profit.*

sua produção), e que quanto menos o vendedor cobra por seus produtos mais ele deve vender, tendo em vista que, conforme os preços sobem e descem, os consumidores os substituem por outros bens similares, tem-se que o produtor irá aumentar sua produção até o ponto no qual a venda por unidade irá lhe adicionar mais rendimentos do que despesas. Nesse ponto, qualquer aumento de produção que implique em custos maiores do que rendimentos irá reduzir o seu lucro, bem como qualquer redução da produção que implique em perdas de rendimentos maiores do que diminuição de despesas também irá reduzir o seu lucro. Com base nessas premissas da doutrina micro-econômica, pode-se demonstrar que em condições de monopólio a produção será menor e o preço será maior do que em um mercado competitivo. No mercado competitivo, a concorrência forçará o preço para baixo até o ponto no qual o custo da produção e o retorno para o produtor são compatíveis. Em um mercado monopolizado o preço se estabilizará em um ponto superior, e essa diferença consiste exatamente no lucro do monopolista.

As formas usuais de manifestação do poder no mercado são o monopólio, o oligopólio o monopsônio e o oligopsônio.

1.2.2.1 Monopólio

Com relação ao monopólio é necessário primeiramente fazer a ressalva que essa situação não ocorre somente quando determinada empresa detém 100 % de determinado mercado, mas quando possui uma grande participação no mercado, 60 %, por exemplo, porém, os seus concorrentes estão todos atomizados e não possuem qualquer influência sobre a fixação dos preços.

Assumindo uma condição de monopólio, conforme já exposto anteriormente, a tendência é a de que o produtor aumente os seus preços. A primeira consequência desse aumento de preços é a de que um determinado número de consumidores deixe de consumir o seu produto. Essa diminuição, no entanto, não afeta o produtor, pois o aumento do preço é decorrente da diminuição artificial da oferta e, portanto, do seu custo marginal. Ou seja, ele obtém as mesmas (ou superiores) receitas advindas das compras realizadas pelos consumidores remanescentes que teria com todos os consumidores em um mercado competitivo, entretanto, sua despesa diminui, aumentando por sua vez a sua lucratividade e eficiência no sentido econômico.

A perda da utilidade desse produto para os consumidores que não possuem mais condições de adquiri-los em virtude do aumento de preços é chamado pela doutrina marginalista de *dead weight loss* (SALOMAO FILHO, 2002, p.133). O *dead weight loss* é a primeira consequência negativa do monopólio, já que é formado exclusivamente por uma perda social.

O segundo ponto negativo da existência do monopólio é o fato de que aquele que possui uma posição monopolista tende a utilizar parte dos seus recursos para a manutenção dessa condição. Como esses gastos não serão utilizados no processo produtivo também se revelam como custos sociais.

Um terceiro ponto negativo ainda apontado pela doutrina (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 134) é o desestímulo à inovação proporcionado pela posição de monopólio¹⁶.

Observe-se, por fim, que existem determinados mercados que não comportam a concorrência pelo auto custo da sua manutenção, são os chamados monopólios naturais. Serviços de infra-estrutura operam tradicionalmente na forma de monopólio, como, por exemplo, os serviços de saneamento e o de tratamento e distribuição de água. Nos casos em que existem os monopólios naturais normalmente os interesses dos consumidores são garantidos por meio de regulamentação estatal, no Brasil essa regulamentação se dá pelas agências reguladoras como a Agência Nacional da Água – ANA e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

1.2.2.2 Oligopólio

O oligopólio é caracterizado pela existência de um pequeno número de produtores inseridos no mesmo mercado relevante, ou um pequeno número de grandes produtores coexistindo com concorrentes de menor porte que não possuem influência sobre a fixação de preços.

A regulamentação dos mercados oligopolizados é bastante complexa tendo em vista que muitos deles são altamente competitivos. A preocupação do direito antitruste com relação aos oligopólios, no entanto, deve ao fato de que a existência de poucos concorrentes propicia a prática do cartel com a finalidade de aumentar os lucros de todos eles (OLIVEIRA NUSDEO,

¹⁶ O próprio Calixto Salomão Filho esclarece na mesma obra que esse ponto não é pacífico na doutrina e cita como pensamento contrário o de Richard Posner, para quem a situação de concorrência é mais desestimulante ao avanço tecnológico do que o monopólio, tendo em vista em um sistema competitivo os concorrentes acabam se apropriando das inovações conseguidas por determinada empresa sem os custos que essa teve para obtê-los. Salomão rebate dizendo que isso deve ser atribuído a uma falha do sistema de proteção à propriedade intelectual e não à conduta das empresas em situação competitiva.

2002, p. 36). Alguns autores¹⁷ ainda aplicam ao comportamento oligopolista o modelo comportamental da *teoria dos jogos*¹⁸, desenvolvida inicialmente pelo matemático John Nash, para os quais a atuação de cada agente é substituída por um ação que projeta ou prevê a reação dos demais concorrentes.

Mais preocupante, no entanto, são os casos nos quais esse comportamento interdependente não se dá em virtude da expectativa com relação ao comportamento dos concorrentes, mas quando existe um acordo tácito ou explícito entre os concorrentes com o intuito de manipular os preços. Segundo ARREEDA e KAPLOW (1997, p. 279/282) para a caracterização desse comportamento interdependente intencional são necessários a existência de poder de mercado no grupo, a uniformidade do comportamento dos agentes e a existência de comunicação rápida e fácil entre esses concorrentes.

Conforme será melhor esclarecido no capítulo terceiro, a preocupação com os oligopólios é maior com relação aos comportamentos coordenados dos agentes do que com relação aos comportamentos unilaterais deles. Como a previsão de coordenação de comportamentos é mais especulativa do que a previsão de comportamentos unilaterais, parece que a restrição à concentração deve ser analisada com cuidado maior. Possivelmente a atuação do normativa antitruste nesses casos seria mais adequada no controle das condutas e não das estruturas.

¹⁷ Como Dennis A Yao e Susan S. De Santi no artigo *Game theory and the legal analysis of tacit collusion*, *Antitrust Bulletin* nº 38 p. 113-141

¹⁸ A teoria dos jogos é normalmente exemplificada pelo dilema do prisioneiro que consiste na seguinte situação: dois comparsas, A e B, são pegos cometendo um crime. Levados à delegacia e colocados em celas separadas, o promotor lhes diz que a polícia possui evidência suficiente para mantê-los presos por um ano, mas não bastante para uma condenação mais pesada. Porém, se um confessar e concordar em depor contra seu cúmplice, ficará livre por ter colaborado, e o outro irá para a cadeia por 3 anos. Já se ambos confessarem o crime, cada um sofrerá uma pena de dois anos.

As decisões são simultâneas e um não sabe nada sobre a decisão do outro. O dilema do prisioneiro mostra que, em cada decisão o prisioneiro pode satisfazer o seu próprio interesse (trair) ou atender ao interesse do grupo (cooperar). Para qualquer um dos prisioneiros, o melhor resultado possível é trair e seu parceiro ficar calado. E até mesmo se seu parceiro trair, o prisioneiro ainda lucra por não cooperar também, já que ficando em silêncio pegará três anos e cadeia, enquanto que, confessando, só pegará dois. Em outras palavras, seja qual for a opção do parceiro, o prisioneiro se sai melhor traindo.

O único problema é que ambos chegarão a essa conclusão: a escolha racional é trair. Essa lógica vai, desta forma, proporcionar a ambos dois anos de cadeia. Se os dois cooperassem, haveria um ganho maior para todos, mas a otimização dos resultados não é o que acontece.

1.2.2.3 Monopsônios e oligopsônios

Os monopsônios e os oligopsônios se constituem em hipótese inversa aos monopólios e aos oligopólios. Nesse caso, não se fala em poder de mercado do vendedor, mas sim em poder de mercado do comprador. São os casos em que existe um único comprador ou poucos compradores.

O poder exercido pelo monopsonista pode ser entendido como a possibilidade de reduzir o preço do produto adquirido por meio de uma redução da demanda pelo produto. Com essa redução do preço do insumo o custo médio do produto final também é reduzido.

A relevância dos monopsônios e dos oligopsônios para o Direito antitruste se deve ao fato de que o monopsonista, quando não se trata do destinatário final do produto, não tem a tendência de repassar essa redução do seu custo ao consumidor, apropriando-se dessa diferença como lucro (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 146)¹⁹. Nesse caso o custo social é evidente, já que essa redução do custo não foi decorrente da eficiência econômica do produtor e todo o resultado será por ele apropriado. No Brasil a atuação do monopsonista é bastante evidente nas compras realizadas pelas grandes redes de supermercados.

¹⁹“Muito simplisticamente pode-se entender esse comportamento do custo marginal como sendo decorrência do fato de que, possuindo poder no mercado, as aquisições adicionais do produto feitas pela firma influenciam o preço de toda a quantidade por ela comprada (ao contrário da concorrência perfeita, onde o adquirente não influencia o preço do produto adquirido). Assim, cada incremento marginal de suas aquisições leva a um aumento do preço do total de suas compras. Essa última variável independe ou não de monopsônio. Assim, apesar de o custo médio do produto final do monopsonista diminuir, o custo marginal aumenta!” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 145/146)

1.3 O DIREITO ANTITRUSTE E A RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Para Phillip AREEDA e Louis KAPLOW (1997, p.3) o direito antitruste lida fundamentalmente com o controle do poder econômico privado nos setores nos quais a técnica de controle social aceita é da concorrência e não a da regulamentação ou da participação direta do Estado no domínio econômico.

A primeira intervenção legislativa específica sobre os processos de concentração foi norte-americana com a edição do *Sherman Act* em 1890, que volta-se contra atos e ajustes, em especial àqueles tendentes à monopolização de determinado setor de mercado.

Para FONSECA (1997, p. 70) a evolução do direito anti-truste norte-americano é paradoxal, pois evoluiu de uma intransigência inicial em relação aos trustes e monopólios para a aceitação de concentração que viabilizassem eficiência e aumento de competitividade internacional com a edição do *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*. Já para Robert BORK(1993), o grande princípio orientador do direito anti-truste norte-americano é o bem-estar do consumidor. O direito antitruste norte-americano será tratado mais extensamente no capítulo subsequente.

O direito antitruste dos países europeus é mais recente e apresenta diferenças tanto entre os seus países bem como com relação ao modelo norte-americano.

Na Inglaterra, segundo BULGARELLI (1996, p. 34), *sempre se viu com verdadeira aversão, ao menos no regime do common law, qualquer forma de uniões de empresas que tivessem por objetivo controlar a produção e disciplinar a concorrência*. Muito embora a própria Magna Carta, pelo princípio do *free trade*, já considerar os acordos individuais ou gerais que pudessem limitar a concorrência como contrários à ordem pública, os primeiros diplomas normativos específicos foram o *Monopolies Act* de 1485 e o *Restrictive Trade Practices* de 1956. Os dois diplomas baseavam a avaliação em um critério de ilicitude para avaliar se o ajuste era ou não fraudulento, não sendo considerado como tal o ajuste era aceito. Atualmente, principalmente pela ação jurisprudencial, além da ilicitude avalia-se também o interesse público, existindo a presunção de que as uniões são contrárias a este (BULGARELLI, 1996, p. 35).

Já na Alemanha, o tratamento da matéria operou-se de maneira diversa, e desde as primeiras legislações, como a *Verordnung*, de 1923 as concentrações de empresas foram favorecidas (FONSECA, 1997 p. 70) e, mesmo com a reforma da lei em 1973, introduzindo um

modelo fundado na publicidade, observação e interdição, as concentrações não foram completamente barradas.

Na Itália ocorreu exatamente o inverso do que ocorreu na Alemanha e o governo teve que intervir contra a concentração excessiva de empresas impondo a divisão da empresa em uma série de empresas tecnicamente autônomas. Para BULGARELLI (1996, p. 39), na Itália não se viu já de início as concentrações de empresas que limitassem a concorrência como uma violação de ordem pública, *objetou-se, contudo, que não se podia permitir que a liberdade prejudicasse aos concorrentes eventuais e ao público em geral, hipótese em que se deveria considerar violada a ordem pública*. A jurisprudência italiana, considera violadoras da ordem pública as concentrações tendentes a instituir monopólios de gêneros de primeira necessidade ou de serviço público, não sendo considerado como tal aquelas feitas para a venda de produtos que não excluam a possibilidade de concorrência.

Na França, a partir da Revolução de 1789, qualquer acordo de pessoas com a mesma atividade econômica, tendente a controlar o preço de prestações e de serviços, era proibido, pois entendia-se que tal associação era nociva aos interesses dos consumidores e a sanção para tal ato era a aplicação de multa e a nulidade do pacto. O direito de associação em si não era proibido, entretanto, a partir da edição do Código Penal Francês de 1810, os monopólios de mercadorias com o intuito de alterar os preços e prejudicar a concorrência passaram a ser considerados como crime, conforme disposição do seu artigo 419. Tal dispositivo inicialmente aplicado somente para pessoas passou também a ser aplicado para o caso das associações de empresas. Posteriormente o art. 419 foi alterado pela Lei 3-12-1926 passando a ser considerada ilegal a coalizão de empresas quando provoque alteração de preços, *com um fim de alcançar um lucro que não resultaria do jogo natural da oferta e da procura* (BULGARELLI 1993, p. 38).

Já o caso do Brasil, segundo FONSECA (1997, p. 72) assemelha-se em alguns pontos com a França e em outros com a Itália, para o autor:

O direito antitruste brasileiro, que adveio, em 1962, durante a curta experiência parlamentarista, não era contra as concentrações em si. Eram toleradas, desde que não resultassem, de acordo com a dicção constitucional, em domínio de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. A política econômica do Estado era de estímulo às concentrações e havia intervenção do Conselho Interministerial de Preços, a fim de coibir aumentos abusivos de preços. Ao Cade não cabia controlar as concentrações nem acompanhar a evolução dos preços.

Atualmente, pela leitura da Lei 8.884/94, que regula o chamado direito antitruste brasileiro, se observa que o nosso Direito continua não proibindo os atos de concentração de empresas, exigindo, entretanto, que esses atos, quando enquadrados nos casos do § 3º do art. 54, sejam submetidos à apreciação do CADE para a avaliação dos danos que ele pode acarretar ao mercado bem como à livre concorrência.

1.3.1 Principais Escolas: Harvard, Chicago e Freiburg

A discussão atual que envolve o Direito antitruste e, por conseqüência também a temática das concentrações empresariais, embora não se resuma, pode ser compreendida na discussão entre as escolas de Harvard, de Chicago e de Freiburg.

A Escola de Harvard, também conhecida como escola Estruturalista sustenta que a função do antitruste é garantir a existência da concorrência por si mesmo e diluir o poder dos participantes do mercado. Segundo os pensadores desta Escola as concentrações excessivas de poder no mercado devem ser evitadas, pois, inevitavelmente acabam gerando disfunções prejudiciais ao próprio fluxo comercial. O ideal de mercado competitivo é aquele composto pelo maior número possível de agentes, sem que qualquer um possua poder suficiente para influenciar artificialmente a fixação dos preços. Para FORGIONI (2005, p. 170) a tese defendida pela Escola de Harvard pode ser resumida pelo lema “*small is beautiful*”. A escola é conhecida como estruturalista exatamente em virtude da preocupação com as estruturas de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste.

Para Phillip ARREDA e Louis KAPLOW (1997, p. 37), dois expoentes da Escola de Harvard, as duas grandes chaves para que exista um mercado competitivo é a existência de um grande número de agentes e a inexistência de barreiras à entrada de outros agentes no mercado. Para esses mesmo autores, objetivos de política pública, como a defesa das pequenas empresas, são consistentes com os objetivos de eficiência econômica²⁰.

Como se pode notar, a restrição às concentrações de empresas é particularmente importante para os pensadores da escola de Harvard, já que, em síntese, entendem eles que o controle das estruturas do mercado é a maneira mais eficaz para evitar condutas anti-competitivas por parte dos agentes.

²⁰ *The Key structural variables bearing on workable competition are (1) the number and size distribution of sellers and (2) the conditions of entry by others firms into the market. Whatever the number of producers, competitive results are more likely when barriers to entry by new producers are relatively low.*

Especificamente no campo do Direito Internacional, um dos pontos defendidos pelos adeptos desta escola é a criação de um *corpus iuris vinculante no domínio da concorrência e do comércio internacional* (DAL RI JUNIOR, 2005, p. 622).

Essa escola foi muito influente nos Estados Unidos perdendo, a partir do final dos anos 70 a sua influência para a escola de Chicago. É com base nos pressupostos da escola de Harvard, no entanto, que foi concebida a International Competition Network.

A escola de Chicago, segundo Calixto SALOMÃO FILHO (2002, p. 22), surgiu nos anos 50 como os trabalhos do economista Aaron Director, que consistiam basicamente na aplicação da *price theory* ao direito antitruste. As teorias de Director foram desenvolvidas nos anos 60 e 70 especialmente por Richard Posner e Robert Bork.

Para Robert BORK (1993, ix), um dos grandes expoentes da escola de Chicago, a doutrina formulada pela escola de Harvard apresenta o seguinte paradoxo: considerar a concorrência como um valor em si mesmo, conforme pretendido pela Escola de Harvard, implica necessariamente em prejuízo ao consumidor, tendo em vista que em nome da concorrência se impede a formação de economia de escala que, por sua vez, são benéficas já que a redução de custos permite a redução de preços, ou seja, eficiência econômica.

As características da escola de Chicago são assim descritas por BORK (1993, p. xi)²¹:

São duas as principais características da Escola de Chicago. A primeira é a insistência de que o objetivo exclusivo do antitruste, a única consideração que o juiz deve ter em mente, é a maximização do bem estar do consumidor. O juiz não pode pesar outros objetivos contra o bem estar do consumidor, como supostos benefícios sociais ou a preservação das pequenas empresas contra uma eficiência superior. Segundo, os adeptos da escola de Chicago aplicam a análise econômica do direito de modo mais rigoroso e para entender o impacto do comportamento empresarial sobre o bem estar do consumidor.

Para POSNER (2001, p. ix)²², um dos precursores da interpretação econômica²³ do Direito, o único objetivo do Direito Antitruste é promover o bem estar econômico, no entanto, o bem estar econômico deve ser entendido nos termos do conceito econômico de eficiência.

²¹ Tradução livre de: *The primary characteristics of the Chicago School of antitrust are two. The first is the insistence that the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not weigh against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small businesses against superior efficiency. Second, the Chicagoans applied economic analysis more rigorously than was common at the time to test the propositions of the law and to understand the impact of business behavior on consumer welfare.*

²² *The only goal of the antitrust laws should be to promote economic welfare, but also agrees on the essential tenets of economic theory that should be used to determine the consistency of specific business practices with that goal. Agrees, that is, that economic welfare should be understood in terms of the economist-s concept of efficiency*

A primeira grande crítica que se pode fazer à Escola de Chicago é a de que ela se preocupa com a maximização da riqueza proporcionada pela eficiência, não se preocupando, contudo, com a justa distribuição da riqueza gerada. Para os neo-clássicos, a “mão invisível” do mercado seria o suficiente para proporcionar a distribuição dessas riquezas.

Ou seja, para a escola de Chicago não existe, ou pelo menos é diminuída, a presunção de que a concentração econômica de agentes causará malefícios à concorrência. Os pensadores dessa escola tendem a ser mais flexíveis em relação à permissão das concentrações, deslocando o foco das preocupações concorrenciais das estruturas de mercado para as condutas praticadas pelos agentes.

Essas duas escolas, não são, no entanto, totalmente contrastantes, as duas colocam o consumidor²⁴ no ponto central de suas análises e, conforme observa SULLIVAN (1977, p. 2)²⁵ ambas procuram de determinada forma assegurar uma eficiência alocativa (com a ressalva que a Escola de Chicago é mais explícita nesse ponto) dos recursos pelo antitruste e partem da teoria micro-econômica como modo de análise para identificar as estruturas de mercado que possam prejudicar a concorrência.

A diferença parece residir muito mais no foco das preocupações concorrenciais. Para os pensadores de Harvard restringir concentrações evita a possibilidade de possíveis condutas anti-competitivas, ou seja, é preferível um controle preventivo. Para os pensadores de Chicago, esse controle preventivo pode ser contra-eficiente, nesses caso é preferível permitir a concentração e reprimir as possíveis condutas.

Além dessas duas escolas provenientes do Direito antitruste norte-americano, na Europa, particularmente na Alemanha, se desenvolveu a Escola de Freiburg, também conhecida como ordo-liberal. Para os pensadores desta escola a economia deve ser constituída por múltiplos mercados concorrenciais e a regulamentação e intervenção estatal devem ser reduzidas

²³ Sobre a análise econômica aplicada ao direito antitruste ver HEYER, Hen. *A World of Uncertainty: Economics and The Globalization of Antitrust*. Antitrust Law Journal, Vol. 72, 2005.

²⁴ Sobre a proteção do consumidor pelo controle dos atos de concentração nos Estados Unidos ver NELSON, Philip e SUN, Su. *Consumer Savings From Merger Enforcement: A Review of the Antitrust Agencies' Estimates*. Antitrust Law Journal, Vol. 69, 2001.

²⁵ *There are two principle approaches to antitrust which draw upon economic analysis, the Chicago and the Harvard schools. There are differences between them which this book will take some pains to point out. But some exponents of each postulate efficient allocation of resources either as the sole or as the major goal of antitrust, and both put forward micro-economics as the mode of analysis for identifying those market structures and those types of conduct which facilitate and those which tend to inhibit the achievement of that goal.*

a pequenos pontos tópicos, como o controle dos monopólios, a política conjuntural e a política social (DAL RI JÚNIOR, 2005). Tal sistema, também denominado de economia social de mercado é um modelo que, segundo VAN MIERT (1998, p.2), combina a eficiência e o dinamismo da economia de mercado com uma política social balanceada.

A Escola de Freiburg, teve o seu nascimento ainda nos primeiros anos do nazismo, pela formação de um pequeno grupo de pensadores que contrapunha-se à intervenção estatal na economia (DAL RI JÚNIOR, 2005), o mesmo autor aponta a obra *Die Grundlagen der Nationalökonomie* de Walter Eucken como o nascimento oficial da Escola apontando ainda como outros grandes pensadores ordoliberais Franz Böhm, Wilhelm Röpke e Ludwig Ehrard.

Para Böhm (apud STREIT, p. 6), o programa teórico e político da escola de Freiburg, pode ser descrito como a relação que envolve ²⁶:

...a questão do poder privado em uma sociedade livre. Isso conduz às questões: Do que uma ordem de economia livre é feita? Quais tipos e possibilidades de ordem econômica são praticáveis? Qual o papel exercido pelo poder Estatal e pelo poder de pessoas e grupos privados em cada tipo? Que obstruções à ordem econômica acontecem se emerge dentro do Estado e da sociedade uma distribuição de poder que difere do respectivo sistema econômico.

Para DAL RI JÚNIOR (2005), as atividades desenvolvidas pelos membros da escola de Freiburg podem ser divididas em dois períodos, o primeiro, dos anos trinta até a segunda guerra mundial, no qual foram geradas as bases do ordoliberalismo, e o segundo, iniciado nos cinquenta que conduziu os princípios até a sua condição atual.

Como se pode observar, a tutela da concorrência, conforme desenvolvida pela teoria ordoliberal, é um dos pilares do sistema de economia social de mercado sob o qual foi criada a Comunidade Européia. Trata-se, pois, da concorrência como um instrumento para atingir outros fins do Estado. A defesa da concorrência para a teoria ordoliberal é instrumental, desse modo, a própria concorrência pode ser sacrificada para que seja atingido um objetivo maior dentro do sistema estabelecido.

MUNHOZ (2004, p. 99) destaca que a agência de concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) ainda é bastante influenciada pelas idéias ordoliberais.

²⁶ Tradução livre do original: *the question of private power in a free society. This leads by necessity to the further question of what an order of a free economy is made of. From there one arrives at the question. What kinds of possibilities of an economic order are at all feasible. What role is played by power in each, in fact the power of government as well as the power of private persons and groups, and what obstructions of order arise if a distribution of power emerges within state and society which differs from that which conforms to the respective economic system.*

Um conceito fundamental para a teoria ordoliberal é a noção de ordem concorrencial, entendida como um conjunto de regras jurídicas na qual as decisões não são tomadas de forma individual, e cujas ações são controladas e coordenadas pela concorrência no mercado (STREIT, 1997, p. 07)

Especificamente no tocante às concentrações empresariais, significa dizer que, uma operação de concentração pode, ou deve, ser autorizada, mesmo que implique em restrição à concorrência, quando atinja outros fins determinados, como, por exemplo, avanços tecnológicos que necessitem de um grande dispêndio de recursos.

A Escola de Freiburg, diferentemente das Escolas de Harvard e de Chicago, introduz no direito antitruste, e por conseguinte também nas restrições às concentrações, aspectos não propriamente concorrenciais.

Desse modo, com relação às concentrações empresariais as posições das três escolas podem ser assim resumidas: para a escola de Harvard as concentrações empresariais que impliquem em concentração de poder econômico devem ser evitadas a todo custo; para a escola de Chicago as concentrações empresariais sempre que representem ganhos de escala (ou seja, quase sempre) devem ser permitidas; por fim, para a escola de Freiburg, as concentrações empresariais podem ser permitidas dentro de um plano maior de política econômica, ou seja, quando propiciem a obtenção de outras metas pré-estabelecidas.

Opinar pela maior validade ou eficiência de qualquer uma delas não é uma tarefa tão fácil. O pensamento da Escola de Freiburg depende essencialmente de políticas públicas bem definidas, ou seja, não faz sentido estabelecer um sistema normativo de controle de concentrações de caráter instrumental se não forem bem definidos quais são os fins que deverão ser atingidos com esse instrumento. O Brasil, por exemplo, (embora a Constituição Brasileira, estabeleça um sistema instrumental de concorrência), ainda não desenvolveu um plano econômico que dê as diretrizes para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no controle dos atos de concentração. Muitas das decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, ainda são fundadas em precedentes jurisprudenciais norte-americanos, onde objetivos não concorrenciais não fazem parte da análise²⁷.

²⁷ Roberto FERRAZ (2007) fala em adivinhação ou ainda em “chute científico” nas decisões tomadas pelo CADE. FERRAZ, Roberto. *A Macrológica do Direito Econômico no Processo Civil*. Artigo aceito para publicação na Revista de Processo. Original fornecido pelo autor.

Já com relação às Escolas de Harvard e de Chicago, parece que suas divergências podem ser resolvidas ou amenizadas. Como as duas partem de premissas micro-econômicas cumpre à microeconomia responder qual das duas é mais adequada levando sempre em consideração o sistema institucional de cada país com relação à proteção da concorrência.

De todo modo, o pensamento das três escolas ainda é corrente entre as diversas autoridades antitruste, o que também reflete a necessidade de uma uniformização internacional, já que, concentrações com impactos multijurisdicionais são cada vez mais frequentes.

1.3.2 Motivos Para a Autorização das Concentrações Empresariais

Os motivos apontados para que uma concentração empresarial seja autorizada por determinada autoridade antitruste varia de legislação para legislação, bem como a fundamentação doutrinária também diverge de Escola para Escola, conforme demonstrado no ponto antecedente. De modo geral, no entanto, os motivos podem ser enquadrados entre aqueles decorrentes da eficiência econômica obtida, conforme proposto pela Escola de Chicago, ou motivos relativos às diretrizes nacionais de política industrial, na linha da Escola de Freiburg.

As motivações decorrentes da eficiência econômica ganharam bastante relevo a partir do movimento doutrinário iniciado nos Estados Unidos na década de 60 (OLIVERIA NUSDEO, 2002, p. 176) chamado de análise econômica do direito. A análise econômica do Direito desloca o ponto central da teoria geral do Direito, normalmente centrado na busca pela Justiça, para a busca de melhores resultados econômicos.

A aplicação da interpretação econômica do Direito ao Direito antitruste pode ser sintetizada na afirmação de Robert BORK (1993, p. 91) de que a tarefa do antitruste é a de melhorar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva a ponto de conduzir a uma diminuição do bem estar do consumidor.

Ana Maria de OLIVEIRA NUSDEO (2002, p. 181), citando Herbert Hovenkamp estabelece as proposições da Escola de Chicago para justificar a eficiência como fundamento maior do direito antitruste:

- 1) a busca da eficiência deve ser o objetivo exclusivo das leis antitruste; 2) os mercados em sua maioria são competitivos, mesmo quando compostos de poucos vendedores, pois é difícil a manutenção do comportamento colusivo exigido para a eliminação da concorrência em mercados oligopolizados ou cartelizados; 3) os monopólios, quando existentes, tendem a se autocorrigir, vale dizer, atrair a entrada de novos concorrentes, interessados na alta rentabilidade do setor; 4) as barreiras à entrada são produtos da

imaginação dos teóricos, não existem tantas dificuldades à entrada de concorrentes potenciais nos mercados concentrados; 5) economias de escala são um fator mais importante do que propunham as doutrinas anteriores, sendo importante que as empresas tenham certa dimensão; 6) as empresas maximizam seus lucros quando os mercados envolvidos na cadeia da produção dos bens que oferecem são competitivos; assim não têm interesse em bloquear essa competição, não tendo sentido as leis antitruste coibirem integrações verticais. Esses postulados levam a dois outros, muito importantes para essa teoria: a aplicação das leis antitruste deve estimular as condutas eficientes e penalizar as ineficientes; em segundo lugar, a intervenção estatal, mesmo em mercados anticompetitivos, apenas tem sentido se produzir resultados superiores, tomando em conta os custos da intervenção.

O conceito de eficiência está diretamente relacionado à forma como são alocados os recursos utilizados na produção. Para AREEDA e KAPLOW (1997, p. 106) ele corresponde à situação na qual não haverá desperdício de recursos na produção de bens e serviços, ou ainda, qualquer situação que coloque alguém em uma posição vantajosa sem colocar outro em uma situação desvantajosa, hipótese conhecida como ótimo de Pareto.

Como se observa, a justificação de uma concentração com fundamento unicamente na eficiência econômica é uma posição ideológica defendida por aqueles que entendem por um participação bastante restrita do Estado no domínio econômico, e que essa intervenção via de regra tende a uma ineficiência no mercado.²⁸

Conforme será tratado de modo mais extenso no capítulo subsequente, a eficiência econômica como fundamento autorizador exclusivo de concentrações empresariais vem ganhando simpatia nas cortes norte-americanas, influenciadas pelos estudiosos da Escola de Chicago. Já na Europa, influenciada, sobretudo, pela Escola de Freiburg, a eficiência econômica não é aceita como fundamento exclusivo para a autorização de determinada concentração empresarial, essa autorização normalmente se dá em virtude de outras vantagens proporcionadas pela concentração. No Brasil, de modo semelhante ao sistema europeu, a legislação antitruste prevê um sistema misto, que avaliará uma concentração econômica tanto com fundamento na eficiência adquirida quanto pela distribuição dos benefícios econômicos entre os produtores e a sociedade em geral.

Os outros fundamentos autorizadores das concentrações podem ser entendidos como fundamentos de política industrial. Para OLIVEIRA NUSDEO (2002, p. 198) políticas

²⁸ Conforme observa Robert BORK (1993, p. 129) *the nature of the problems show that some degree of arbitrariness will have to be accepted as satisfactory by everyone because direct measurement of the conflicting factors cannot conceivably handle the trade-off dilemma. Indeed it is precisely the introduction of an attempt to quantify economies that would make the law even more arbitrary than it need to be, by eliminating the most important efficiencies from consideration.*

industriais podem ser entendidas como medidas de intervenção estatal no domínio econômico com o intuito de direcionar as atividades econômicas para setores mais benéficos à economia nacional como um todo.

Embora não seja possível determinar todas as possíveis formas de defesas fundamentadas em política industrial, tendo em vista que essa última varia conforme os interesses de determinado Estado nacional, as justificativas mais freqüentes para a autorização das concentrações empresariais são relativas ao estímulo à pesquisa e desenvolvimento, o auxílio Estatal para auxiliar empresas em crise (notadamente em setores de depressão) e o estímulo à pequena empresa, essa última hipótese com forte influência da Escola de Harvard.

Com relação à pesquisa e desenvolvimento, normalmente as operações realizadas entre as empresas possuem mais o caráter de cooperação econômica do que de concentração econômica. Ou seja, via de regra quando existe a necessidade de uma operação ou de um esforço conjunto em matéria de pesquisa e desenvolvimento, as empresas celebram acordos como as *joint ventures*, sendo mais raros os casos nos quais existe uma fusão ou incorporação de empresas com tais objetivos. De todo modo, para o direito antitruste, seja em casos de cooperação seja em casos de concentração, a autorização para a realização deverá tomar em conta também os interesses dos consumidores.

No caso da cooperação, a autorização para a sua realização deve se limitar às atividades de pesquisa e o desenvolvimento, coibindo desde logo a fixação conjunta dos preços, prática que caracteriza o cartel. Já com relação às concentrações, primeiro se deve evitar que mesmo as concentrações realizadas com a justificativa de pesquisa e desenvolvimento impliquem em domínio substancial de determinado mercado de uma única empresa. Caso ocorra esse domínio e mesmo assim a concentração seja autorizada, a alternativa é submeter esse mercado a uma regulamentação mais incisiva Estatal para garantir que os preços e as condições de consumo não sejam fixados ao livre arbítrio do produtor.

Já com relação às empresas em crise e aos setores em depressão, o que ocorre é que em determinadas situações, normalmente em virtude da perda de vantagens comparativas em relação a competidores estrangeiros, todas as empresas de determinado setor econômico tenham dificuldades em permanecer no mercado. A saída dessas empresas do mercado, por sua vez, gera uma grave crise social proporcionada diretamente pelo desemprego em massa dos seus funcionários. Nessa hipótese normalmente a proteção do Estado com relação a essas empresas se

dá por meio da concessão de subsídios, entretanto, essa situação também pode autorizar operações de concentração entre essas empresas em crise, propiciando a formação de economias de escala o que daria condições para que essas novas empresas, agora atuando como um único centro decisório, possam competir com os concorrentes estrangeiros.

Por fim, o estímulo às pequenas empresas, prática defendida pela Escola de Harvard e pelas cortes norte-americanas em especial na época da chamada Warren-Court (OLIVEIRA NUSDEO, 2002, p. 207), contrariamente aos outros fundamentos de política industrial citados acima, não se dá pela autorização das concentrações, pelo contrário, se opera mediante a proibição de concentrações que não impliquem em vantagem substantiva à sociedade.

1.4 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

No Brasil, a primeira Constituição a dispor sobre a ordem econômica e social foi a Constituição de 1934, criando um título dedicado exclusivamente a essa matéria, que limitou a liberdade de iniciativa, tornando-a uma liberdade relativa, considerando como pressupostos da ordem econômica os *princípios da justiça* e as *necessidades da vida nacional* (art. 115).

As constituições subseqüentes (46 e 67) não introduziram grandes alterações considerando, a primeira (art. 145), como elementos para o estabelecimento da economia nacional os princípios da justiça social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, e a segunda (art. 167), a realização da justiça social, o princípio da livre iniciativa, a valorização do trabalho como condição de dignidade humana e o desenvolvimento nacional, esse último acrescido por Emenda Constitucional.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 identicamente às anteriores também possui um título específico para a matéria, denominado de *Ordem Econômica e Financeira*, composto pelos artigos 170 a 192.

Trata-se de constituição eminentemente dirigente e o conjunto de normas que enuncia, que devem ser seguidas pelo Estado e pela sociedade, conferem a ela, segundo Eros Roberto GRAU (1997, p.196), o caráter de *plano global normativo*.

No campo econômico, da leitura dos dispositivos da Constituição Brasileira, pode-se concluir que a mesma consagra um regime de mercado, liberal (só admite intervenção para coibir abusos e preservar a livre concorrência) e capitalista. Cumpre observar, entretanto, que não se trata de liberalismo sem limitações, e isso é claramente observado mediante uma interpretação sistemáticas das normas que compõem o capítulo referente à ordem econômica, tendo em vista que, ao lado da tutela da livre iniciativa, também está a tutela do trabalho humano (caput do art. 170).

São princípios constitucionais informadores da ordem econômica brasileira o da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1, IV), da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), da garantia do desenvolvimento nacional (art. 3, II), da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução

das desigualdades sociais e regionais (art. 3, III), a liberdade de associação profissional e sindical (art. 8), a garantia do direito de greve (art. 9), e por fim, aqueles previstos no art. 170 da CF/88, quais sejam, a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A adoção desses princípios deve servir como vetor interpretativo e aplicativo na execução do desenvolvimento da ordem econômica. Para Tupinambá do NASCIMENTO (1997, p. 20/21):

Entenda-se. Há os elementos que atuam como fundamentos, as causas eficientes da adoção da ordem econômica. De um lado, a valorização do trabalho humano e, de outro, a valorização da livre iniciativa. Ambas atuando em coordenação. Há identicamente, o dado finalístico, o que se pretende alcançar com a ordem econômica: a garantia da existência digna de todos, de acordo com os ditames da justiça social. Entre as causas motivadoras e o fim há a necessária instrumentalização que se compõe de meios através dos quais se chega exitosamente ao pretendido desiderato; são os princípios norteadores.

Dentre os princípios elencados pela Constituição Federal como princípios norteadores da atividade econômica e social está o princípio da tutela da livre concorrência.

A livre concorrência foi erigida à condição de princípio na Constituição Federal de 1988 no art. 170, IV, podendo ser entendida como uma fração do princípio, também constitucional, da repressão aos abusos do poder econômico.

Da leitura do art. 170 da Constituição observa-se que no exercício da atividade econômica deve imperar a livre iniciativa e o seu desenvolvimento deve se dar em um regime de livre concorrência.

A livre concorrência pode ser entendida de diversas formas. Como tutela do direito do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a um preço mais baixo. Como uma garantia de oportunidades iguais a todos os agentes econômicos, ou seja, uma forma de desconcentração de poder gerando uma sociedade mais equilibrada. Ou ainda como técnicas utilizadas pelo Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas. Paula FORGIONI (2005, p.87) ainda acrescenta que muito mais do que para evitar os efeitos autodestrutíveis criados pelo mercado, tais técnicas devem ser encaradas como instrumentos para a implementação de políticas públicas.

Para Manuel Afonso VAZ (1998, p. 236), o princípio da livre concorrência,

desligando-se da mera significação subjectiva, é assumido como valor objectivo-positivo de organização económica, ou seja como garantia institucional da ordem económica: a projecção no mercado das diferentes e autónomas iniciativas privadas é tida como a forma mais adequada de racionalização económica, porquanto permitirá, pela oferta diversificada e competitiva, o progresso económico-social em benefício dos cidadãos (consumidores).

No contexto da Constituição Federal de 1988 a presença da concorrência é essencial. É fator determinante para que os preços experimentem uma relação de equilíbrio entre oferta e procura, possibilitando uma maior variedade e qualidade dos produtos bem como de preços competitivos.

Diante disso tem-se que o princípio da livre concorrência é inserido dentro de um conjunto de princípios contemplados na CF/88 e seu conteúdo é determinado por esses princípios com os quais coexiste em harmonia.

Assim, tem-se que a Constituição Federal Brasileira adota como princípios a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como reprime o abuso do poder econômico na forma de domínio de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, é aí que se encontra o fundamento do chamado direito concorrencial brasileiro.

O abuso do poder econômico ocorre toda vez que uma empresa se aproveita de sua superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado, ou aumentar arbitrariamente seus lucros.

De forma a reprimir as infrações contra a ordem econômica, e fundada nos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, foi editada a lei 8.884/94, também conhecida com lei antitruste. Esse diploma normativo sistematiza a matéria antitruste brasileira, de forma a aperfeiçoar o seu sistema legislativo.

1.4.1. A Lei 8884 de 1994

A Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, ou lei antitruste, transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Como se denota já na sua ementa, a lei antitruste brasileira atua tanto de forma repressiva quanto de forma preventiva. Repressiva quando reprime, mediante sanções, condutas

anticompetitivas. E preventivas quando atua nas estruturas do mercado controlando os atos de concentração econômica.

O primeiro título da lei antitruste estabelece a finalidade da lei²⁹ e traz a competência territorial de sua aplicação. Nele está estabelecido que a lei será aplicável a práticas cometidas dentro do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Essa ampliação da competência territorial segue o molde de normativas estrangeiras sobre concorrência que editaram normas de competência extraterritorial com fundamento na chamada doutrina dos efeitos, que será tratada de modo mais detalhado em capítulo posterior do presente estudo.

O segundo título traça a nova configuração do CADE, órgão criado pela Lei 4.137 de 1962, mas que só com o advento da lei 8884 de 1994 ganhou a condição de autarquia federal.

Os títulos V, e VI versam sobre as infrações à ordem econômica, suas penas e o processo administrativo de apuração e repressão dessas condutas junto ao CADE, ou seja, a atuação repressiva contra os abusos à ordem econômica.

Dispõe o artigo 20 da Lei 8884/94 que:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante

O artigo 21, por sua vez, traz um rol com vinte e quatro tipos de condutas que caracterizam infração contra a ordem econômica, como, por exemplo, fixar preços mediante acordo com o concorrente (inciso I), limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV), praticar preços predatórios (inciso XVII) e praticar venda casada (inciso XXIII). O caput do artigo, no entanto, não deixa dúvidas que se trata apenas de um rol exemplificativo e não taxativo, já que estabelece expressamente que outras condutas podem caracterizar infrações à ordem econômica *na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos*.

Como se pode observar, a lei antitruste brasileira não exige que uma empresa abuse de sua posição dominante em determinado mercado para praticar uma infração contra a ordem

²⁹ Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei.

econômica, basta que a conduta seja tipificada entre aquelas contidas no artigo 21 ou corresponda às hipóteses do artigo 20.

O título VII da lei antitruste passa a regulamentar o controle dos atos de concentração econômica como prevenção a futuras infrações contra a ordem econômica.

1.4.2 Atos de Concentração Sujeitos a Exame e Aprovação no Direito Brasileiro

Dentre as formas de proteção à livre concorrência e evitar preventivamente possíveis abusos de poder econômico, a Lei 8.884/94 prevê a apreciação dos Atos de Concentração Econômica pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Observe-se, entretanto, que a lei brasileira não proíbe os atos de concentração, mas os distingue entre atos bons e maus para o bom funcionamento do mercado, sendo que a concentração de empresas em muitos casos não é somente permitida, mas estimulada de tal forma sejam atingidos os objetivos propostos pelos planos de Economia Política Nacional.

Muito embora os atos de concentração econômica sejam conseqüências naturais do desenvolvimento de uma economia de mercado, e por si só não configurem prática abusiva, a chamada legislação brasileira de defesa da concorrência prevê um sistema de controle desses atos.

Dispõe o artigo 54, *caput* e § 3^a da Lei 8.884/1994:

Art. 54 – Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 3º - Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual do último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).³⁰

De acordo com a lei 8884/94 (§ 3º do art. 54), os atos de concentração econômica, independentemente da configuração de qualquer prática abusiva, obrigatoriamente deverão ser

³⁰ Redação dada pela Lei 10.149 de 21.12.2000. Em outubro de 2005 foi publicada no Diário Oficial da União a Súmula número 1 do CADE que dispõe que: Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

apreciados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando um das empresas participantes do evento detenha 20% ou mais do mercado, ou se o faturamento, isolado ou do grupo ao qual pertença, for igual ou superior a R\$ 400 milhões anuais. Ou seja, existe uma presunção de que tais atos possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante. Conforme bem esclarece FORGIONI (2005, p. 151/152) essa presunção é estabelecida para fins de necessidade de submissão da operação ao CADE e não para fins de caracterização da ilicitude.

Ou seja, os atos de concentração econômica, nas hipóteses previstas no parágrafo terceiro do artigo 54 lei 8.884/94 são atos lícitos, entretanto, devem ser encaminhados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para que esse avalie as conseqüências danosas que tal ato poderia acarretar à ordem econômica brasileira. Se for considerado que o ato seja danoso à ordem econômica o mesmo poderá não ser autorizado pelo CADE.

Importa, entretanto, ressaltar que a disciplina das concentrações econômicas não pode ser dissociada da política econômica, de tal forma que também a sua utilização tem caráter instrumental, ou seja, independentemente da linha ideológica do intérprete, a avaliação de uma operação de concentração envolve eminentemente a análise do seu impacto sobre o mercado. Verificar se o ato efetivamente diminuiu o grau de concorrência existente, e se essa diminuição é danosa para a sociedade como um todo.

Quando do estudo do ato de concentração econômica, o CADE primeiramente deverá avaliar se o ato está limitando a livre concorrência ou proporcionando domínio de mercado relevante para as empresas inseridas no ato. Caso tais hipóteses não sejam encontradas o ato deverá ser permitido. Entretanto, mesmo que tais hipóteses sejam encontradas, ainda assim o CADE poderá aprovar o ato, desde que o mesmo atenda às condições estabelecidas nos incisos do § 1º do art. 54 da Lei Antitruste.

Por fim, pode-se concluir que a Lei nº 8.884/94 não reprime o ato de concentração em si, só busca, no entanto, prevenir os males concorrenciais que dele possam advir, bem como não pune a posição dominante no mercado, mas o eventual abuso que dela decorra, tendo em vista que o poder econômico anticoncorrencial é aquele que se exerce para controlar o preço e limitar a produção.

1.4.3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

As formas de atuação do sistema são preventiva, controlando concentrações econômicas, repressiva, reprimindo condutas anti-competitivas e educativa disseminando a mentalidade da concorrência.

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. É composto pelo presidente, por seis conselheiros e pela sua procuradoria. A competência do CADE está prevista no artigo 7º. e incisos da Lei antitruste, da qual se destaca a competência para decidir os processos instaurados pela SDE, apreciar atos ou condutas sujeitas a aprovação e requerer ao Poder Judiciário as execuções de suas decisões.

Conforme dito, o CADE é vinculado ao Ministério da Justiça, entretanto não se trata de subordinação hierárquica, mas sim subordinação tutelar (CRETELLA JUNIOR. 1995, p.24), decorrente da necessidade legal de que todo órgão da Administração Federal, direta ou indireta, esteja sujeito à supervisão do Ministério competente.

A lei 8.884/94, no seu art. 3º refere-se ao CADE como *órgão julgante em todo território nacional*, entretanto, conforme bem observa Fábio Ulhoa COELHO (1995, p. 12), trata-se da chamada jurisdição administrativa e não judicial, tendo em vista que o CADE não integra o Poder Judiciário e sim o Poder Executivo. Para o mesmo autor, os pronunciamentos do CADE *não fazem coisa julgada e estão sujeitos sempre à revisão judicial, como todos os demais atos administrativos (CF, ar. 5º, XXXV)*.

A SDE é pertencente ao Ministério da Justiça, e tem por fim realizar averiguações à ordem econômica e instaurar processos administrativos a serem julgados pelo CADE. É composta por uma sub-secretaria e por dois departamentos, um de direito econômico e outro de direito do consumidor. Trata-se de órgão da Administração Direta Federal e é titularizado por brasileiro nato ou naturalizado, de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação (CF, art. 12, § 2º).

A competência da SDE está prevista no art. 14 da Lei 8884/94, e suas funções são extensas e não se limitam a secretariar o procedimento do CADE.

Já a SEAE, pertencente ao Ministério da Fazenda é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anti-concorrenciais. A SEAE é obrigada a emitir pareceres técnicos em processos de controle de atos e contratos submetidos ao CADE.

1.4.4 Procedimento administrativo de controle de atos e de contratos no Direito Brasileiro

O procedimento administrativo de controle dos atos de concentração econômica está previsto nos artigos 54 e seguintes da lei 8884/94.

O procedimento tem início com um pedido de autorização do ato ou contrato que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência, resulte na dominação de mercado relevante ou de concentração econômica. Esse pedido deve ser efetuado anteriormente à prática do ato ou em até quinze dias após a sua efetivação.

O pedido é recebido pela Secretaria de Direito Econômico que o encaminhará para a Secretaria de Acompanhamento Econômico. A SEAE receberá o pedido e emitirá parecer técnico em 30 dias e depois remeterá novamente à SDE que também emitirá parecer e posteriormente o enviará para o CADE para apreciação.

Recebido o pedido pelo CADE, já com os pareceres das duas secretarias, o CADE terá sessenta dias para decidir. Na hipótese do CADE decidir pela não autorização do ato, caso o mesmo já tenha sido praticado, ele será desconstituído total ou parcialmente. Já se o CADE decidir pela aprovação, a mesma poderá ser feita com ou sem ressalvas, nessa segunda hipótese o CADE estabelecerá um compromisso de desempenho para as empresas que estão praticando o ato de concentração, de tal forma que essas empresas deverão prestar contas ao CADE de sua atuação.

Da decisão do CADE não existe recurso na via administrativa, entretanto, a decisão poderá ser revista pelo próprio CADE caso sejam apresentados fatos ou provas novas que alterem substancialmente a situação de fato.

1.4.4.1. A portaria conjunta 50 da SEAE e da SDE

Com o intuito de operacionalizar as diretrizes da lei antitruste, as secretarias de Acompanhamento Econômico (Ministério da Fazenda) e de Direito Econômico (Ministério da Justiça) editaram em agosto de 2001 a portaria conjunta número 50.

Conforme disposto no artigo primeiro da portaria, ela é um guia para a análise econômica de atos de concentração horizontal, e seu objetivo, conforme esclarece o seu preâmbulo, é estabelecer *princípios comuns, para a sistematização e o aprofundamento da análise de atos de concentração econômica horizontal, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos.*

Em um tópico denominado de *Visão Geral*, a portaria deixa claro o objeto da proteção da concorrência no direito brasileiro ao dispor que:

A defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem estar econômico.

A portaria esclarece ainda que não é possível determinar *a priori* se as concentrações econômicas afetam positiva ou negativamente o bem estar econômico e que para tanto é necessária uma análise específica de cada caso.

Como critério geral a portaria adota o postulado que, se por uma lado o exercício de poder de mercado reduz o bem estar econômico, incrementos de produtividade, melhoria na qualidade e maior diversidade de produtos, efeitos possivelmente decorrentes de atos de concentração, representam um aumento do bem estar econômico. Por isso, a SEAE e a SDE estabelecerão como critério básico para emissão de um parecer favorável à operação, os atos que tenham um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico.³¹ O ponto 14 da parte denominada visão geral esclarece o que a portaria entende por efeito líquido não negativo:

14. Efeito Líquido Não-Negativo. Não reduzem o bem estar econômico, isto é, geram um efeito líquido não negativo, as concentrações:
(a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou
(b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado ou

³¹ Item 13 do ponto denominado Visão Geral

(c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.

A portaria estabelece um procedimento geral para a avaliação dos atos de concentração horizontais que consiste nas seguintes etapas:

Etapa I : Definição de mercado relevante.

Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subseqüentes.

Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV.

Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato.

Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.

1.4.4.2 Aprovação do Ato

A Lei 8.884/94, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 54 menciona os casos nos quais o CADE poderá autorizar os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços:

§ 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou aternativamente:

aumentar a produtividade;

melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais de outro;

III – não impliquem em eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Assim, tem-se que a ação econômica para ser autorizada pelo CADE, inicialmente deve visar, cumulativamente ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhora da

qualidade de bens ou serviços e/ou um melhor desempenho tecnológico ou econômico. A convenção sujeita à aprovação do CADE deve propiciar vantagens tanto para as empresas partes como para os consumidores.

Excepcionalmente poderá o CADE, a seu critério, aprovar os atos sujeitos desde que, no mínimo três das condições descritas nos incisos I a IV sejam comprovadas. Para POPP (1997, p. 143), *além disso, cumulativamente, deve a ação empresarial visar uma ação preponderantemente para a economia nacional aliada ao benefício comum, ou seja, de toda a sociedade.*

Como exemplo de ato aprovado pelo CADE, pode-se mencionar o Ato de Concentração nº 11/94 (DUTRA, 1999, p. 81/108), na qual a YOLAT – Indústria e Comércio de Laticínios Ltda, empresa subsidiária da transnacional Parmalat, adquiriu o controle acionário da CLIPE – Companhia de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco, onde, muito embora a empresa YOLAT passou a representar 62% de um mercado relevante, a operação foi aprovada pelo Conselho. Os motivos da decisão do CADE podem ser percebidos no voto do Conselheiro Relator, Marcelo Monteiro Soares:

A Yolat entra no mercado relevante através da aquisição em apreço, substituindo a CILPE. Não há, portanto, alteração do índice de concentração.

(...)

A empresa, no entanto, demonstra eficiências que autorizariam a operação em exame.

Prevê a Yolat, para a recuperação operacional do complexo industrial, um investimento superior a US\$ 3.850.000,00, tendo como objetivos primordiais o aprimoramento da qualidade dos produtos CILPE, o lançamento de novos produtos (queijos, iogurtes, e sucos), a ampliação de diversas linhas (requeijão, leite “Longa Vida”, embalagem de leite em pó, etc.), além de investimentos em tratamento de efluentes.

(...)

No caso de otimização de suas linhas de produção nas diferentes unidades fabris, a empresa diminuiria esta capacidade ociosa, resultando provavelmente em maior participação nos mercados de leite e derivados, resgatando-lhe, assim, a competitividade, o que garantiria ao consumidor o direito de escolha, a preços competitivas.

(...)

De fato existe por parte da empresa a intenção de colocar no mercado em maiores quantidades e a preços competitivos o leite tipo longa vida, o que para o consumidor é mais benéfico.

A aprovação do ato pode ser total, como no caso supra citado, mas também pode ser parcial, onde o CADE pode determinar a desconstituição parcial do ato sob exame quando esse

for submetido após a sua prática. Tal hipótese ocorreu no Ato de Concentração nº 12/94³² (DUTRA, 1999, p. 1/80) onde o CADE determinou a desconstituição dos atos pertinentes à incorporação das atividades de fabricação de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, pois ficou caracterizado a criação de um monopólio na produção nacional dessas fibras, entretanto, nas outras atividades praticadas pelas empresas, que envolviam produtos de resina, preforma e embalagens, a concentração foi aprovada.

O artigo 57 da lei antitruste estabelece que o CADE estabelecerá compromissos de desempenho às empresas que submeteram o ato de concentração à sua análise para que sejam observados os requisitos constantes no parágrafo primeiro do artigo 54 (aumento na produtividade; melhora na qualidade dos bens ou serviços; aumento de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico).

A Lei 8.884/94 ainda prevê uma hipótese de aprovação do ato por decurso de prazo, ou seja, quando o CADE não se pronuncia sobre o ato, e os prazos não estejam suspensos, dentro do prazo estabelecido no § 7º do artigo 54 da lei, cuja redação é a seguinte:

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

A lei também autoriza, no seu artigo 55, a revisão da aprovação outorgada pela CADE em três hipóteses, quais sejam, o fornecimento de informações falsas ou enganosas pelo interessado, descumprimento de obrigações assumidas no Compromisso de Desempenho ou no caso da não realização dos benefícios pretendidos. Para Fábio Ulhoa COELHO (1995, p. 130), a aprovação por decurso de prazo não pode ser objeto de revisão, *porque isso levaria à ineficácia da parte final da norma contida no art. 54, § 7º*.

1.4.4.3 Rejeição do Ato

Caracterizado prejuízo à livre concorrência ou a dominação de mercado relevante de bem ou serviço em determinada operação de concentração, bem como não sejam observadas as

³² Trata-se de transação na qual as empresas SINASA S.A e RHODIA S.A efetuaram o aumento de capital da empresa EXCEL INDUSTRIAS E PARTICIPAÇÕES S.A., onde a empresa EXECEL era anteriormente controlada pela empresa SINASA, porém o aumento de capital foi integralmente subscrito pela empresa RODHIA.

condições contidas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 54, o ato deverá ser rejeitado pelo CADE.

Caso a análise do ato tenha sido submetida ao CADE anteriormente à consecução, a sua rejeição não implicará em maiores desdobramentos, tendo em vista que não produzirá qualquer efeito.

A dificuldade se dará quando o ato foi submetido ao CADE após a sua realização, nesses casos, segundo Fábio Ulhoa COELHO (1995, p. 128) o CADE deverá distinguir os atos que já decorreram efeitos em relação a terceiros, para disciplinar a sua desconstituição. Para o mesmo autor:

Mesmo que se omita o CADE no exercício da competência referente à definição das providências derivadas da rejeição, esta importará sempre o desfazimento dos efeitos já produzidos, seja em relação às partes ou ao sujeito de direito que dele participam, seja em relação a terceiros, inclusive no âmbito do direito tributário, trabalhista, previdenciário, societário, etc. Os prejudicados com a desconstituição dos efeitos do ato reputado ilegítimo pelo CADE terão direito à indenização.

A decisão do CADE é irrecorrível na via administrativa, entretanto, a rejeição pode, excepcionalmente, ser revista (POPP, 1997, p.144), nos termos dos artigos 27 a 31 da Resolução nº 05 do CADE. Em síntese, tais dispositivos exigem que a pretensão venha consubstanciada em fato novo e a reapreciação se restrinja a alterações relativas às condições estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 54.

1.4.5 A revisão pelo Poder Judiciário das Decisões do CADE

A possibilidade de revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário fundamenta-se no Princípio da unicidade da jurisdição, inserido na Constituição Federal de 1988, e segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*³³.

Para Amanda Flávio de OLIVEIRA (2002, p. 85) :

Assim sendo, haveria a possibilidade de controle judicial dessas decisões, mesmo diante da constatação de que se trata de questões que envolvem conhecimento técnico especializado. Isso se dá porque, mesmo em situações dessa espécie, ao conselheiro cumpre escolher a melhor opção entre as possíveis e ao juiz observar se isso efetivamente ocorreu. Para tanto este deve valer-se de laudos periciais que o auxiliem em sua tarefa.

³³ Conforme art. 5º, inciso XXXV.

Ou seja, mesmo em questões relativas à defesa da concorrência a última palavra ainda é do Poder Judiciário, *a única ressalva que se faz diz respeito a aspectos de conveniência e oportunidade do ato que são indiferentes à esfera jurídica* (OLIVEIRA, 2002, p. 85). Ou seja, é possível que decisões do CADE sobre autorização ou rejeição de atos de concentração sejam revistos pelo Poder Judiciário, entretanto, conforme demonstrado nos pontos antecedentes, não existe uma regra jurídica clara sobre quando uma autorização deve ser aprovada ou rejeitada. Desse modo, a atuação do Poder Judiciário, pelo menos a princípio, só deve consistir em um exame da legalidade do processo administrativo que culminou com a decisão.

A alteração pelo Poder Judiciário de uma decisão do CADE por fundamentos como eficiência econômica ou piora no bem estar econômico dos consumidores acarreta de imediato dois problemas. O primeiro deles é o de que o CADE foi criado exclusivamente para apreciar matérias relativas à concorrência, é um órgão especializado na matéria de modo que suas decisões, pelo menos a princípio, possuem um embasamento fático e teórico não encontrados no Poder Judiciário. O segundo deles é o de que o direito concorrencial no Brasil é utilizado como instrumento de intervenção no domínio econômico, de sorte que permitir que o Poder Judiciário aprecie questões de interesse econômico nacional pode consistir em invasão de competência de atividades dos Poderes Executivo e Legislativo.

1.5 SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO

Conforme visto nos tópicos tratados nesse primeiro capítulo, o direito concorrencial regula tanto estruturas de mercado quanto condutas de agentes. O controle das concentrações empresariais está inserido na regulamentação estrutural do mercado e é essencialmente preventivo.

O controle dos atos de concentração parte do pressuposto que, evitando a concentração de poder de mercado se evita que os agentes pratiquem atos de abuso de poder de mercado, o que levou os pensadores da Escola de Harvard a defenderem um controle mais rígido das concentrações. O pressuposto é válido, mas, como questionado inicialmente pela Escola de Chicago, se o objetivo principal da proteção da concorrência é garantir o bem estar do consumidor, a presunção *a priori* de ilegalidade do ato pode ser contraproducente, já que a obtenção de economias de escala tende a beneficiar o consumidor pela produção de eficiências.

A esses dois pensamentos ainda foi contraposto o pensamento da Escola de Freiburg. Para os pensadores dessa escola, além de manter as estruturas do mercado e garantir o bem estar do consumidor, o controle das concentrações também pode ser utilizado como instrumento de implantação de outras políticas públicas.

Embora, independentemente da posição ideológica adotada, nenhuma das três, inclusive a de Chicago, descarte esse controle preventivo por meio das restrições aos atos de concentração empresarial, o alcance desse controle varia sensivelmente entre uma e outra.

Opinar pela maior validade de uma dessas Escolas sobre as outras depende também de uma análise institucional. Embora seja possível crer que as divergências entre as Escolas de Harvard e de Chicago sejam amenizadas pela obtenção de respostas fornecidas pela micro-economia, um país com instituições fortes e capazes de verificar e reprimir condutas anti-competitivas tem maiores condições de optar por um controle posterior (condutas), e não preventivo (estruturas).

Já a escola de Freiburg, por sua vez, só será efetiva diante da existência de um plano concreto de políticas públicas.

Em maior ou menor escala, o direito brasileiro de proteção à concorrência incorporou parte do pensamento dessas três escolas, tanto nas previsões legais e constitucionais, quanto nas decisões do SBDC.

O objetivo do presente capítulo foi demonstrar que não existe consenso sobre até que ponto as concentrações empresariais devem ser evitadas. Para reforçar essa demonstração, o capítulo subsequente abordará dois sistemas de proteção da concorrência pelos atos de concentração, o norte-americano, berço das escolas de Harvard e Chicago e o comunitário europeu, fruto da escola de Freiburg. O segundo capítulo também versará sobre as concentrações multijurisdicionais e algumas alternativas fornecidas pelo Direito Internacional para a regulamentação da matéria.

CAPÍTULO II – OS MODELOS NORTE AMERICANO E EUROPEU DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES. EXTRATERRITORIALIDADE EM MATÉRIA ANTITRUSTE E ALTERNATIVAS FORNECIDAS POR FOROS MULTILATERAIS.

2.1 O MODELO NORTE AMERICANO DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES

Mesmo não tendo sido cronologicamente a primeira norma a regular e sistematizar o direito antitruste³⁴, o Sherman Act de 1890 é apontado pela doutrina como o primeiro grande sistema normativo sobre a regulamentação da concorrência.

Conforme observa Willian LETWIN (1981, p. 18), o Sherman Act possui suas origens no sistema de *common law*, herdado pelos Estados Unidos da Inglaterra, onde os juízes tanto ingleses quanto norte-americanos, durante os séculos dezoito e dezenove, julgavam casos contrariamente aos interesses de monopolistas e pessoas que restringiam o comércio, continuando uma tradição que remontava até *uma época na qual nenhum homem tem lembranças*. Para esse mesmo autor, a idéia de que a *common law* era contrária desde sempre aos monopólios foi difundida largamente por Edward Coke, que argumentava que o monopólio era proibido expressamente pelo direito civil, bem como implicitamente pela Carta Magna e por alguns estatutos da Corte de Edward III.

Letwin, no entanto, demonstra que não somente a *common law* britânica deu origem ao Sherman Act, mesmo porque, de modo contrário ao que afirma Coke, para ele, a *common law* nem sempre foi a favor da liberdade de comércio e proibiu os monopólios³⁵. Para ele o Congresso editou o Sherman Act também em resposta ao sentimento de repulsa da população norte-americana contra os trustes.

Com efeito, a colonização descentralizada norte-americana levou a um sistema de economia baseado na produção e comércio locais. Esses colonos, conforme observa OLIVERIA NUSDEO (2002, p. 75/76), eram movidos não somente por motivações econômicas, mas

³⁴ O Canadá promulgou sua primeira lei antitruste em 1989, que teve origem na insatisfação de consumidores com o aumento dos preços de produtos nacionais em virtude da aplicação de uma política protecionista exercida no século XIX naquele país (OLIVEIRA NUSDEO, 2002, p. 78). Paula FORGIONI (2005, p. 27/93), por sua vez, divide a história do Direito Antitruste em 3 períodos, demonstrando que normas de defesa da concorrência já eram encontradas na Antiguidade Grega e Romana e na Idade Média, mas a autora observa que se tratavam de normas tendentes a eliminar distorções tópicas no mercado, e que o Sherman Act, já inserido no segundo período de acordo com sua classificação, *deve ser entendido como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la* (2005, p. 70).

³⁵ *The common law did not always defend freedom of trade and abhor monopoly. For a long time it quite the opposite: it supported an economic order in which the individual's getting and spending were closely controlled by Kings, parliaments, and mayors, statutes and customs, and his opportunities limited by the exclusive powers of guilds, chartered companies, and patentees. (1981, p.18/19)*

também por convicções religiosas e políticas que não podiam ser manifestadas nos seus países de origem, *portanto, estavam lá para ficar, e não apenas para enriquecer e voltar – o que os estimulava a desenvolver um mercado interno e, assim, instituições próprias para tanto.*

A partir de 1865 a economia norte-americana, até então desaquecida e dominada pela agricultura e por pequenas empresas, inicia um processo de aumento de produção, primeiramente com a atividade de transporte ferroviário e posteriormente em outros setores de produção (FORGIONI, 2005, p. 72/77).

Rapidamente os agentes econômicos que inicialmente, para atrair capitais, se organizaram sob a forma de *corporations*, para possibilitar sua expansão e evitar práticas predatórias de concorrentes, passaram a formar cartéis ou *pools*. Essas estruturas, no entanto, não asseguravam a segurança necessária pretendida pelos agentes que lançaram mão do *trust*, que é um instituto tradicional do direito anglo saxão. No *trust*, o industrial transferia a um trustee o poder derivado de suas ações, recebendo em contrapartida um *trust certificate* (FORGIONI, 2005, p. 75)³⁶. O primeiro e mais conhecido dos trustes foi o *Standard Oil* administrado pelo industrial John D. Rockefeller que teve início no Estado de Ohio em 1870.

A atuação dos trustes que passaram a praticar preços de monopólio, impedir a entrada de novos concorrentes no mercado e colocar os demais agentes econômicos em situação de sujeição conduziram a uma discussão bastante acirrada na década de 80 sobre os trustes e a concentração do poder econômico. De um lado os grandes produtores que afirmavam que as concentrações eram a evolução natural da economia de mercado, e de outro lado os consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários que entendiam que essa concentração de poder deveria ser evitada. O *Sherman Act* foi editado em 1890, fruto dessas discussões.

O *Sherman Act* é um diploma normativo bastante sucinto, composto de oito seções. Na primeira seção está disposto que *todo e qualquer contrato ou combinação, inclusive, mas não limitado, àqueles na forma de trust, ou conspiração restritivo ao comércio entre os Estados ou*

³⁶ Para Berle e Means (apud FORGIONI, 2005, P. 75), o *trust* “Corresponde à criação de um grupo de fideicomissos ou *trustees*, muitas vezes membros da diretoria, que ficam com o poder completo de voto de todas as ações que lhes são entregues. Quando a maioria das ações é controlada pelo fideicomisso como geralmente ocorre, os *trustees* exercem o controle quase completo sobre os negócios da empresa, embora sem terem, necessariamente, importante participação na mesma. Os acionistas, por sua vez, recebem, em lugar de ações, *trust certificates*, que os habilitam a participar dos dividendos resultantes das operações quando os diretores julgarem conveniente distribuí-los.”

*com nações estrangeiras é considerado ilegal*³⁷. Já a segunda seção também reputa ilegal a *monopolização, ou tentativa de monopolização de qualquer parcela do comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras*.³⁸

O alto grau de generalização das normas contidas no *Sherman Act*, no entanto, foi criticado desde o início já que não assegurava aos agentes econômicos a segurança jurídica necessária. Havia uma grande margem de incerteza sobre o que poderia ser considerado como um ato ou contrato restritivo ao comércio, bem como concentrava poderes excessivos nas mãos de juízes e tribunais (OLIVERIA NUSDEO, 2002, p. 79).

Com o intuito de superar as lacunas deixadas pelo *Sherman Act*, foi promulgado em 1914 o *Clayton Act*, um diploma normativo muito mais extenso do que o primeiro, e que tipifica uma série de condutas como potencialmente anti-competitivas, mas, ao mesmo tempo, determina que essas práticas só serão consideradas ilícitas se *restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem à criação de um monopólio* (FORGIONI, 2005, p. 81). Foi em 1914 também que foi promulgado o *Federal Trade Commission Act*, que cria a *Federal Trade Commission* – FTC, um órgão com poderes investigatórios sobre práticas anti-competitivas e com poderes para demandar em juízo em matéria concorrencial.

Embora, seja possível afirmar que na generalidade do *Sherman Act* já estavam incluídas as práticas concentracionistas, foi o *Clayton Act*, que trouxe uma previsão específica sobre as concentrações ou *mergers*. A 7ª seção previa que nenhuma sociedade comercial adquirirá ações do capital de outra sociedade comercial, se o efeito de tal aquisição possa resultar na redução substancial da concorrência entre as sociedades cujas ações foram adquiridas e a sociedade

³⁷ *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*

³⁸ *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

adquirente, ou na restrição do comércio em qualquer parte do país ou comunidade, ou ainda quando essa aquisição tenda a constituir um monopólio³⁹.

A redação definitiva da seção 7 do *Clayton Act* veio com a promulgação do *Cellar-Kefauer Act* em 1950 e do *Hard-Scott-Rodino Act* em 1976. A alteração trazida pela norma de 1950 teve o intuito de, primeiramente, suprir uma brecha da lei que falava somente em aquisições de ações e não de ativos fixos e em segundo lugar, retirar o trecho que mencionava “empresa adquirida e adquirente”⁴⁰ com o intuito de enquadrar nesses atos também as concentrações verticais e conglomeradas (OLIVEIRA NUSDEO, 2002, p. 81). A emenda de 1976, por sua vez, trouxe a obrigação de que certos atos de concentração sejam notificados previamente, e determina uma suspensão de 15 a 30 dias para que as autoridades em matéria de concorrência analisem a operação.

Diferentemente do que acontece no Brasil, as autoridades administrativas em matéria de concorrência têm poderes apenas de investigação. Não cumpre à *Federal Trade Commission* e à *Antitrust Division of the Department of Justice* determinar a ilicitude dos atos de concentração. Possuem poderes, no entanto, para a iniciativa de ações judiciais que visem cessar as práticas anticompetitivas proporcionadas pelas concentrações. Em última análise, a determinação da ilicitude do ato cumpre ao Poder Judiciário.

Desde 1968 essas agências, incumbidas de fiscalizar e investigar esses atos, têm publicado documentos intitulados de *mergers guidelines*⁴¹, que não têm força normativa, mas estabelecem princípios norteadores sobre as regras de interpretação dos atos de concentração.

A leitura das sucessivas *mergers guidelines*, bem como os julgamentos das cortes norte americanas cronologicamente próximos a elas, ilustra as concepções das escolas de Harvard e

³⁹ A redação original do primeiro parágrafo da seção 7, antes da alteração trazida pela *Cellar-Kefauer Act* de 1950, tinha o seguinte texto: *No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or to tend to create a monopoly of any line of commerce.* (transcrito em AREEDA, KAPLOW, 1997 p. 795)

⁴⁰ Redação após a emenda do *Cellar-Kefauer Act*: *No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*

⁴¹ Percebe-se aqui a visível influência dos procedimentos norte-americanos no controle dos atos de concentração no Brasil, já que, nos moldes das *mergers guidelines* foi editada a Portaria Conjunta nº 50 da SEAE/SDE.

Chicago e a progressiva substituição da primeira pela segunda no controle dos atos de concentração nos Estados Unidos da América⁴².

As *mergers guidelines* de 1968⁴³, estabelecem no seu primeiro artigo que o seu propósito é familiarizar a comunidade empresarial, os responsáveis legais e outros grupos e indivíduos interessados com os padrões utilizados pelo Departamento de Justiça nas investigações dos atos de concentração. O segundo artigo⁴⁴ já estabelece expressamente que o principal objetivo da seção 7 do *Clayton Act* é preservar as estruturas do mercado para assegurar a concorrência. Estrutura com o maior número possível de agentes em um mesmo mercado, exatamente nos termos propostos pela Escola de Harvard.

Já as *mergers guidelines* de 1992⁴⁵, cujo texto foi revisado em 1997, de autoria conjunta do *Department of Justice* e da *Federal Trade Commission*, já traz de modo expresso nos seus propósitos⁴⁶ que a análise de um ato de concentração levará em conta a eficiência econômica obtida com o ato de concentração, já nos parâmetros formulados pela Escola de Chicago.

William J. KOLASKY e Andrew R. DICK, dois ex-funcionários da divisão antitruste do departamento de justiça norte-americano, expressam bem essas novas diretrizes das *mergers*

⁴² Sobre a evolução das decisões da Federal Trade Commission ver POSNER, Richard, *The Federal Trade Commission: A Retrospective*. Antitrust Law Journal, Vol. 73, 2005.

⁴³ Texto disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11247.pdf> – acessado em 22 de janeiro de 2007

⁴⁴ 2. *General Enforcement Policy*. *Within the over-all scheme of the Department's antitrust enforcement activity, the primary role of Section 7 enforcement is to preserve and promote market structures conducive to competition. Market structure is the focus of the Department's merger policy chiefly because the conduct of the individual firms in a market tends to be controlled by the structure of that market, i.e., by those market conditions which are fairly permanent or subject only to slow change (such as, principally, the number of substantial firms selling in the market, the relative sizes of their respective market shares, and the substantiality of barriers to the entry of new firms into the market). Thus, for example, a concentrated market structure, where a few firms account for a large share of the sales, tends to discourage vigorous price competition by the firms in the market and to encourage other kinds of conduct, such as use of inefficient methods of production or excessive promotional expenditures, of an economically undesirable nature. Moreover, not only does emphasis on market structure generally produce economic predictions that are fully adequate for the purposes of a statute that requires only a showing that the effect of a merger "may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly," but an enforcement policy emphasizing a limited number of structural factors also facilitates both enforcement decision-making and business planning which involves anticipation of the Department's enforcement intent. Accordingly, the Department's enforcement activity under Section 7 is directed primarily toward the identification and prevention of those mergers which alter market structure in ways likely now or eventually to encourage or permit non-competitive conduct.*

⁴⁵ Outras *guidelines* foram editadas em 1982 e 1984.

⁴⁶ *The process of assessing market concentration, potential adverse competitive effects, entry, efficiency and failure is a tool that allows the Agency to answer the ultimate inquiry in merger analysis: whether the merger is likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise - texto disponível em http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html – acessado em 22 de janeiro de 2007*

guidelines em um artigo escrito em 2003⁴⁷ em comemoração aos vinte anos das *guidelines* de 1992. Para eles, é a eficiência e não a concorrência em si que é o principal objetivo das normas sobre antitruste. Os mesmos autores destacam trecho das *guidelines* de 1992 que estabelece que o principal benefício das concentrações para economia é o seu potencial para gerar eficiências. Ainda para esses autores, a emenda de 1997 teve o mérito de detalhar o processo de verificação das eficiências.

O segundo parágrafo⁴⁸ da seção 4 das *mergers guidelines* de 1992, já com as alterações de 1997, estabelece que as eficiências obtidas com as concentrações tendem a produzir uma redução dos preços, um aumento na qualidade dos produtos e serviços e a criação de novos produtos.

A jurisprudência das cortes norte-americanas também demonstra essa paulatina substituição do pensamento estruturalista da escola de Harvard pelo pensamento da escola de Chicago.

Conforme observa OLIVEIRA NUSDEO (2002, p. 90/91), embora desde a edição do *Sherman Act* casos de concentração já tenham sido apreciados pelos tribunais norte-americanos⁴⁹, foi somente após a edição do *Cellar-Kefaur Act*, que emendou a seção sétima do *Clayton Act* que os tribunais formaram uma linha de jurisprudência mais coesa em matéria antitruste.

O primeiro caso apreciado pela Suprema Corte Norte-Americana após a edição do *Cellar-Kefaur Act* foi o *Brown Shoe Co. v. United States*⁵⁰, julgado em 1962. Trata-se de caso no qual a *Brown Shoe*, quarta maior fabricante de calçados dos Estados Unidos pretendia adquirir a

⁴⁷ The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers. Antitrust Law Journal, Vol. 71 – 1, 2003.

⁴⁸ *Efficiencies generated through merger can enhance the merged firm's ability and incentive to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products. For example, merger-generated efficiencies may enhance competition by permitting two ineffective (e.g., high cost) competitors to become one effective (e.g., lower cost) competitor. In a coordinated interaction context (see Section 2.1), marginal cost reductions may make coordination less likely or effective by enhancing the incentive of a maverick to lower price or by creating a new maverick firm. In a unilateral effects context (see Section 2.2), marginal cost reductions may reduce the merged firm's incentive to elevate price. Efficiencies also may result in benefits in the form of new or improved products, and efficiencies may result in benefits even when price is not immediately and directly affected. Even when efficiencies generated through merger enhance a firm's ability to compete, however, a merger may have other effects that may lessen competition and ultimately may make the merger anticompetitive*

⁴⁹ FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 282) destacam os seguintes julgados anteriores ao *Cellar-Kefaur Act*: *Northern Securities Co. v. United States* (1904); *United States v. U.S. Steel Corporation* (1920); e *United States v. Columbia Steel Co.* (1948)

⁵⁰ Transcrito em FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 285/289)

Kinney Co., oitavo maior vendedor de calçados do país à época. O primeiro aspecto a se destacar é que se trata de uma concentração vertical, cuja necessidade de submissão para apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência só se deu com a emenda trazida pelo *Cellar-Kefaur Act*.

Embora a produção da *Brown Shoe* correspondesse a somente 4% da produção norte-americana, e as vendas da *Kinney Co* representassem menos do que 2% do total nacional, o que revelava um mercado bastante atomizado, a compra foi proibida pela Suprema Corte sob o entendimento de que existe uma tendência dos fabricantes em adquirir fornecedores, o que dificultaria a entrada de novos fabricantes no mercado pela dificuldade na distribuição, bem como pelo fato de que, em mercados atomizados como o de calçados, o controle de mercado em uma única cidade pode apresentar efeitos nocivos à concorrência. Embora nacionalmente não houvesse domínio de mercado, ficou demonstrado que em algumas cidades esse aquisição representaria um volume bem mais efetivo de mercado.

Bastante ilustrativa é a posição adotada pelo *Chief Warren* na decisão, ao defender que o desejo do Congresso e a intenção das leis antitruste é proteger a concorrência pela proteção das pequenas empresas locais. Mesmo entendendo que a aquisição poderia ser benéfica aos consumidores, em virtude da redução dos preços, a aquisição foi proibida porque prejudicaria a concorrência em si ao alterar as estruturas de mercado⁵¹.

Já a partir da década de setenta é possível visualizar a alteração dessa posição. FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 297/300) citam o caso *United States v. General Dynamic Corporation* de 1974 como o “giro da maré” no posicionamento da Suprema Corte. Segundo eles, face à recente aposentadoria dos *Court Justices Black, Harlam, Fortis* e do *Chief Justice Warren*, a nova composição da Corte com *Hehnquist, Steward, Powell, Blackmun* e o *Chief Justice Berger* formou uma nova maioria. É de se observar que também nessa época as barreiras ao comércio internacional estavam se reduzindo e as empresas norte-americanas passavam a enfrentar a concorrência das empresas Japonesas e Alemãs.

A *General Dynamic Corp*, uma empresa que atuava em diversos segmentos, mas destacava-se na área de defesa militar, adquiriu ações passando a assumir o controle acionário de duas das maiores produtoras de carvão do Estado de Illinois, a *Freeman Coal Mining*

⁵¹ *Of course, some of the results of large integrated or main operations are beneficial to consumers. Their expansion is not rendered unlawful bu the mere fact that small independent stores may be adversely affected. Its competition, not competitors, wich the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned businesses.* (transcrito em FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 288)

Corporation e a *United Electric Companies*. Após a compra a *Dynamic Corp* passou a representar 43% do mercado de carvão no Estado de Illinois, bem como assumiu a posição de quinta maior produtora de carvão dos Estados Unidos.

Diferentemente, no entanto, da postura adotada no julgamento da *Brown Shoe*, a corte superou a ilegalidade *prima facie* da fusão, mesmo diante de um quadro de concentração bem mais expressivo, baseando-se em outros fatores além da concentração, em especial às características especiais do mercado de carvão e a diminuição pela procura do produto após a Segunda Guerra Mundial, o que por si só já havia afastado as pequenas empresas da produção dele⁵². A estrutura de concentração do mercado deixou de ser fator primordial nos julgamentos da Suprema Corte.

O precedente trazido no caso *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc*⁵³ de 1986 é ainda mais incisivo ao dispor que as normas antitruste não existem para proteger a diminuição dos lucros de uma empresa pequena em uma situação de concorrência, mas somente a diminuição de lucros decorrente de uma atividade proibida pelo direito antitruste e que o aumento de participação no mercado por uma empresa, mesmo decorrente de um processo de concentração não é uma atividade proibida⁵⁴.

O caso *FTC v. H.J Heinz Co.* de 2000⁵⁵, já demonstra a tendência das cortes norte-americanas em afastar a presunção *prima facie* da ilegalidade decorrente somente do volume de concentração de mercado e buscar a ilicitude ou licitude das concentrações nas inovações e eficiências obtidas com a concentração⁵⁶.

⁵² Conforme o Justice Steward: *Because of these fundamental changes in the structure of the market for coal, the District court was justified in viewing the statistics relied on by the Government as insufficient to sustain its case. (...) In the coal market, as analyzed by the District Court, however, statistical evidence of coal production was of considerably less significance. (...) In a market where the availability and price of coal are set by long-term contracts rather than immediate or short-term purchases and sales, reserves rather than past production are the best measure of a company's ability to compete.*

⁵³ Transcrito em FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 358/366)

⁵⁴ De acordo com o Justice Brennan: *...the antitrust laws do not require the courts to protect small businesses from the loss of profits due to continued competition, but only against the loss of profits from practices forbidden by the antitrust laws. It is simply, as petitioners claim, vigorous competition. To hold that the antitrust law protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share. The antitrust laws require no such perverse result...The logic of Brunswick compels the conclusion that the threat of loss of profits due to possible price competition following a merger does not constitute a threat of antitrust injury.*

⁵⁵ Transcrito em FOX, SULLIVAN e PERITZ (2004, p. 318/322)

⁵⁶ De acordo com Judge Robertson : *These are the Kinds of efficiencies recognized by the Commission's Horizontal Merger Guidelines ¶ 4: efficiencies resulting from shifting production among facilities formerly owned separately, which enable the merging firms to reduce the marginal cost of production...They will enable the combined firm to achieve lower costs in producing a given quantity and quality than either firm could have achieved without the*

A partir dos anos 90 o que se observou também foi um grande número de acordos entre empresas que realizavam processos de concentração com a *Federal Trade Commission*. Esses acordos buscavam apresentar remédios contra uma possível restrição da concorrência. Um caso bastante ilustrativo é a da fusão das empresas AOL, provedora de acesso à internet e Time Warner, que dentre outras atividades mantinha serviços de televisão a cabo nos Estados Unidos. Nesse acordo a nova empresa assumia a responsabilidade de, além de outras obrigações, assegurar que os provedores de internet concorrentes pudessem utilizar da linha de cabos da empresa para fornecer serviços de banda larga por essa via, bem como que não houvesse discriminação na veiculação das mídias produzidas pela Time Warner com relação aos concorrentes no seguimento de televisão a cabo.⁵⁷ Esses acordos suspendem a investigação nos órgãos administrativos e estabelecem um prazo futuro para apreciar se a concentração proporcionou ou não efeitos anti-competitivos.

É difícil afirmar se a evolução da jurisprudência norte-americana se deu mais pelo reconhecimento da superioridade dos postulados da Escola de Chicago sobre os postulados da Escola de Harvard ou pelo fato de que as empresas norte-americanas começaram, a partir dos anos 1970, a perder espaço no comércio internacional para empresas japonesas e européias, o que justificaria a permissão das concentrações. Em efetivo, no entanto, é possível afirmar que a jurisprudência daquele país evoluiu de um expressivo controle preventivo para um controle posterior, de condutas. Os acordos entre empresas e a FTC ilustram bem essa evolução.

proposed transaction. In the context of this particular case, those efficiencies will enable Heinz/Beech-Nut (or Beech-Nut/Heinz) label, and to apply its value pricing strategy to the entire combined production volume.

⁵⁷O acordo detalhado por ser acessado pelo website da Federal Trade Commission no seguinte endereço: <http://www.ftc.gov/opa/2000/12/aol.htm> – acessado em 23 de janeiro de 2007.

2.2 O MODELO COMUNITÁRIO EUROPEU DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES

O modelo comunitário europeu de defesa da concorrência é muito mais recente que o norte-americano, mesmo porque, modernamente, a história da integração europeia remonta ao final da Segunda Guerra Mundial. Em 1950 os franceses Jean Monnet e Robert Schuman apresentam uma proposta de fusão das indústrias de carvão e de aço da França e da Alemanha. Em 1951 esse projeto foi concretizado com o Tratado de Paris, que criou a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA). Firmaram esse tratado seis Estados, quais sejam, França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Em 1957 um novo passo foi dado rumo à integração econômica com a assinatura dos dois Tratados de Roma que instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), que passaram a funcionar em 1958.

Em 1965, em Bruxelas, é assinado o tratado conhecido como Tratado de Fusão, que une os órgãos administrativos de controle dos tratados e cria um sistema de orçamento único para gerir o funcionamento deles.

Embora o CECA e o CEEA tivessem objetivos limitados a uma atividade específica, o CEE desde o início teve objetivos bem mais amplos. Conforme disposto no artigo 3º do Tratado de constituição do CEE, dentre os demais objetivos do tratado como, eliminação de barreiras alfandegárias e abolição dos obstáculos ao livre movimento de pessoas, serviços e capital, foi fixado o compromisso de se assegurar um sistema de livre concorrência.

Ou seja, a proteção da livre concorrência foi instituída desde os primeiros tratados constitutivos da comunidade europeia como um meio, um instrumento, para atingir os fins pretendidos no tratado⁵⁸. Trata-se de concorrência instrumento, conforme formulado pela Escola de Freiburg.

⁵⁸ Com o Ato Único Europeu de 1986, passam a constar como fins a serem atingidos com a integração europeia os seguintes pontos (art. 2º do TCE): promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.

Conforme observa Umberto CELLI JR (1999, p. 62) a defesa da concorrência da comunidade européia tem duas funções, uma positiva e uma negativa. Negativa por prescrever punições rigorosas para medidas tendentes a isolar mercados domésticos do comunitário. E positiva no sentido de que as regras de concorrência são utilizadas para atingir os objetivos maiores da Comunidade.

O capítulo I do Título VI (arts. 81 a 97)⁵⁹ do Tratado que instituiu a CEE (TCE) trazem as regras relativas à defesa da concorrência na Comunidade Européia. O artigo 81 no seu caput dispõe que *são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.*

O mesmo artigo 81, no entanto, no seu parágrafo terceiro, estabelece que a proibição do caput pode deixar de ser aplicada a acordos ou decisões de empresas *que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante.*

O artigo 82 traz a disposição de que é incompatível com o mercado comum e, portanto, proibido, a exploração abusiva por parte de uma empresa, ou associação de empresas, que dominem determinado mercado relevante. O artigo exemplifica como abuso de posição

Já o artigo 3º, por sua vez, traz as medidas necessárias a serem tomadas para que sejam atingidos os fins especificados: a) A proibição entre os Estados-Membros, dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à entrada e à saída de mercadorias, bem como de quaisquer outras medidas de efeito equivalente; b) Uma política comercial comum; c) Um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais; d) Medidas relativas à entrada e circulação de pessoas de acordo com o disposto no título IV; e) Uma política comum no domínio da agricultura e das pescas; f) Uma política comum no domínio dos transportes; g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno; h) A aproximação das legislações dos Estados-Membros na medida do necessário para o funcionamento do mercado comum; i) A promoção de uma coordenação entre as políticas de emprego dos Estados-Membros, com o objectivo de reforçar a sua eficácia, mediante a elaboração de uma estratégia coordenada em matéria de emprego; j) Uma política social que inclui um Fundo Social Europeu; k) O reforço da coesão econômica e social; l) Uma política no domínio do ambiente; m) O reforço da capacidade concorrencial da indústria da Comunidade; n) A promoção da investigação e do desenvolvimento tecnológico; o) O incentivo à criação e ao desenvolvimento de redes transeuropeias; p) Uma contribuição para a realização de um elevado nível de protecção da saúde; q) Uma contribuição para um ensino e uma formação de qualidade, bem como para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros; r) Uma política no domínio da cooperação para o desenvolvimento; s) A associação dos países e territórios ultramarinos tendo por objectivo incrementar as trocas comerciais e prosseguir em comum o esforço de desenvolvimento econômico e social; t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores; e u) Medidas nos domínios da energia, da protecção civil e do turismo.

⁵⁹ Já na versão consolidada pelo Tratado de Nice. No texto original eram artigos 65 e 66.

dominante a fixação artificial de preços, a limitação da produção em prejuízo dos consumidores, a aplicação de condições desiguais a diferentes parceiros comerciais e a subordinação de celebração de contratos a outras obrigações que não digam respeito a eles.

O artigo 83 estabelece que as normas tendentes a regulamentar a proteção da concorrência serão estabelecidas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu.

As normas subseqüentes trazem a proibição de que os Estados Membros atribuam vantagens a empresas públicas que contrariem as disposições do Tratado (art. 86) e a proibição dos subsídios estatais a empresas particulares (art. 86). A proibição de subsídios, no entanto, é flexibilizada pelo próprio artigo 86 que estabelece que são lícitos os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais e os auxílios destinados a remediar danos causados por calamidades naturais.⁶⁰ Também podem ser considerados lícitos auxílios estatais destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões cujo nível de vida é mais baixo, destinados a fomentar projeto importante de interesse europeu comum, destinados a promover cultura e conservação do patrimônio e outras categorias determinadas por decisão do Conselho.

Conforme esclarece o caput do artigo 81, somente são relevantes para a Comunidade Européia e, portanto, submetidos à legislação comunitária, os atos que impliquem restrição ao mercado comunitário. Práticas anti-competitivas, como venda casada ou mesmo uma fusão de empresas que somente proporcionem efeitos no território de um único Estado-Membro, permanecem de competências das autoridades concorrenciais locais.

Embora de modo genérico as concentrações empresariais já estarem disciplinadas pelo Tratado de Roma, a regulamentação específica sobre concentrações se deu com o Regulamento CE 4064⁶¹ de 1989. Esse regulamento reconhece que *os artigos 85º e 86º do Tratado, embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são todavia suficientes para impedir todas as operações susceptíveis de se revelar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado*. O regulamento dispõe expressamente que suas diretrizes devem ser aplicáveis às modificações estruturais importantes cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-membro.

⁶⁰ O artigo também traz uma disposição específica sobre auxílios concedidos a regiões da antiga República Federal da Alemanha tendentes a compensar as desvantagens econômicas causadas pela divisão.

⁶¹ Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:PT:HTML> – acessado em 25 de janeiro de 2007.

O Regulamento 4064 de 1989 foi posteriormente substituído pelo Regulamento nº 139/2004⁶² ainda em vigor. Com vistas a orientar a Comissão nos atos de concentração, também foi publicado em 5 de fevereiro de 2004 um guia intitulado de “Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”⁶³.

O regulamento 139/2004 estabelece que as concentrações com dimensão comunitária⁶⁴ deverão ser notificadas antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controle, para a Comissão que deverá analisar primeiramente se a concentração notificada é abrangida pelo regulamento e se suscita *sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum*⁶⁵. Se a comissão constatar que a concentração não se submete ao regulamento ou se não suscita dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado comum declarará que ela é compatível com o mercado comum. Essa declaração, no entanto, não inibe que autoridades locais de Estados-Membros procedam ao exame da compatibilidade com as suas legislações domésticas.

Caso a Comissão entenda que a concentração suscita dúvidas em relação à compatibilidade com o mercado comum, a concentração será suspensa até a decisão definitiva da Comissão. Os agentes envolvidos podem, no entanto, requerer a derrogação da suspensão para a

⁶² Além do Regulamento 139/2004, aspectos mais práticos das concentrações, como formulários de notificação, tratamento de informações confidenciais, audiências etc., são regidos pelo regulamento 802/2004

⁶³ Disponível em :http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2004/c_031/c_03120040205pt00050018.pdf – acessado em 25 de janeiro de 2007.

⁶⁴ Conforme o parágrafo segundo do artigo 1º: Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5000 milhões de euros; e

b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n.º 2 tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2500 milhões de euros;

b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;

c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e

d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

⁶⁵ Artigo 6º, § 1, 'b'

própria Comissão que, se deferir a derrogação, pode impor condições e obrigações aos envolvidos.

A Comissão dispõe de poderes para requerer informações das empresas envolvidas na concentração bem como dos Estados-Membros envolvidos. A comissão também tem poderes para realizar *todas as inspeções necessárias junto das empresas e associações de empresas*, ou ainda requerer que autoridades locais realizem essas inspeções. A comissão ainda tem poderes para aplicar coimas e sanções pecuniárias aos agentes que se recusarem a prestar informações, prestarem informações inexatas ou incompletas, dentre outras.⁶⁶

Caso a Comissão entenda que a concentração é incompatível com o mercado comum proibirá a realização da concentração bem como, caso ele já tenha sido realizada, poderá determinar a dissolução da concentração ou a adoção de medidas que tenham por fim restabelecer as condições de concorrência anteriores à concentração.

Cumprir observar também que, em virtude do princípio da primazia do Direito Comunitário⁶⁷ sobre os Direitos Nacionais, uma concentração, mesmo que tenha sido autorizada por qualquer autoridade local de algum Estado-Membro, pode ser desconstituída por decisão da Comissão.

As decisões da Comissão ainda estão sujeitas ao controle e revisão pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Européia nos estritos termos de suas competências. O artigo 230 do TCE estabelece que cumpre ao Tribunal de Justiça fiscalizar a legalidade dos atos adotados pelos órgãos administrativos da comunidade, dentre eles a Comissão, trata-se do chamado recurso de anulação. O mesmo artigo estabelece que o recurso deve fundar-se em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder. A legitimidade ativa para interpor o recurso é bastante extensa e engloba tanto autoridades estatais e comunitárias quanto particulares, esses últimos desde que tenham interesse direto (quando destinatários do ato) ou indireto (quando afetados pelo ato).

Também cumpre ao Tribunal de Justiça determinar as medidas necessárias para o cumprimento da decisão da Comissão, tanto no tocante à aplicação de sanções quanto com

⁶⁶ Essas coimas e sanções podem ser revistas pelo Tribunal de Justiça da Comunidade, conforme dispõe o artigo 16 do Regulamento.

⁶⁷ Conforme Patrícia KEGEL (2004, p. 79) *A primazia, portanto, implica na prevalência absoluta do Direito Comunitário sobre os Direitos Nacionais em caso de conflito de normas de ambos os ordenamentos jurídicos.*

relação à operação de concentração em si, caso não haja cumprimento voluntário pelos envolvidos.

Mesmo a Comunidade Européia não possuindo um sistema jurídico com as características da *common law*, o Tribunal de Justiça da Comunidade teve e continua tendo papel primordial com relação ao direito concorrencial, não somente interpretando os Tratados mas também integrando a legislação em caso de lacunas.

Até a edição do Regulamento nº 4.064/89, ou seja, ainda sob a regulamentação prevista somente no Tratado de Roma, e enquanto o controle das concentrações só se dava *a posteriori*, o grande precedente tanto da Comissão quanto do Tribunal de Justiça é o caso *Continental Can* de 1973. Nesse caso, mesmo não existindo uma regulamentação específica sobre concentrações, tanto a Comissão quanto o Tribunal consideraram que é contrária à legislação comunitária, nos termos dos artigos 81 e seguintes do TCE, a compra por um produtor que já detenha domínio de mercado de um empresa que atual no mesmo seguimento.

2.3. OS EFEITOS TRANSACIONAIS DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO E AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO MULTILATERAL DESSAS OPERAÇÕES

O capítulo anterior e o início do presente capítulo trataram sobre a dinâmica das concentrações empresariais, a sua regulamentação pelo direito antitruste e os modelos brasileiro, norte-americano e comunitário europeu de proteção à concorrência pelo controle dos atos de concentração econômica.

Conforme AREEDA e KAPLOW (1997, p.3), o direito antitruste lida fundamentalmente com o controle do poder econômico privado nos setores nos quais a técnica de controle social aceita é da concorrência e não a da regulamentação ou da participação direta do Estado no domínio econômico.

No entanto, em virtude de dois fatores associados à globalização econômica: a liberalização do comércio internacional e a atuação das empresas transnacionais⁶⁸, o Estado nacional passou a não possuir mais os mecanismos necessários para exercer o controle do poder econômico dos grandes grupos privados, cujas atividades não respeitam as fronteiras nacionais. Conforme MARQUES (2005, p. 4), o mercado de atuação das empresas deixou de ser os bairros,

⁶⁸ Sobre a forma de atuação transnacional das corporações em relação aos mecanismos governamentais internos de controle: *Transnational business regulation has long been understood as a complex matrix of overlapping local, national, regional, and international legal regimes. The content of these regimes is the product of a dynamic interaction between the applicable legal rules and the actions, both required and discretionary, of regulators and corporate actors. For example, the transnational regime for antitrust can be seen as the cumulation of national and regional legal rules given content by the exercise or non-exercise of territorial and extra-territorial jurisdiction by regulatory authorities and corporate competitors and of the behavior of corporate actors in relation to the activities of the regulatory authorities and competitors. In the transnational context, these actions and reactions, assertions of jurisdiction, failures or refusals to assert jurisdiction, and uncertainties about the scope of jurisdiction combine to produce moments of both clarity and doubt about the content of legal rules as well as numerous gaps and conflicts among and between the rules, regulators, and corporate actors. Who makes the rules, fills the gaps, and resolves the conflicts and ambiguities in this complex transnational regulatory arena? What is the role of corporate actors in this drama?*

To explore these questions, we need a rough typology of specific modes through which corporate actors create and shape regulatory regimes. Sometimes corporations contribute through interpretations of or reactions to a legal rule scheme. Sometimes they supply rules where none exist. Sometimes they shape the rule scheme through direct political or economic pressure on regulators. Sometimes they shape it by evading the rule scheme and doing business elsewhere. Sometimes, to satisfy other business purposes, they adopt more stringent practices than the applicable rules require. Sometimes they act on their own to get a market edge or exploit an opportunity. Sometimes they act in groups to create a harmonized regulatory environment or to prevent regulation. These diverse forms of corporate actions and decisions are related to both the applicable legal rules and the acts and decisions of regulators, but they are not wholly determined by them. When corporations create or shape the content, interpretation, efficacy, or enforcement of legal regimes and, in so doing, produce effects on social welfare similar to the effects resulting from rulemaking and enforcement by governments, corporate actors are engaged in governance. (DANIELSEN, 2005.p. 412)

idades e países e está cada vez mais *ultrapassando as fronteiras físicas de um único território para abarcar dois, três ou mais países e, em algumas vezes o mundo inteiro, exigindo do direito da concorrência soluções globais.*

Atos realizados por determinadas empresas podem produzir efeitos em diversos países. Somente a título exemplificativo, com relação aos atos de concentração, os exemplos de operações com impactos multijurisdicionais são inúmeros, e de grande visibilidade. No Brasil, por exemplo, entre os anos de 1998 e 1999, 25% das operações apreciadas pelo CADE apresentaram desdobramentos de reestruturações privadas no plano internacional (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 312), sendo que, muitas delas foram analisadas por outras agências semelhantes ao CADE com duplicidade de custos administrativos e algumas com soluções diversas.

A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) também publicou dois interessantes estudos que abordam operações de concentração empresarial analisados por diferentes autoridades nacionais antitruste, um em 1999 e outro em 2006.⁶⁹ O estudo de 1999 cita, entre outros exemplos, a compra de ações da *Scott Paper* pela *Kimberly Clark* cuja operação foi apreciada por autoridades do México, Costa Rica, Comunidade Européia, Canadá e Estados Unidos e a compra de produtos e marcas da *Caldbury Schwepes* pela *Coca Cola*, cuja operação foi apreciada por autoridades de diversos países, dentre os quais Irlanda e Finlândia, que aprovaram o ato e Austrália, Alemanha, México e Espanha que rejeitaram o ato. Já o estudo de 2006 traz, entre outros exemplos, a fusão de duas empresas navais Sul Africanas, a *AP Moller-Maersk* e a *Royal P&O Nedlloyd*, cuja operação foi apreciada por diversas autoridades dentre as quais a Sul-Africana, que aprovou a operação com restrições, a Comunitária Européia que também aprovou a operação com restrições e a Norte Americana que aprovou a operação sem restrições.

Conforme observa RAINELLI (2004, p. 93), apesar dos esforços da Nações Unidas, ainda não existe nenhuma centralização de dados relativos ao comércio provocado pelas empresas transnacionais. A Organização Mundial do Comércio, no entanto, estima que em 1995,

⁶⁹ *Competition Cases Involving More Than One Country.* Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d9.pdf> - acessado em 20/02/2007 e *Recent Important Cases Involving More Than One Country.* Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf6d5rev1_en.pdf - acessado em 20/02/2007.

um terço do comércio internacional foi realizado entre filiais e subsidiárias de mesmas empresas.⁷⁰

Segundo Jacques ADDA (2004, p. XI), falar em globalização significa evocar o domínio do sistema econômico capitalista sobre o espaço global. O presente estudo não abordará o fenômeno da globalização em si, mas somente os dois fatores acima citados que interessam diretamente à matéria em discussão.

De acordo com a divisão feita por Ricardo SEINTENFUS (1997, p. 253), os grupos sociais não estatais que podem ser considerados como atores nas relações internacionais⁷¹ são divididos em associações sem fins lucrativos e as associações com fins lucrativos. Exemplo típico das primeiras são as organizações não governamentais internacionais e exemplo típico das segundas são as empresas transnacionais ou multinacionais⁷².

Terminologicamente, de acordo com a proposição de Odete Maria de OLIVEIRA (2001, p. 351), o presente estudo adota o primeiro termo, pois, o prefixo *multi* dá a falsa idéia de que a empresa possui múltipla nacionalidade, enquanto que o prefixo *trans* apresenta a idéia de que essas empresas atravessam todas as dimensões econômicas e de um lugar para outro. Não obstante, a expressão ‘multinacionais’ também é bastante empregada pela doutrina.

As grandes empresas transnacionais são as unidades básicas exportadoras e como tais são as que possuem maior capacidade de influenciar artificialmente os preços. De acordo com RAINELLI (2005, p. 93), a capacidade dessas empresas para influenciar as trocas internacionais *resume-se essencialmente à posse de unidades de produção implantadas em diversos países e dos fluxos que daí provêm.*

Um ato de concentração realizado em determinado território nacional por uma empresa transnacional pode causar efeitos em diversos outros territórios bem como, não sendo aprovado por uma autoridade nacional, essa mesma empresa tem condições de realizá-lo em outro Estado sem que tenha prejuízos significativos.

⁷⁰ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey3_e.htm#investment – acessado em 08/02/2007

⁷¹ Segundo Odete Maria de OLIVEIRA (2001, p. 293), *No contexto internacional, pode-se dizer que ator é o agente do ato internacional, aquele que participa das relações internacionais e da dimensão dinâmica da sociedade internacional, cuja realidade é formada por um elenco de agentes sociais que ali atuam e se relacionam, influenciando-se mutuamente e interagindo-se em cooperação ou em conflito.*

⁷² Sobre a inclusão desses novos atores na estrutura do Direito Internacional, Peter SPIRO (2000, p. 569) observa que: *Non-state actors are also becoming the objects of international law, in practice if not yet in doctrine, so that we may find an emerging legal responsibility on their part. Indeed, international norms are in some contexts being set with no participation on the part of states, and with no purpose to regulate state behavior. That international law is no longer a matter of legal relations among nations at least suggests the obsolescence of the label itself.*

As atividades transnacionais praticadas pelos grupos privados levaram os Estados nacionais, em um primeiro momento, a incluir em suas legislações sobre a defesa da concorrência cláusulas de aplicação extraterritorial⁷³ de suas normas fundadas na doutrina dos efeitos.

De acordo com a teoria dos efeitos, primeiramente institucionalizada no *Sherman Act*, uma legislação doméstica pode regulamentar fatos ocorridos fora do seu território desde que este ato produza efeitos no seu território.

De início a jurisprudência norte-americana foi reticente na aplicação extraterritorial do *Sherman Act*, como no caso *American Banana Co v. United Fruit Co*⁷⁴ julgado pela Suprema Corte em 1909, no qual, com base nos princípios da soberania e da cortesia internacional entre as nações, a Suprema Corte afastou a aplicação extraterritorial da norma. Em julgados posteriores, no entanto, a Suprema Corte passou a reconhecer a possibilidade de atribuição de responsabilidade a atos realizados fora do seu território mas que nele tenha produzido efeitos. Exemplo é o caso *United States v. Aluminum Co of America* de 1945:

Não devemos atribuir ao Congresso o objetivo de punir todos a que suas cortes possam pegar, por condutas que não tenham conseqüências nos Estados Unidos. Por outro lado, é lei estabelecida, que qualquer Estado pode impor responsabilidades legais, mesmo à pessoas fora e sua soberania, por condutas além de suas fronteiras que tenham conseqüências repreensíveis dentro e suas fronteiras; e essas responsabilidades serão reconhecidas por outros Estados...⁷⁵

Como esclarece FORGIONI (2005, p. 504) para a doutrina dos efeitos não importa a nacionalidade dos partícipes em determinado ato que tenha causado prejuízo à concorrência, mas o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos do ato. A doutrina dos efeitos é uma criação da jurisprudência norte-americana, mas, hoje normas de aplicação extraterritorial antitruste são encontradas nas mais diversas legislações, inclusive na Brasileira, conforme se denota da leitura do art. 2º da Lei 8.884, que estabelece que a aplicabilidade da lei se dá às *práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos*.

⁷³ Sobre a aplicação extraterritorial de normas antitruste relativas a concentrações empresariais pelos Estados Unidos ver GINSBURG, Douglas H. e ANGSTREICH, Scott H. *Multinational Merger Review: Lessons From our Federalism*. Antitrust Law Journal, vol. 69, 2000; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust as Extraterritorial Regulatory Policy*. The Antitrust Bulletin, Fall, 2003; e MEHRA, Salil K. *Deterrance; The Private Remedy and International Antitrust Cases*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 40, 2002.

⁷⁴ Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=213&invol=347> – acessado em 07/02/2007.

⁷⁵ Transcrito por WAISBERG (2006, p. 81)

Também o artigo 81 do Tratado de Roma prevê a possibilidade de aplicação extraterritorial das normas de concorrência comunitárias europeias. Um caso bastante citado pela doutrina de aplicação extraterritorial da normativa comunitária europeia é o caso de fusão entre as empresas *Gencor e Lonrho Platinun Divisium*⁷⁶. Embora as duas empresas tivessem sua sede na África do Sul a Comissão entendeu que a fusão era incompatível com o mercado comunitário tendo em vista que as duas empresas possuem operações significativas na Comunidade e que a fusão resultaria em um duopólio que dominaria o mercado mundial de ródio e platina.

A grande diferença, no entanto, entre a aplicação extraterritorial de normas antitruste norte-americanas ou brasileiras, por exemplo, reside na capacidade de imposição do seu sistema normativo. Nem os Estados Unidos nem o Brasil podem exigir que o outro Estado aceite sua normativa, os Estados Unidos, no entanto, possuem poderio econômico suficiente para conduzir a essa aceitação. Ou seja, o poderio econômico e não o ordenamento jurídico vigente é que determinara a eficácia na aplicação extraterritorial de normas antitruste. Para WAISBERG (2006, p. 93) *para um país com um mercado pequeno ou um outro que não represente um rendimento significativo para as empresas envolvidas na conduta ou na fusão, a ameaça e uso da extraterritorialidade é inútil.*

Os incidentes diplomáticos causados por esse exercício unilateral de competência internacional, no entanto, acabou por produzir um contra efeito, qual seja, a criação de normas explícitas ou tácitas tendentes a evitar a aplicação de normas oriundas de outros países em seu território, são as chamadas normas de bloqueio ou *blocking law*⁷⁷. Nem sempre essas normas de bloqueio se dão por meio da promulgação de uma lei em sentido estrito, mas por vezes, podem atuar inclusive por meio da atuação reiterada da jurisprudência, administrativa ou judicial, negando efeitos à essas cláusulas extraterritoriais, por isso se diz que podem ser normas explícitas ou tácitas.

As dificuldades proporcionadas pela aplicação da doutrina dos efeitos, sejam administrativas, pois dependem da cooperação da administração pública de outro Estado, sejam diplomáticas, sugeriam a necessidade de criação de novas alternativas pelo Direito Internacional.

⁷⁶ Citado no estudo da UNCTAD *Competition Cases Involving More Than One Country*. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d9.pdf> - acessado em 20/02/2007

⁷⁷ Como, por exemplo, a edição pela Inglaterra de *blocking statutes* como o *The Protection of Trade Interest Act*, de 1980 (OLIVEIRA NUSDEO, 2002, p. 164)

A alternativa inicialmente encontrada para regulamentar essas atividades transnacionais foi a celebração de acordos bilaterais de cooperação em matéria antitruste com os principais parceiros comerciais. Exemplos desses acordos, e possivelmente os mais efetivos deles, foram os celebrados entre os Estados Unidos e a União Européia em 1991 e 1998. De acordo com MONTI (2001, p. 362) esses acordos foram bastante efetivos em especial em relação às concentrações, pois reduziram substancialmente os riscos de decisões divergentes entre os órgãos dos Estados Unidos e da União Européia.

Também o Brasil possui ainda hoje tratados de cooperação internacional em matéria de concorrência⁷⁸ com os Estados Unidos, com Portugal, com a Federação Russa, e com a Argentina.

Tal alternativa, no entanto, mesmo que bastante efetiva em relação às partes que celebraram o acordo⁷⁹, ainda não resolvem o problema de outros países nos quais determinada concentração produza efeitos, por isso a necessidade e a busca de um diploma normativo multilateral com relação à proteção da concorrência.

Além do mais, esses tratados bilaterais possuem outras falhas evidentes, de acordo com FINKELSTEIN (2005, p. 57):

Primeiramente, tendo em vista que o simples fato de haver cooperação, por mais extensa que possa ser, não implica necessariamente que as decisões dos órgãos de defesa da concorrência em diferentes jurisdições sejam coerentes entre si (...) as leis de defesa da concorrência em diferentes jurisdições diferem em inúmeros aspectos. Com isso, práticas consideradas lícitas sob uma determinada jurisdição, podem se consideradas ilícitas sob outras. Logo, não obstante uma intensa troca de informações entre duas autoridades de defesa da concorrência na análise de um determinado caso, nada impede que ela seja considerada legal pó uma das autoridades e ilegal por outra. E, por fim, sendo bilaterais, esses acordos e cooperação somente são vinculativos com relação às suas partes signatárias, o que limita consideravelmente o seu campo de aplicação e potencialidade de gerar benefícios.

Os tópicos subseqüentes abordarão algumas propostas internacionais para regulamentação multilateral do direito da concorrência. Antes, no entanto de passar às suas descrições, convém mencionar o ‘grande dilema do direito antitruste internacional’ que consiste

⁷⁸ <http://www.cade.gov.br/internacional/acordos.asp>

⁷⁹ Nem mesmo esses acordos de cooperação foram suficientes para evitar decisões conflitantes entre Estados Unidos e União Européia. O caso mais famoso citado pela doutrina é a aquisição da McDonnell Douglas pela Boeing (transcrito por FOX, SULLIVAN, PERITZ, 2002, p. 336/347), na qual a Federal Trade Commission encerrou suas investigações concluindo que a concentração não prejudicaria a concorrência, mas a Comissão Européia somente permitiu a aquisição, mesmo com fortes pressões políticas do administração do Governo Clinton, impondo significativas condições.

na tentativa de conjugar interesses por vezes bastante conflitantes. Nas palavras de Ivo WAISBERG (2006, p. 76), *são diferentes os interesses e estratégias de cada nação em políticas de concorrência, dependendo do padrão do comércio (importadores, exportadores ou ambos) e da capacidade de fazer valer suas leis de forma extraterritorial*. Esse autor ainda conclui que acordos internacionais em matéria antitruste continuarão difíceis de serem alcançados já que nem todos os países irão se beneficiar com eles.

2.3.1 – A Proteção da Concorrência e as Restrições às Concentrações Empresariais na Organização Mundial do Comércio - OMC

Embora a própria Carta de Havana, na criação do GATT (General Agreement on Trade and Tariffs), já mencione em seu texto disposições sobre a necessidade de regulamentação internacional dos regimes de concorrência, o estudo e desenvolvimento do direito de concorrência na OMC teve início em 1996 com a criação de um grupo de trabalho que possui o escopo de estudar aspectos sobre as inter-relações entre política comercial e concorrencial – *Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy* (WGTCP).

Conforme disposto no próprio *website*⁸⁰ da organização, o estudo da concorrência é considerado como um dos ‘novos temas’ em discussão dentro da organização. Cumpre observar, no entanto, que a tutela da concorrência tem previsão indireta em três outras vertentes do ordenamento da OMC, no comércio de serviços, com relação aos direitos de propriedade intelectual e no acordo sobre investimentos.

O WGTCP é fruto da Conferência Ministerial de Singapura de 1996 e desde a sua criação já tinha como objeto definido não a negociação de normas ou compromissos, mas a verificação e o estudo de assuntos que seriam objetos de futuras negociações (MARQUES, 2006, p. 98)

O Primeiro Relatório Anual do WGTCP⁸¹, de 1997, além de deixar aberta a possibilidade de inclusão de novas pautas em virtude de sugestões encaminhadas pelas partes estabeleceu os seguintes pontos para discussão:

a) relação entre objetivos, princípios e instrumentos do comércio com a política de concorrência;

⁸⁰ http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/comp_e.htm - acessado em 08/02/2007

⁸¹ WT/WGTCP/1, Genebra, 28 de novembro de 1997.

b) verificação e análise de instrumentos já existentes relacionados a comércio e política da concorrência incluindo: políticas nacionais de concorrência e normas já existentes na OMC, acordos bilaterais, plurilaterais e multilaterais;

c) interação entre comércio e política comercial: impactos de práticas anti-concorrenciais de empresas e associações para o comércio internacional; impactos dos monopólios estatais, direitos exclusivos e práticas regulatórias na política da concorrência e no comércio internacional; relação entre investimentos e política de concorrência e o impacto da política comercial na concorrência.

Conforme assevera MARQUES (2006, p. 211) sempre existiu dentro desse grupo de trabalho um intenso debate sobre a necessidade ou não da adoção de uma norma específica para regular o direito da concorrência. Essas duas posições conflitantes são bem ilustradas pelos posicionamentos dos Estados Unidos da América e da Comunidade Européia. Os Estados Unidos contrários a um tratado específico sobre concorrência, e a Comunidade Européia sugerindo a sua necessidade. Nas palavras de Mario MONTI, Comissário da Comissão Européia (apud DAL RI JUNIOR, 2005, p. 640):

Estamos, portanto, convencidos que seja necessário um acordo multilateral sobre um corpus de regras de concorrência fundamentais e comuns que complementem a liberalização do comércio. A razão de tal complementaridade entre comércio internacional e a política de concorrência faz parecer, claro, que a OMC seja a organização multilateral mais oportuna para promover e ‘hospedar’ este acordo.

A Conferência Ministerial de Doha, de 2001, dava sinais de que a matéria relativa à proteção da concorrência ganhava espaço e importância na OMC. Na declaração ministerial adotada no dia 14 de novembro de 2001⁸² os parágrafos 23 a 25⁸³ foram destinados às interações

⁸² WT/MIN(01)/DEC/1

⁸³ 23. *Recognizing the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 24, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations.*

24. *We recognize the needs of developing and least-developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity building in this area, including policy analysis and development so that they may better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development. To this end, we shall work in cooperation with other relevant intergovernmental organizations, including UNCTAD, and through appropriate regional and bilateral channels, to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to these needs.*

25. *In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy will focus on the clarification of: core principles, including transparency, non-discrimination and procedural fairness, and provisions on hardcore cartels; modalities for voluntary cooperation; and support for progressive reinforcement of competition institutions in developing countries through capacity building. Full*

entre comércio e política de concorrência. O parágrafo 23 reconhece a necessidade da negociação de uma política de competitividade para o comércio internacional e estabelece que as negociações se darão após a Quinta Sessão da Conferência Ministerial. O parágrafo 24 reconhece as dificuldades dos países em desenvolvimento com relação à proteção da concorrência, em especial por um apoio mais amplo de assistência técnica. Já o parágrafo 25 estabelece as diretrizes de trabalho do WGTCP enquanto as negociações não iniciarem, quais sejam, esclarecimentos de princípios básicos como transparência e não discriminação, modalidades de cooperação voluntária, procedimentos com relações a cartéis e apoio para o fortalecimento progressivo das instituições em matéria de concorrência nos países desenvolvidos.

Na Conferência de Cancun, em 2003 (quinta conferência), como não foi obtido qualquer tipo de consenso em relação às modalidades de negociação em matéria de concorrência, foram somente reafirmados os compromissos assumidos na Conferência de Doha.

Em 2004, no entanto, dando continuidade aos trabalhos iniciados na Conferência de Cancun, um documento intitulado de “*july package*”, estabeleceu que a matéria relativa à interação entre comércio e política de concorrência deixava de ser parte do programa de trabalho estabelecido no Mandado de Doha⁸⁴. Com essa decisão, a matéria relativa à proteção da concorrência não possui atualmente qualquer previsão de negociação na OMC. Também o grupo de trabalho sobre comércio e política de concorrência está atualmente fora de atividade.

Até a sua desativação pelo “pacote de julho” o WGTCP preparou sete relatórios anuais (1997 a 2003) de suas atividades. Frederico do Valle Magalhães MARQUES (2006, p. 213/216) destaca algumas das decisões tomadas pelo WGTCP nesses sete anos de atividades:

a) necessidade de estabelecimento de um vocabulário comum em relação a temas conexos com comércio e concorrência como definição de mercado relevante, barreiras à entrada, estrutura e poder de mercado, dano concorrencial, concentração vertical e horizontal e fusões;⁸⁵

account shall be taken of the needs of developing and least-developed country participants and appropriate flexibility provided to address them

⁸⁴ *Relationship between Trade and Investment, Interaction between Trade and Competition Policy and Transparency in Government Procurement: the Council agrees that these issues, mentioned in the Doha Ministerial Declaration in paragraphs 20-22, 23-25 and 26 respectively, will not form part of the Work Programme set out in that Declaration and therefore no work towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round.*

⁸⁵ 2º Relatório Anual do WGTCP – 1998 – WT/WGTCP/2

b) um acordo com relação a política da concorrência deve levar em consideração os seguintes elementos: utilização de princípios comuns como transparência e não-discriminação; identificação de práticas anticompetitivas que tenham significativo impacto no comércio e investimento internacional; cooperação; sistema de solução de controvérsias, que não deve envolver a revisão de decisões realizadas pelas autoridades nacionais de concorrência;⁸⁶

c) sugestão dos seguintes elementos para o estabelecimento de um acordo: princípios centrais existentes nas legislações nacionais; cooperação entre as autoridades relevantes; criação de um comitê de Direito e Política de Concorrência; medidas para apoiar regimes de concorrência em países menos desenvolvidos e solicitação de que todos os membros adotem medidas nacionais de proteção à concorrência;⁸⁷

d) desenvolvimento de mecanismos de cooperação para o direito da concorrência em três níveis: entre Estados, em nível regional e em nível multilateral; solicitação de que as partes apresentem sugestões sobre definição e possíveis padrões básicos a serem incorporados nas legislações nacionais;⁸⁸

e) os mecanismos de cooperação e comunicação devem abranger quatro necessidades específicas: assistência técnica, em especial para os membros que não possuem sistema de defesa da concorrência ou estão em estágio inicial de implantação; promoção de uma cultura de concorrência; identificação de áreas prioritárias onde os esforços deverão ser concentrados; e a disseminação de informação sobre as melhores práticas para aplicação da política concorrencial.⁸⁹

Conforme se observa nos pontos transcritos, o WGTCP fixou somente parâmetros gerais para a moldura de um possível acordo, no âmbito na OMC, sobre a regulamentação da concorrência em nível multilateral. As propostas com relação a pontos específicos ficaram sob a responsabilidade dos países membros. Tal aspecto também se evidencia com relação às concentrações empresariais. Também são nas manifestações enviadas pelos membros que se verificam as divergências e a dificuldade na obtenção de consenso para a celebração do acordo.

Seguindo a lógica e estrutura já iniciada nos capítulos anteriores, o presente estudo abordará de forma sucinta as participações do Brasil, dos Estados Unidos e da Comunidade

⁸⁶ 3º Relatório Anual do WGTCP – 1999 – WT/WGTCP/3

⁸⁷ 4º Relatório Anual do WGTCP – 2000 – WT/WGTCP/4

⁸⁸ 2º Relatório Anual do WGTCP – 1998 – WT/WGTCP/2

⁸⁹ 3º Relatório Anual do WGTCP – 1999 – WT/WGTCP/3

Européia no WGTCP. No website da OMC⁹⁰, entre 1997 e 2004, estão relacionadas 17 manifestações enviadas pelos Estados Unidos, 20 enviadas pela Comunidade Européia e 02 pelo Brasil.

Convém destacar logo de início que Brasil e Comunidade Européia defendem a regulamentação multilateral da matéria concorrência pela OMC, enquanto os Estados Unidos são contrários.

O primeiro documento enviado pelo governo brasileiro⁹¹ ao WGCTP em 22 de setembro de 1998 é um documento bastante genérico, dividido em quatro capítulos, que traz uma introdução sobre o panorama do direito concorrencial brasileiro à época, um histórico sobre a experiência brasileira na matéria, os desafios da política concorrencial brasileira (privatização e regulamentação) e as perspectivas futuras da política concorrencial no Brasil.

O segundo documento⁹², também de setembro de 1998, já traz propostas mais específicas sobre a regulamentação da concorrência na OMC. As propostas enviadas pelo governo brasileiro são de três ordens: cooperação, princípios e foro.

Com relação à cooperação, além da troca de informações com relação aos chamados *hard core cartels*, o Brasil destaca a necessidade de cooperação com relação às concentrações empresariais. A principal proposta brasileira com relação às concentrações é o estudo de uma notificação e comunicação comum no caso de operações com impactos transnacionais, *se não em forma, pelo menos em conteúdo*⁹³, reduzindo o tempo para a apreciação dos atos de concentração e os custos suportados pelas empresas participantes.

Com relação aos princípios o Brasil destaca a importância dos princípios da transparência, do devido processo legal e do tratamento nacional para a esfera do direito concorrencial. Com relação ao foro, o Brasil reitera que entende que a OMC é o foro adequado para a regulamentação multilateral da concorrência, pois possibilita o aproveitamento da infraestrutura já existente na organização com uma conseqüente redução de custos para os membros,

⁹⁰ Busca disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm - acessado em 09/02/2007

⁹¹ WT/WGTCP/W/93

⁹² WT/WGTCP/W/100

⁹³ *Obviously, it is possible that, with time and as long as national agencies perceive gains in resorting to the model form, there could be a progressive harmonization, if not in format, at least in the content of the information required by each jurisdiction, thereby reducing costs to enterprises.*

Another potential benefit, possibly further in the future, would be a reduction of the differences in the delays involved in merger approvals in various jurisdictions. This would definitely be a crucial development in terms of reducing the length of the uncertainty, and all the costs associated with it, which private agents face today by having a single international transaction submitted to agencies with very different decision-taking lags.

bem como o aproveitamento do *expertise* em negociação, o pessoal disponível e o formato das transações.⁹⁴

A União Européia, por sua vez, apresentou seu primeiro comunicado ao WGTCP em junho de 1997⁹⁵. Nesse primeiro comunicado a Comunidade Européia já ressalta a necessidade da criação de uma norma internacional sobre o direito da concorrência e também indica a Organização Mundial do Comércio como o foro adequado para a sua criação. Em um segundo comunicado⁹⁶, ainda em 1997, sugere três grandes linhas de discussão dentro do grupo de trabalho (MARQUES, 2006, p. 229/230):

a) quais são as práticas anticompetitivas normalmente encontradas nas legislações nacionais. Destacando que as legislações nacionais normalmente dispõem, no mínimo, sobre concentrações verticais e horizontais, e abuso de posição dominante. Destaca ainda a grande importância sobre o controle das fusões;

b) considerando que em muito países existem setores sob os quais não se aplicam normas concorrenciais (setores regulamentados ou de monopólio estatal, por exemplo), verificar o escopo e racionalidade para a derrogação das normas de concorrência nesses setores, verificando a possibilidade de redução ou de eliminação dessas derrogações;

c) verificar a efetividade da aplicação das normas de concorrência nos países membros avaliando o papel e atuação das autoridades antitrustes e do Poder Judiciário.

No ano de 2000 a Comunidade Européia enviou ao grupo de trabalho uma possível estrutura de um acordo sobre concorrência no âmbito da OMC⁹⁷. O acordo é dividido em três grandes tópicos: princípios gerais para o direito e política de concorrência, modalidades de cooperação e apoio para reforçar as instituições de concorrência dos países em desenvolvimento. Embora no tocante às modalidade de cooperação seja possível identificar matérias relativas às concentrações empresariais, não existe qualquer disposição específica sobre quando e porque as concentrações devem ser permitidas ou proibidas.

⁹⁴ *This inclusion of the topic of competition policy within the framework of the WTO would also permit the utilization of the whole logistical infrastructure of the organization, in terms of negotiation expertise, personnel and transaction formats, with the advantage of having the background of a whole working regime - all features that would reduce transaction costs quite significantly. Moreover, the linking of competition policy with a larger framework, with a fairly well known and consolidated set of rules and processes, with definitions, principles and crucial concepts clarified over time, can increase the likelihood of common understanding and interpretation of the provisions adopted, clarifying meaning, decreasing uncertainty and thereby increasing the chances of compliance.*

⁹⁵ WT/WGTCP/W/1

⁹⁶ WT/WGTCP/W/45

⁹⁷ WT/WGTCP/W/152

Já os Estados Unidos, embora reticentes quanto à adoção de um tratado multilateral sobre concorrência na OMC, também participaram ativamente dos estudos no grupo de trabalho sobre comércio e política da concorrência. Tal participação, no entanto, em momento algum busca incentivar ou defender propostas para um quadro multilateral sobre concorrência na OMC, *ao contrário, e.g., discorrem, pela primeira vez, em 1999 sobre os princípios gerais da OMC e sua aplicação ao direito da concorrência, não ressaltam a importância de sua aplicação e necessidade de transposição para o direito da concorrência* (MARQUES, 2006, p. 234).

Esse posicionamento norte-americano é bem expresso nas dificuldades apontadas pela *American Bar Association* para a celebração de um acordo conforme pretendido pela Comunidade Européia:

1) a impossibilidade próxima de significativo acordo quanto aos padrões; 2) a dificuldade de negociações no tocante a pontos críticos; 3) os benefícios da liberdade das nações em divergir devido à necessidade de perseguir, de quando em vez, objetivos não eficientes e 4) problemas de fortalecimento. (DAL RI JÚNIOR, 2005, p. 639)

Os documentos enviados pelos Estados Unidos ao WGTCP são muito mais explicativos e conceituais, normalmente trazendo a experiência norte-americana em concorrência, do que propriamente propostas de elaboração de um acordo. MARQUES (2006, p. 234) observa, no entanto, que algumas propostas norte-americanas trazem considerações conceituais importantes, dividindo sua *vasta experiência* em matéria concorrencial. O mesmo autor cita como exemplo o 17º⁹⁸ comunicado dos EUA ao WGTCP que apresente sugestões a serem consideradas em um eventual acordo que vise coibir as práticas dos *hard core cartels*⁹⁹.

De todo modo, a postura norte-americana em matéria de concorrência é bastante clara, os Estados Unidos estão dispostos a trocar experiências e informações, bem como auxiliar os países em desenvolvimento na formação de instituições sólidas em matéria de concorrência, não estão dispostos, no entanto, a adotar internacionalmente qualquer normativa anticoncorrencial diversa da sua normativa doméstica.

⁹⁸ WT/WGTCP/W/203

⁹⁹ De acordo com a OCDE, *hard core cartel* é um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva ou uma combinação anticompetitiva entre concorrentes para fixar preços, realizar propostas comuns, estabelecer restrições ou quotas à produção ou partilhar ou dividir mercados por alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio – tradução livre de: *a "hard core cartel" is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce – disponível em* [http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/C\(98\)35](http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/C(98)35) – acessado em 10/02/2007

Conforme visto, a celebração de um acordo sobre política concorrencial no âmbito da OMC parece um objetivo bastante distante na atual fase de negociações da organização. O otimismo proporcionado pela inclusão de tópicos específicos sobre concorrência na declaração de Doha foi enfraquecido pela decisão do “pacote de julho” de 2004 que decidiu retirar a matéria relativa à concorrência da pauta de negociações da organização.

Também o grupo de trabalho sobre comércio e política concorrencial, atualmente inativo, não chegou a desenvolver nenhum esboço de acordo para negociação, estabelecendo somente parâmetros genéricos sob os quais os membros deveriam formular suas propostas.

O único esboço de acordo foi enviado pela Comunidade Européia que enfrentou desde o início a oposição não somente norte-americana, mas, também de outros membros da organização, céticos quanto à possibilidade de conciliar os interesses nacionais em um acordo sobre concorrência.

Com relação às restrições às concentrações empresarias o assunto é ainda mais delicado. Se mesmo em relação a assuntos que parecem favorecer todos os membros, como o combate aos *hard core cartels*¹⁰⁰ não foi possível se alcançar um consenso, o que se dirá sob um tema cujos interesses variam sensivelmente de países para países.

É verdade que a OMC possui uma estrutura institucional que reduziria custos em relação à criação de uma organização específica para regulamentar, internacionalmente, matérias relativas à concorrência. Também é verdade que comércio e política da concorrência são assuntos estreitamente interligados, entretanto, enquanto não for possível obter consenso sobre temas já antigos na organização, como acesso a mercados, eliminação de barreiras não tarifárias e eliminação de subsídios agrícolas, por exemplo, parece difícil que os “novos temas” como meio ambiente e política da concorrência sejam negociados na OMC.

2.3.2. A Proposta do Código Internacional Antitruste

Na década de 90, por iniciativa da Comunidade Européia, um grupo de pesquisadores, das mais diversas nacionalidades e reunidos junto ao Max Planck Institute de Munique, elaborou

¹⁰⁰ Diversos membros enviaram comunicados ao WTGCP manifestando sua preocupação em relação à atuação dos *hard core cartels*, como os Estados Unidos (WT/WGTCP/W/203), o México (WT/WGTCP/W/196), a Coreia (WT/WGTCP/W/200), o Canadá (WT/WGTCP/W/201), a Austrália (WT/WGTCP/W/198) e a Suíça (WT/WGTCP/W/194).

um projeto de código mundial antitruste. O objetivo desse grupo, o *International Antitrust Code Working Group*, era elaborar um código internacional sobre direito antitruste, que estabeleceria uma autoridade internacional antitruste no âmbito do GATT, *de forma a assegurar que as práticas privadas restritivas ao comércio internacional fossem eliminadas, proporcionando, assim, o desenvolvimento do comércio internacional e assegurando o livre acesso aos mercados.*

O resultado do trabalho preparado pelo grupo foi apresentado ao GATT na Rodada Uruguaí de 1993. A proposta, no entanto, não foi bem recebida pelos integrantes do GATT, na opinião de MARQUES (2006, p. 255) por ser *demasiado ousada para a realidade interna da maioria dos contratantes do GATT* e também pelo fato de que em 1993 a cultura sobre o direito da concorrência ainda não havia assumido a importância que possui nos dias de hoje. Também os EUA, da mesma forma que até hoje são contrários à elaboração de um acordo sobre antitruste na OMC, também à época manifestaram sua contrariedade à proposta.

Trata-se, pois, de uma proposta que, embora tenha tido iniciativa de autoridades públicas, foi concebida no seio da academia por especialistas no assunto, como Josef Drexler da Universidade de Munique e do Instituto Max Planck, Eleanor Fox da Universidade de Nova York e Lawrence Sullivan da *Southwestern University* de Los Angeles, entre outros¹⁰¹, e que, portanto, mesmo não tendo tido grande aceitação pela comunidade internacional teve grande valor como tentativa de sistematização internacional do direito da concorrência.

O código estabelece que as partes contratantes são livres para editar suas próprias normativas internas sobre defesa da concorrência, devendo informar para a autoridade internacional sobre a legislação aplicável e suas devidas alterações. Tal liberdade, no entanto, não é irrestrita, sendo que no decorrer do texto são estabelecidas diretrizes que os Estados devem seguir na edição de suas leis de concorrência, ou alterações que deverão promover nas suas leis já existentes. Na primeira seção do artigo 10, por exemplo, o código estabelece as características que os padrões e formulários para notificações devem adotar.

O Código elaborado é composto por 21 artigos e dispõe sobre padrões mínimos de legislações nacionais, restrições contra acordos horizontais e verticais, controle de concentrações empresariais, abuso de posição dominante e estabelecimento de sanções que serão aplicadas pela autoridade internacional antitruste.

¹⁰¹ MARQUES (2006, p. 252/253) relaciona todos os pesquisadores participantes do projeto.

De acordo com o MARQUES (2006, p. 267/270) as principais disposições do Código com relação às concentrações empresariais são as seguintes:

- O artigo oitavo estabelece que é considerada concentração uma operação na qual houver a aquisição por um a parte, de ações ou ativos, por contrato ou por qualquer outra forma, que implique no controle, direto ou indireto, de todo ou de parcela substancial de uma ou mais partes;

- O código deixa claro que sua aplicação se dá exclusivamente no caso de concentrações com dimensões internacionais. O código optou pela utilização de um conceito negativo, estabelecendo que uma concentração não possui dimensão internacional quando: a) o valor agregado anual mundial das vendas das partes envolvidas for menor do que 1% do PIB do Estado afetado pela operação de concentração; ou b) mais do que 90 % do valor agregado anual mundial de vendas das partes envolvidas são obtidos fora do território do Estado afetado pela operação econômica de concentração.

- O código adotou a sistemática de notificação prévia da concentração para as autoridades antitruste;

- O código determina que as autoridades antitruste nacionais devem proibir concentrações que criem ou aumentem o poder de mercado de determinado agente que venha a impedir a competição dentro de um mesmo mercado relevante. Não estabeleceu, no entanto, o que vem a ser poder de mercado e mercado relevante;

- Determina que as autoridades nacionais, quando da apreciação de uma operação de concentração devem levar em consideração, além de outros fatores competitivos relevantes, a estrutura competitiva de todos os mercados envolvidos e a posição no mercado das empresas envolvidas e seus respectivos poderes econômicos e financeiros;

- Nos casos em que mais de uma autoridade antitruste nacional estiver envolvida, o Código estabelece que deverá haver consenso entre elas. Não havendo consenso a decisão deverá ser tomada por elas com base nas orientações transmitidas pela autoridade antitruste internacional;

- As autoridades nacionais deverão ordenar a reestruturação de mercados concentrados nos quais exista constante realização de práticas abusivas, a não ser que a reestruturação acarrete desvantagens para a economia.

2.3.3. O Estudo das Interações Entre Comércio e Concorrência na OCDE e na UNCTAD

A OCDE – Organização para a cooperação e o desenvolvimento econômico, é uma organização internacional composta de trinta membros¹⁰², mas que mantém relações com outros setenta países, dentre os quais o Brasil, organizações não governamentais e sociedade civil.

A experiência da OCDE com o estudo sobre as inter-relações entre comércio e política de concorrência remonta ao fim dos anos sessenta. Os documentos legais produzidos pela OCDE são de três ordens, os acordos multilaterais negociados em seu âmbito, as decisões do Conselho e as recomendações. Tais documentos são dirigidos a seus membros, entretanto, como mencionado, a organização mantém relações com outros países, ONGs e sociedade civil internacional e, mediante um estudo conjunto, também tem produzido estudos em matéria de concorrência denominados de *best practices*.

Arno DAL RI JUNIOR (2005, p. 650/656) destaca como documentos de grande relevância produzidos pela OCDE: recomendação de 15 de dezembro de 1971¹⁰³ na qual a Organização convida os membros *a tomarem medidas voltadas a vigiar as condutas comerciais com efeitos restritivos à livre concorrência e a examinar a viabilidade de adoção de medidas a longo prazo, voltadas a combater os movimentos nos preços do mercado que sejam fruto de políticas restritivas à concorrência*; recomendação de 26 de abril de 1978¹⁰⁴ que versa sobre medidas comerciais com efeitos restritivos sobre direitos de propriedade intelectual; recomendação de 20 de julho de 1978¹⁰⁵ sobre práticas restritivas da concorrência com efeitos sobre o comércio internacional, incluídas as praticadas por empresas transnacionais; recomendação de 29 de setembro de 1979¹⁰⁶ sobre política de concorrência e setores isentos ou regulamentados; recomendação de 23 de outubro de 1986¹⁰⁷ sobre cooperação dos Estados-

¹⁰² Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, França, Finlândia, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos.

¹⁰³ OECD. Recommendation of the Council concerning acts against Inflation in the Field of Competition Policy, C(71) 205 (Final)

¹⁰⁴ OECD. Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices relating to the Use of Trademarks and Trademark Licences, C(78)40(Final).

¹⁰⁵ OECD. Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices. Affecting International Trade including those involving Multinational Enterprises, C(78) 133 (Final)

¹⁰⁶ OECD. Recommendation of the Council on Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors, C(79)155(final)

¹⁰⁷ OECD. Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict, C(86)65(Final)

membros em áreas de potencial conflito; recomendação de 1995¹⁰⁸ que revisa o sistema de cooperação entre os membros a respeito de práticas comerciais restritivas ao comércio internacional; recomendação de 13 de maio de 1998¹⁰⁹ sobre medidas efetivas contra a atuação dos *hard core cartels*; e o projeto de recomendação, de 2001¹¹⁰, sobre separação estrutural no âmbito das indústrias regulamentadas.

Especificamente com relação às concentrações empresariais destacam-se os seguintes documentos produzidos pela OCDE:

a) *Recommendation of the Council on Merger Review*¹¹¹: traz recomendações sobre troca de informações e notificações entre os membros nas hipóteses de concentrações com efeitos transnacionais. Pede que os membros sejam criteriosos para avaliar se a concentração realmente pode ser submetida às suas legislações domésticas¹¹² e que as apreciações das concentrações sejam realizadas em tempo razoável.

b) *Best practices on mergers remedies*¹¹³: estabelecem que “remédios” contra possíveis efeitos anti-concorrenciais decorrentes de concentrações devem ser usados somente quando sua necessidade for efetivamente demonstrada e mantendo o foco na situação anterior à concentração, ou seja, essas medidas devem ser usadas estritamente para manter os níveis de concorrência anteriores à concentração e não buscar atingir outros objetivos. Estabelece que essas medidas de proteção podem se referir tanto à estrutura das empresas quanto ao comportamento delas, determinando, no entanto, que as medidas relativas a comportamentos não devem ser por prazo indeterminado;

c) *Best practices on Media Mergers*¹¹⁴: versa especificamente sobre concentrações de empresas que atuam no seguimento de mídia.

d) *Best practices on Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers*¹¹⁵: trata sobre a utilização de dois critérios para a apreciação de atos de concentração, quais sejam, o teste de determinação de obtenção de posição dominante (*dominance test*) e o teste de verificação de

¹⁰⁸ OECD. Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation between member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, C(95)130/Final

¹⁰⁹ OECD. Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35(Final)

¹¹⁰ Draft Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries, C(2001)78

¹¹¹ 23 de março de 2005 C(2005)34.

¹¹² *assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus with their jurisdiction*

¹¹³ DAF/COMP (2004) 21 de 23 de março de 2004.

¹¹⁴ DAF/COMP (2003) 16 de 19 de setembro de 2003

¹¹⁵ DAF/COMP (2003) 5 de 11 de fevereiro de 2003

diminuição substantiva dos níveis de concorrência (*SLC test – Substantive Lessening of Competition*);

e) *Best practices on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*¹¹⁶: versa sobre o controle das concentrações conglomeradas, ou seja, aquelas nas quais os agentes participantes da operação não atuam no mesmo seguimento de mercado. As conclusões foram a de que as concentrações conglomeradas tendem a produzir mais efeitos negativos do que positivos quando: a) aumentam o poder de mercado dos agentes pela ligação entre os produtos produzidos, ou seja, quando os produtos produzidos, anteriormente de mercados diversos, passam a ser vendidos/distribuídos em estrita correlação entre eles passando a corresponder a um mesmo seguimento; b) os custos dos concorrentes são aumentados bruscamente; c) os consumidores passam a buscar os produtos somente quando relacionados e não isolados como na posição anterior à concentração; d) os concorrentes consideram impossível ou não lucrativo tentar combater a estratégia de correlacionar os produtos;

f) *Best practices on Merges in Financial Services*¹¹⁷: especificamente sobre concentrações de instituições financeiras. Algumas conclusões foram as de que as atividades eletrônicas dos bancos (*internet banking*) têm particular relevância na definição do mercado relevante e de que concentrações em setores bancários devem ser submetidos a órgãos próprios de defesa da concorrência e não a outros sistemas;.

g) *Best practices on Airline Mergers and Alliances*¹¹⁸: especificamente sobre concentração e cooperação no setor de transporte aéreo.

Como visto a OCDE não tem a pretensão de uniformizar a matéria relativa à proteção de concorrência mediante a celebração de um tratado sobre a matéria. Busca, por outro lado, alternativas consensuais sobre as melhores medidas a serem tomadas pelos seus membros frente a desafios concretos. Segundo DAL RI JUNIOR (2005, p. 655) um dos pontos louváveis da política sobre concorrência dessa organização é ainda a abertura da discussão sobre concorrência a Estados não pertencentes ao seu quadro, para ele, *trata-se de um importante modo de globalizar as iniciativas estatais nesta matéria.*

Já o início do envolvimento da UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development* - com o tema da concorrência e o comércio internacional se deu em 1979 quando

¹¹⁶ DAFPE/COMP (2002) 5 de 24 de janeiro de 2002

¹¹⁷ DAFPE/CLP (2000) 17 de 20 de setembro de 2000.

¹¹⁸ DAFPE/CLP (2000) 1 de 01 de fevereiro de 2000.

foi convocada uma Conferência pelas Nações Unidas destinada a analisar as práticas restritivas ao comércio internacional. A Conferência foi realizada em duas sessões distintas, tendo sido concluída em 22 de abril de 1980, quando foi aprovada uma resolução (resolução nº 35/63) sobre práticas comerciais restritivas.¹¹⁹Essa resolução determinou que seus princípios e regras seriam revistos no período de cinco anos, já sob os auspícios da UNCTAD.

O propósito da resolução era a criação de corpo jurídico, composto de princípios e normas, objetivando regulamentar as práticas comerciais restritivas. No dia 05 de dezembro de 1980 a resolução da Conferência em Práticas Comerciais Restritivas foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU¹²⁰.

Os objetivos dispostos na resolução são: a) evitar que condutas restritivas não impeçam os benefícios derivados da liberalização das barreiras tarifárias, em particular para os países em desenvolvimento; b) atingir maior eficiência no comércio internacional e no desenvolvimento por meio da criação e fomento da tutela da concorrência, do controle da concentração do capital e do fomento às inovações; c) promover e proteger o bem estar social e os interesses dos consumidores; d) eliminar as desvantagens que possam levar as empresas a praticarem condutas restritivas ao comércio e ao desenvolvimento; e) formular uma relação de princípios para o controle das condutas comerciais restritivas. Já os princípios constantes da resolução foram divididos em três categorias: a) princípios acordados em âmbito multilateral para o controle de práticas comerciais restritivas; b) princípios e normas aplicáveis às empresas; e c) princípios e normas a serem seguidos nos âmbitos locais e regionais (DAL RI JUNIOR, 2005, p. 644).

Os princípios acordados em âmbito multilateral referem-se basicamente à necessidade de reforçar a colaboração entre as autoridades nacionais para facilitar o controle das práticas comerciais restritivas e de se idealizar mecanismos adequados para facilitar o intercâmbio de informações. Os princípios com relação à conduta local e regional das autoridades antitruste nacionais tratam basicamente da necessidade da efetiva aplicação das normas tendentes a evitar as práticas anti-competitivas.

De forma bem mais incisiva do que nos estudos realizados no âmbito da OCDE, os trabalhos realizados pela UNCTAD sempre colocaram as diferentes situações entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento em foco. A própria Resolução nº 35/63 (Parte “C”, iii)

¹¹⁹ ONU. Resolution adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices – 22/04/1980.

¹²⁰ A/RES/35/63 - <http://www.un.org/documents/ga/res/35/a35r63e.pdf> - acessado em 12/02/2007.

estabelece que os países em desenvolvimento terão tratamento preferencial e privilegiado, permitindo a aplicação de *waivers*¹²¹ inclusive em matérias como subsídios. Em um estudo realizado para a UNCTAD¹²², LACHMANN (1999, p. 27) sugere que os *waivers* podem ser entendidos como uma compensação pelas desvantagens comerciais apresentadas pelos países em desenvolvimento. O mesmo autor entende, no entanto, que mesmo os *waivers* devem ter prazo limitado de duração.

Os princípios e recomendações são revistos a cada cinco anos na Conferência das Nações Unidas em Política de Concorrência, mas, de modo geral, ainda prevalecem os princípios e recomendações previstos originariamente.

Além da revisão desses princípios, por meio do Grupo Intergovernamental de *Experts* em Direito e Política da Concorrência, a UNCTAD também trabalha na tentativa de uniformização das legislações nacionais antitruste mediante a edição de “leis modelo” sobre defesa da concorrência. Esses modelos de lei têm por objeto nortear a edição de leis em países que ainda não possuam legislação sobre concorrência e sugerir alterações nas já existentes.

A última lei modelo de defesa da concorrência é de 2004¹²³ e é dividida em duas partes. A primeira parte traz possíveis elementos a serem inseridos em uma legislação sobre defesa da concorrência. A segunda parte traz comentários sobre esses elementos e modelos de legislações domésticas já existentes. A parte relativa às concentrações empresariais está nos capítulos sextos tanto da primeira quanto da segunda parte.

O capítulo sexto da primeira parte da lei modelo traz três artigos, o primeiro estabelece quais operações devem ser notificadas às autoridades antitruste, o segundo artigo estabelece quais operações devem ser proibidas e o terceiro versa sobre o procedimento de análise das operações.

De acordo com o artigo primeiro, uma operação de concentração deve ser notificada à autoridade nacional antitruste quando pelo menos uma das partes estiver estabelecida no país e quando o mercado resultante tende a criar domínio de mercado, especialmente em mercados

¹²¹ *Waiver* é uma espécie de declaração oficial de que determinada norma não precisa ser cumprida. Na forma utilizada pela Resolução pode ser entendida como uma isenção aos países em desenvolvimento de aplicarem algumas recomendações contidas nela.

¹²² Disponível em <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/cpdevdimension.pdf> - acessado em 20/02/2007.

¹²³ *Model Law on Competition*. TD/B/RBP/CONF.5/7/Rev. Disponível em <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/Modelaw04.pdf> - acessado em 20/02/2007

altamente concentrados, nos quais existem barreiras à entrada de concorrentes e nos quais não existe produto similar.

O artigo segundo estabelece que a operação de concentração deverá ser proibida quando a operação de concentração aumentar substancialmente a possibilidade de que seja exercido poder de mercado por determinada empresa e que da operação de concentração resulte domínio de mercado (de produto ou de serviço) por determinada empresa no país ou em região do país.

Já o artigo terceiro estabelece um sistema de notificação prévia da operação para as autoridades nacionais. Estabelece ainda que deverá existir um prazo máximo para que autoridade se manifeste sobre a operação caso contrário ela poderá ser realizada. O modelo não traz um prazo específico para essa apreciação.

A segunda parte, por sua vez, traz a conceituação de operações de concentração, os tipos de operações de concentração, modelos de notificações e hipóteses de notificações (tanto em relação ao prazo quanto em relação ao domínio de mercado) e o porque de que seja instituído um sistema de controle das concentrações empresariais.

Como visto, a lei modelo afasta o critério de extraterritorialidade de aplicação de normas antitruste ao prever a notificação de operações somente no caso de que pelo menos uma das empresas envolvidas tenha sede no país. O modelo também não traz hipóteses de exceções (eficiência, políticas públicas, isenções etc.) para a rejeição do ato.

Também é possível perceber que se trata de um modelo bastante sumário, com complexidade e especialidade bastante inferiores ao existente em diversas legislações nacionais, inclusive a brasileira. Nesse sentido, percebe-se que se presta muito mais para nortear autoridades que ainda não possuem legislação sobre defesa da concorrência do que propriamente para harmonizar as legislações já existentes.

2.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO SEGUNDO CAPÍTULO

O presente capítulo pretendeu demonstrar que, da mesma forma que não existe consenso na doutrina sobre como proteger a concorrência impondo restrições às concentrações empresariais, também as normativas nacionais vigentes divergem de modelo para modelo.

Pretendeu demonstrar também que, em virtude especialmente do aumento do volume do comércio internacional e a da atuação das empresas transnacionais, o controle isolado das autoridades nacionais não é mais, por si só, suficiente para regulamentar as operações de concentração que produzem efeitos em diversos territórios.

As primeiras alternativas vislumbradas pelas autoridades nacionais, quais sejam, a edição de cláusulas com aplicação extraterritorial e a celebração de acordos bilaterais também se mostraram insuficientes. A aplicação extraterritorial de normas domésticas, com base na teoria dos efeitos, esbarrou em problemas diplomáticos e na própria eficácia de sua aplicação, condicionada inevitavelmente ao poderio econômico da nação. Os acordos bilaterais, embora tenham reduzido conflitos entre grandes parceiros comerciais, não abarcavam situações nas quais outros países também estivessem envolvidos.

Esses problemas conduziam à necessidade de uma regulamentação multilateral de proteção da concorrência e conseqüentemente da restrição às concentrações empresariais. O presente estudo trouxe os trabalhos e estudos realizados no âmbito da OCDE, da UNCTAD e da OMC.

Tanto os estudos da OCDE da UNCTAD e do grupo de trabalho sobre comércio e política da concorrência da OMC, tiveram o mérito de, além de produzir estudos bastante significativos sobre o tema, proporcionar a cooperação entre as autoridades nacionais em especial no tocante à troca de informações. Ou seja, permitiram uma redução de decisões nacionais conflitantes em virtude de falta de informações ou de técnicas de controle dessas operações.

No entanto ainda restam as hipóteses nas quais, mesmo existindo cooperação com relação à troca de informações, existem interesses divergentes em relação à aprovação ou não de uma operação de concentração. Pela sua própria natureza a OMC seria o foro mais adequado para regulamentar a matéria, já que uma política internacional de concorrência não pode ser dissociada da regulamentação do comércio internacional. Outros fatores que indicam a OMC

como o órgão mais adequado é o fato de possuir uma estrutura institucional que implicaria em redução de custos com relação à criação de um órgão internacional exclusivo antitruste, bem como pelo fato de possuir um órgão de solução de controvérsias bastante efetivo se comparado a outros órgãos internacionais de solução de controvérsias.

Ocorre, entretanto, que as negociações na OMC têm se mostrado bastante difíceis especialmente nos chamados novos temas. Exemplo disso é a decisão de retirar, por prazo indeterminado, a matéria relativa à proteção da concorrência da pauta de negociações, bem como suspender as atividades do grupo de trabalho entre comércio e política de concorrência. Se não foi possível chegar a um consenso sequer em relação à atuação dos *hard core cartels*, tema que parece não apresentar grandes divergências, é difícil imaginar que negociações sobre controle de operações de concentração sejam realizadas tão cedo dentro dessa instituição.

O capítulo subsequente versará sobre as alternativas propostas por outro organismo internacional, a *International Competition Network* – ICN.

CAPITULO III – A PROPOSTA DA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK EM MATÉRIA DE RESTRIÇÃO ÀS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

3.1 AS ORIGENS DA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

Conforme observa BUDZINSKI (2004, p. 2/3) existem três sistemas básicos de regimes internacionais de política concorrencial: a) um sistema mais ou menos anárquico, com aplicações autônomas da doutrina dos efeitos; b) um sistema de harmonização internacional por meio da edição de uma normativa internacional antitruste e da criação de uma autoridade internacional antitruste; e c) coordenação sistemática de políticas de defesa da concorrência por meio de um sistema multilateral de cooperação.

A proposta formulada pela International Competition Network – ICN pode ser inserida dentro do terceiro tipo de regime.

As origens da ICN remontam à formação, nos Estados Unidos em 1997 do International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC. Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, os Estados Unidos sempre foram contrários à celebração de um tratado internacional sobre defesa da concorrência e criaram esse comitê para estudar alternativas para a proteção internacional da concorrência. O comitê era composto por autoridades norte americanas, acadêmicos especialistas em direito antitruste, advogados que atuavam com direito antitruste e representantes de indústrias. Conforme disposto no relatório final emitido pelo ICPAC¹²⁴, em fevereiro de 2000, os trabalhos do comitê deveriam dar atenção especial a três tópicos, quais sejam, a revisão das concentrações multijurisdicionais, a interface entre comércio e política de concorrência e as futuras direções a serem tomadas pelas autoridades norte americanas com relação à cooperação em matéria de concorrência com seus parceiros comerciais.

Nesse relatório final o ICPAC aponta no seu parecer¹²⁵ que a OMC não deve inserir normas concorrenciais diversas das já existentes em seu sistema. Os motivos apresentados são de três ordens: a) a própria natureza das negociações na OMC, que poderia distorcer os padrões de concorrência; b) a possibilidade dos painéis do órgão de solução de controvérsias interferir em

¹²⁴ <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/tableofc.htm> - acessado em 21/02/2007.

¹²⁵ Deve ser feita a ressalva que o parecer é da maioria dos membros do comitê, e não unânime. Eleanor Fox, da Universidade de Nova York e membro do comitê, por exemplo, possui entendimento em sentido diverso.

práticas locais regulatórias; e c) a impropriedade de exigir que todos os membros da OMC possuam legislações de proteção à concorrência.¹²⁶

Como alternativa à regulamentação pela OMC da matéria relativa à proteção da concorrência, o ICPAC sugeriu a criação de um foro multilateral de negociação informal sobre proteção internacional da concorrência. Além dos Estados Unidos, autoridades antitruste de outros doze países acataram a idéia e criaram a ICN. Também a Comunidade Européia, embora mantenha a posição de preferência pela OMC como foro para regular a matéria concorrencial, desde o início fez parte dos quadros da ICN.

Antes, no entanto, de passar ao estudo das propostas da ICN convém mencionar outras conclusões e recomendações apresentadas pelo ICPAC que nortearam as atividades da ICN.

O relatório final apresentado pelo ICPAC é composto por um sumário explicativo e por seis capítulos: 1) globalização e suas implicações para a cooperação em antitruste; 2) concentrações multijurisdicionais: facilitando a convergência substantiva e reduzindo os conflitos; 3) concentrações multijurisdicionais: facilitando o processo de revisão por meio de reformas alvejadas; 4) reforço internacional anti-cartel e reforço da cooperação entre agências; 5) onde comércio e concorrência se cruzam; 6) preparação para o futuro.

Com exceção do primeiro capítulo, que descreve a atuação do ICPAC e comentários sobre economia mundial e política da concorrência, todos os demais capítulos trazem recomendações sobre tópicos a serem abordados no novo foro multilateral a ser criado.

No capítulo segundo as recomendações são: a) a revisão dos atos de concentração econômica deve ocorrer com total transparência. No caso de concentrações com impactos transfronteiriços a transparência se dá com a edição de relatórios enviados às outras autoridades envolvidas indicando quais são os princípios utilizados na decisão de aprovar ou rejeitar o ato; b) a revisão dos atos de concentração não deve levar em conta a nacionalidade das empresas envolvidas; c) salvo poucas exceções, como, por exemplo, segurança nacional, fatores não

¹²⁶ *At this juncture, the majority of the Advisory Committee believes that the WTO as a forum for review of private restraints is not appropriate. Given the limited likely results, the risks and the lack of international consensus on the content or appropriateness of rules or dispute settlement in this area, this Advisory Committee believes that the WTO should not develop new competition rules under its umbrella. Various concerns animate the Advisory Committee's skepticism toward competition rules at the WTO, including the possibility that the quid pro quo nature of WTO negotiations could distort competition standards; the potential intrusion of WTO dispute settlement panels into domestic regulatory practices; and the inappropriateness of obliging countries to adopt competition laws. While recognizing that in some instances it may not be a fully satisfactory result, the Advisory Committee believes that national authorities are best suited to address anticompetitive practices of private firms that are occurring on their territory.*

concorrenciais não devem ser utilizados nos procedimentos de revisão de atos de concentração; d) as nações devem reconhecer que os interesses dos competidores não são necessariamente os mesmos dos consumidores; e) um procedimento de cooperação entre agências em duas etapas: na primeira etapa as agências dos países envolvidos analisam isoladamente a operação e emitem seu parecer sobre a aprovação, rejeição ou utilização de ‘remédios’ contra efeitos não competitivos e enviam para as outras autoridades envolvidas, na segunda etapa são negociadas a aprovação/rejeição do ato e os ‘remédios’ propostos; e f) cada nação deve estabelecer de forma clara e transparente quais são os critérios de confidencialidade dos documentos das partes envolvidas na operação.

Algumas das recomendações trazidas no capítulo terceiro são: a) sistema de notificação prévia da operação de concentração; b) as autoridades locais devem evitar analisar operações que não tenham umnexo efetivo com a economia local criando um teste prévio de correlação da operação com o mercado local¹²⁷; c) uma espécie de procedimento sumário para análises de concentração com reduzidos possíveis efeitos anticompetitivos; d) prazo de 30 dias para a realização da primeira etapa do procedimento de revisão do ato (vide recomendações do segundo capítulo); e e) lista de documentos reduzida ao estritamente necessário na primeira fase de análise da operação.

Recomendações trazidas no quarto capítulo: a) aumentar a troca de informações e experiências, em especial pelas autoridades norte-americanas, no combate aos cartéis internacionais como forma de incrementar a cooperação internacional no combate aos cartéis; b) estabelecimento de critérios transparentes na determinação de confidencialidade de documentos em investigações transfronteiriças; e c) prover assistência técnica, em especial pelas autoridades norte-americanas, aos países sem experiência e tradição em matéria de proteção à concorrência.

O capítulo quinto, além de desqualificar a OMC como foro apropriado para regulamentar o direito internacional concorrencial, ainda sugere que as autoridades norte-americanas celebrem outros tratados bilaterais em matéria antitruste, utilizando como modelo os acordos firmados com a Comunidade Européia.

O capítulo sexto sugere a criação de um foro de discussão, composto por autoridades antitruste nacionais, organizações internacionais, organizações não governamentais e

¹²⁷ Vale aqui citar a Súmula nº 1 editada pelo CADE, *verbis*: Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

representantes da iniciativa privada, sobre soluções comuns para os problemas internacionais de concorrência.¹²⁸ Sugere ainda a criação de um sistema de mediação para a solução de possíveis conflitos.

Como visto, os estudos do ICPAC sempre atribuíram particular importância aos problemas proporcionados pelas concentrações empresariais com efeitos transnacionais. Essa preocupação é refletida também nos trabalhos da ICN, conforme será estudado nos tópicos subseqüentes.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que o ICPAC não somente afastou de seus estudos matérias entendidas como não concorrenciais, como sugeriu em suas conclusões que elas, salvo pequenas exceções, sequer devem fazer parte dos procedimentos de revisão dos atos de concentração.

¹²⁸ *The Advisory Committee recommends that the United States explore the scope for collaborations among interested governments and international organizations to create a new venue where government officials, as well as private firms, nongovernmental organizations (NGOs) and others can exchange ideas and work towards common solutions of competition law and policy problems. The Advisory Committee calls this the "Global Competition Initiative."*

3.2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A ICN

A ICN foi criada em outubro de 2001 em Nova York contando, na sua origem, com 14¹²⁹ autoridades de órgãos antitruste de todo o mundo. Conforme disposto no website dessa organização¹³⁰, a ICN é o único corpo internacional devotado exclusivamente ao direito antitruste. A participação é voluntária e aberta para qualquer autoridade nacional ou multinacional relacionada com a proteção da concorrência. A ICN conta hoje com membros de 93 autoridades antitruste de 82 diferentes jurisdições¹³¹. Também participam da ICN organizações não governamentais, comunidades acadêmicas, setores privados relacionados à concorrência e ainda outros organismos internacionais, como a OCDE e a UNCTAD.

A proposta da ICN é ser uma rede informal de negociação e informação, onde serão produzidos materiais tendentes à uniformização das legislações nacionais sobre a defesa da concorrência. A rede também tem como proposta facilitar o intercâmbio de informações entre as diferentes autoridades antitruste.

De acordo com o memorando de estabelecimento e operação da ICN¹³², a rede não pretende substituir ou organizar os trabalhos realizados pelas autoridades nacionais e pelos outros organismos internacionais de proteção à concorrência, bem como não exercerá qualquer procedimento judicial tendente à solução de conflitos. A intenção da ICN é propiciar oportunidades para que as autoridades nacionais cheguem a um consenso por meio de encontros organizados por ela. A implementação ou não das decisões tomadas na ICN, no entanto, é de livre arbítrio das autoridades nacionais.

¹²⁹ Austrália, Canadá, União Européia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coréia, México, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos e Zâmbia

¹³⁰ *The ICN is unique. It is the only international body devoted exclusively to competition law enforcement. Membership is voluntary and open to any national or multinational competition authority entrusted with the enforcement of antitrust laws. The ICN does not exercise any rule-making function. The initiative is project-oriented, flexibly organized around working groups, the members of which work together largely by Internet, telephone, fax machine and videoconference. Annual conferences and meetings provide opportunities to discuss these projects and their implications for enforcement. Where the ICN reaches consensus on recommendations, or "best practices", arising from the projects, it is left to the individual competition authorities to decide whether and how to implement the recommendations, through unilateral, bilateral or multilateral arrangements, as appropriate.* <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/aboutus.html> - acessado em 04/06/2006

¹³¹ <http://www.cade.gov.br/Internacional/ICN.pdf> – acessado em 02/08/2006

¹³² http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_1st_naples_2002/mou.pdf – acessado 21/02/2007.

Como a ICN produz normas de comprimento voluntário¹³³, seus idealizadores acreditam que suas formulações produzirão efeitos em virtude de dois motivos: a) um convergência cognitiva de interesses em virtude de uma interação permanente e b) pressão pública para a adoção das melhores práticas discutidas e propostas.

O entendimento expressado pelos idealizadores da ICN no relatório final do ICPAC é o de que muitos dos conflitos relacionados com operações transfronteiriças não possuem sua origem em divergências encontradas nas legislações nacionais sobre defesa da concorrência, mas, em diferentes pontos de vista sobre os efeitos anti-competitivos de uma prática restritiva, em diferentes formas de avaliação dos fatos e atos analisados e, por vezes, em desconhecimento dos próprios fatos. Segundo eles, os métodos utilizados pelos Estados Unidos (diminuição substancial da concorrência) e pela União Européia (domínio de mercado) para proibição de concentrações, por exemplo, possuem mínimas diferenças substanciais que poderiam ser ainda abrandadas em caso de cooperação desde o início do procedimento de avaliação da concentração. Nesse caso, a troca de informações e em especial a discussão sobre os elementos utilizados na avaliação dos fatos, conduziria a uma convergência cognitiva de interesses e reduziria possíveis conflitos futuros.

O segundo aspecto apontado consiste no fato de que a rede será composta por autoridades de diversas nacionalidades e suas *guidelines* ou *best and recommended practices* serão editadas de acordo com o entendimento, pelo menos majoritário, dessas autoridades ou de especialistas. A consequência é que essas recomendações serão entendidas efetivamente com as melhores alternativas frente a determinados problemas, propiciando uma pressão, tanto pública quando privada, para que essas recomendações sejam efetivamente aplicadas pelas autoridades nacionais.

¹³³ Sobre a utilização de normas na forma de *soft law* por organizações internacionais: *Theoretical accounts of European integration see supranational rules and the degree of delegation as a response to mounting societal pressure for common rules, a way to handle incomplete contracting, or a means to achieve efficient bargaining outcomes. Yet they have more difficulties in answering why governments would choose soft law since it does not conform to any of these expectations. The principal-agent framework suggests that delegation is rational if the reduction in transaction-costs outweighs agency losses, if future defection is likely, and if policy conflicts among the negotiators are low. Inverting this logic we can argue that governments shy away from delegation if they fear that supranational agents misuse their autonomy or if there is a deep disagreement. In these cases cooperation does not necessarily end, but it may take the form of soft law. Introducing multilateral surveillance is but one technique to avoid the failure of international negotiations. Taking this insight into account would prevent some of the writing on the OMC from making heroic assumptions on the reason why it has become so popular among governments in recent years.* (SCHAFER, 2006, p. 208)

Ou seja, o principal objetivo da ICN é tentar reduzir os conflitos internacionais em matéria antitruste por meio de um reforço do processo de cooperação entre os países, propiciando uma interação contínua entre essas autoridades e criando, por consequência, uma cultura concorrencial comum entre as autoridades nacionais e o estabelecimento de padrões internacionalmente aceitos em matéria de concorrência (BUDSINSKI, 2004, p.12).

3.2.1. A Estrutura Institucional da ICN

A ICN é dirigida pelo *steering group*, composto por representantes de 15 diferentes autoridades, tanto de países desenvolvidos quanto em desenvolvimento. O mandato de cada autoridade é de dois anos. As funções do *steering group* são as de designar e recomendar a composição dos grupos de trabalho da rede, revisar os planos de trabalho preparados pelos grupos, distribuir documentos e agendas nas conferências e encontros e aprovar a agenda e a participação de não membros nas Conferências da organização.

A ICN não possui um secretariado permanente, sendo que as atividades são conduzidas nos países que recebem as Convenções anuais da rede. O custeio das atividades relativas à Convenção anual é de responsabilidade do país hospedeiro da Convenção. Os demais custos são arcados pelos próprios membros à medida de suas necessidades. Até hoje foram realizadas cinco conferências da organização¹³⁴. A sexta conferência será realizada em Moscou em maio e junho de 2007.

Atualmente existem seis grupos de trabalho na International Competition Network, alguns deles ainda divididos em subgrupos. Os grupos de trabalho atuais são referentes a: implementação de política de concorrência, cartéis, associação, concentrações, estrutura operacional e condutas unilaterais. A ICN ainda contou com os outros três grupos que já concluíram seus trabalhos: telecomunicações; aplicação de normas antitruste em setores regulados; e *competition advocacy*.

¹³⁴ Nápoles/2002; Mérida/2003; Seul/ 2004; Bonn/ 2005 e Cidade do Cabo/2006.

3.2.2. O Grupo de Trabalho Sobre Implementação de Política da Concorrência

O grupo sobre implementação de política da concorrência (*competition policy implementation*) tem por objeto a identificação dos elementos para a criação de estruturas administrativas eficientes em matéria antitruste para os países em desenvolvimento e para os países de economia em transição.

Esse grupo é atualmente subdividido em três subgrupos: a) *the effectiveness of technical assistance*; b) *enhancing the standing of competition authorities with business experiences of young agencies*; c) *competition and the judiciary*.

A direção geral do grupo é atualmente exercida em parceria pela brasileira Elizabeth Farina, do CADE, e pelo sul-coreano Dongkyu Lee.

O subgrupo sobre a efetividade da assistência técnica tem por objeto desenvolver um projeto que assegure que a assistência técnica fornecida a países com pouca tradição em direito antitruste seja efetiva. O foco dos trabalhos está em identificar as modalidades já existentes e verificar quais modelos de assistência técnica funcionam melhor nos mais variados estágios de desenvolvimento das agências antitrustes.

O subgrupo de trabalho iniciou suas atividades na conferência de Mérida em 2003 e produziu dois importantes estudos, um modelo de parceria entre agências e um modelo de consultas entre agências. Cada agência participante apresentou um documento indicando sobre quais atividades é apta para responder consultas de outras agências¹³⁵. O plano de trabalho para os anos de 2006 e 2007, cujo resultado será apresentado na conferência de Moscou em junho de 2007 estabelece três pontos específicos: 1) expandir os modelos de parceria e consultas a outras agências ainda não participantes e garantir total publicidade de seus trabalhos a novas agências; 2) elaborar um documento explicativo indicando as finalidades do subgrupo e os motivos pelos quais a assistência técnica é necessária; e 3) manter e dar publicidade à relação de agências que se dispuseram a dar assistência a outras agências.

Participam do subgrupo de trabalho autoridades de 22 países e da Comunidade Européia. O Brasil é representado no subgrupo tanto pelo CADE quanto pela SDE.

¹³⁵ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/competition-policy-implementation/the-effectiveness-of-technical-assistance/proposed-work-plan-2006-2007> - acessado em 23/02/2007

Representantes da OMC e consultores especializados, como Eleanor Fox da Universidade de Nova York e Tad Lipski da American Bar Association, também participam do subgrupo.

O segundo subgrupo de trabalho tem por objeto avaliar as dificuldades enfrentadas pelas novas autoridades antitruste. O subgrupo reconhece que modelos institucionais advindos de outros países podem não ser tão facilmente adaptáveis a realidades culturais, políticas e especialmente administrativas locais. Para tanto, o subgrupo se propõe a estudar qual é a estrutura funcional e administrativa necessária para implementar um sistema de controle da concorrência que assegure qualidade técnica nas decisões, efetiva implementação dessas decisões e respeito a princípios de justiça natural e devido processo legal. O plano de trabalho para os anos de 2006 e 2007 estabelece que o objetivo não é estabelecer recomendações, mas, elaborar um relatório com a estrutura institucional de países com maior tradição em defesa da concorrência para que as novas agências possam se valer das experiências das agências mais antigas. Dentre os pontos específicos de estudo estão o processo de investigação de práticas anti-concorrenciais, mecanismos que garantam uma análise econômica (isenta de conotação política) da prática anti-concorrencial, normas de comunicação tanto internas quanto e externas e prazo para o término de investigações de práticas anti-competitivas.

O terceiro subgrupo, por fim, estuda as inter-relações entre as autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário. O subgrupo é bastante recente, tendo iniciado suas atividades em 2005, e ainda não produziu trabalhos significativos. A direção do grupo e também de Elizabeth Farina do CADE, em parceria com o chileno Radoslav Depolo. O plano de trabalho para 2006 e 2007 é a elaboração de análises de casos que serão apresentados na conferência de Moscou. Participam desse subgrupo autoridades do Brasil (CADE), Chile, Turquia e Canadá.

As atividades desse grupo de trabalho são estreitamente ligadas às práticas de revisão dos atos de concentração, tendo em vista que um mecanismo de revisão adequado depende de instituições capazes para tanto.

3.2.3. O Grupo de Trabalho Sobre Cartéis.

O grupo de trabalho sobre cartéis é um dos grupos mais ativos na ICN. Ele é dividido em dois subgrupos (*general legal framework* e *enforcement techniques*) e trabalha com as

dificuldades de implementação de políticas domésticas e internacionais para o combate dos cartéis. O grupo foi criado na terceira conferência da ICN em 2004.

O primeiro subgrupo de trabalho (*general legal framework*) concentra seus trabalhos no comportamento dos *hard core cartels* e tem por objetivo estudar qual é a estrutura institucional básica necessária para detectar, investigar e punir a ação desses grupos. Dentre os trabalhos apresentados até agora por esse subgrupo se destaca a edição de um manual que define a conduta dos cartéis e dispõe sobre quais são as instituições e penalidades eficazes para o seu combate (*Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*¹³⁶). Nesse documento a ICN destaca que existem pontos comuns na definição e no entendimento do que seja um *hard core cartel*, mas que também existem diferenças nas concepções nacionais em relação às condutas por eles praticadas, o que dificulta uma conceituação geral sobre o que seja um *hard core cartel*¹³⁷. O plano de trabalho para 2006 e 2007 desse subgrupo estabelece três linhas de atuação: 1) obstruções às investigações dos cartéis; 2) cooperação internacional e troca de informações; e 3) interações entre condutas públicas e privadas no combate aos cartéis.

O segundo subgrupo de trabalho (*enforcement techniques*) concentra suas atividades na busca de efetividade no combate à atuação dos *hard core cartels*. Conforme disposto no website da ICN, os dois veículos utilizados pelo subgrupo nos seus trabalhos são o *Anti-Cartel Enforcement Manual*, editado originariamente em 2005, e os *workshops* anuais sobre cartéis. Esse subgrupo de trabalho já editou até o momento três documentos na forma de *Best Practices*,

¹³⁶ http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Building_Blocks.pdf - acessado em 23/02/2007

¹³⁷ *With respect to the key elements of a hard core cartel and the enforcement priority such cartels demand, antitrust enforcers speak a common language. There is widespread agreement among jurisdictions that the essence of hard core cartel conduct is that the consumer believes he or she is making a purchase in a competitive market when, in reality, conspirators secretly agreed not to compete. There is also widespread agreement that prosecution of such activity should be a top enforcement priority because hard core cartels, "the most egregious violations of competition law," raise prices, restrict supply, reduce innovation, and can lead to artificially concentrated markets, waste, and inefficiency.*

However, certain definitional and analytical details reveal that the common language of anticartel enforcement has many dialects. Jurisdictional differences in the scope of definition of cartel conduct and the application of its prohibition are seen in the varying specificity of prohibitions and specific exemptions from the law, as well as in the categorization of vertical conduct. Analytical standards can differ depending on whether a jurisdiction treats hard core behavior as a per se offense or one entitled to an effects evaluation.

As seen from the OECD experience, one common definition that addresses all aspects of defining and analyzing a hard core cartel is not attainable due to these differences. However, these differences have not obscured the anti-cartel consensus that has led to a strengthening of enforcement around the world and increased cooperation among jurisdictions.

um deles sobre moldes de legislações anti cartéis, outro sobre recolhimento digital de evidências de cartéis¹³⁸ e o último sobre a criação e implantação de um programa de leniência¹³⁹.

Participam hoje do grupo de trabalho sobre cartéis autoridades de 33 países e da União Européia. O Brasil é representado no grupo sobre cartéis pela SDE e, atualmente, o Secretário de Direito Econômico Brasileiro, Daniel Goldberg, divide a direção do subgrupo *general legal framework* com o norte-americano Scott Hammond, da divisão antitruste do departamento de justiça dos Estados Unidos.

3.2.4 O Grupo de Trabalho Sobre Condutas Unilaterais

Esse é o grupo de trabalho mais recente da ICN. Criado em maio de 2006 tem por objeto o estudo dos desafios relacionados às práticas anti-competitivas unilaterais de empresas que detenham domínio de mercado ou poder de mercado.

Esse grupo de trabalho também é dividido em dois subgrupos, um (*the objectives subgroup*) responsável pela verificação de quais são os objetivos das legislações domésticas com relação a proibições ou sanções a condutas unilaterais. E o outro (*assessment of dominance/market power subgroup*) responsável por estudar as definições de domínio e poder de mercado.

Como o estabelecimento do grupo é bastante recente, ainda não foi editado por ele nenhum trabalho. O início de suas atividades se deu com o envio às autoridades nacionais de um questionário¹⁴⁰ envolvendo questões sobre os objetivos das restrições a condutas unilaterais nas legislações locais, conceitos utilizados de domínio de mercado e poder de mercado e monopólios

¹³⁸ De acordo com o documento, evidência digital: *is all digital information that may be used as evidence in a case. The gathering of the digital information may be carried out by confiscation of the storage media (data carrier), the tapping or monitoring of network traffic, or the making of digital copies (forensic images, file copies, etc), of the data held. Although hard copy print outs of digital information are not digital evidence in the strict sense of this definition, it is considered a starting point for applying digital evidence gathering in the future.*

¹³⁹ Acordo de leniência é normalmente entendido como um acordo entre as autoridades concorrenciais e uma empresa envolvida em um prática anticoncorrencial, notadamente em cartéis, eximindo-a de determinadas penalidades quando ela delata a prática anti-competitiva e os outros agentes envolvidos. A lei brasileira de proteção à concorrência estabelece no seu artigo 35-B, *verbis*, que: A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo...

¹⁴⁰ http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/questionnaire/ICN_UCWG_Questionnaire.pdf

estatais ou com autorização estatal. Autoridades de 34 países, dentre os quais do Brasil e da União Européia, já responderam o questionário¹⁴¹.

O plano de trabalho para os anos de 2006 e 2007 estabelece os seguintes tópicos a serem abordados pelos subgrupos: a) subgrupo sobre objetivos: compilar e montar um relatório com as informações enviadas pelos membros sobre os objetivos a serem alcançados com as proibições de atos unilaterais dando especial atenção a países com forte atuação estatal direta na economia e nas quais houve recente privatização de empresas estatais; com base nos dados colhidos montar um documento com objetivos comuns apresentados pelos membros da forma de *guiding principles*; b) avaliações de domínio e poder de mercado: com base nos documentos enviados pelos membros, formular um relatório sobre um possível consenso em relação aos conceitos de domínio de mercado e poder de mercado.

3.2.5 Os Grupos Sobre Associação e Estrutura Operacional

Os grupos sobre associação e estrutura operacional foram criados para resolver problemas associados à própria estrutura da organização.

O primeiro tem por missão aumentar o número de membros da rede encorajando autoridades nacionais e multinacionais a associarem-se à rede por meio da divulgação e promoção dos objetivos e missões da ICN. A direção do grupo de trabalho sobre associação é do órgão sul-coreano responsável pela defesa da concorrência, o *Competition Policy Bureau* do *Korea Fair Trade Commission*. A entrada de membros advindos de autoridades nacionais antitruste é bastante simples, basta o envio de uma correspondência ao grupo de associação indicando o desejo de fazer parte dos quadros da instituição, no *website* da ICN existe inclusive um modelo de correspondência. Outras partes interessadas, como acadêmicos ou representantes de indústrias etc., também são encorajados a participar do foro de discussão da rede, enviando aos diretores dos grupos de trabalho sua intenção de participar das discussões e indicando os motivos pelos quais sua participação pode ser útil à discussão. A entrada dos participantes não estatais fica sujeita, no entanto, a convite realizado pela direção dos grupos de trabalho.

¹⁴¹<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/unilateral-conduct/unilateral-conduct-working-group-questionnaire-and-responses> - acessado em 23/02/2007.

O grupo de trabalho sobre estrutura operacional tem por objeto assegurar os meios necessários para que a ICN desenvolva suas atividades, tais como estrutura administrativa e provisão de fundos.

3.2.6 Os Grupos Já Extintos: Telecomunicações, Concorrência em Setores Regulados e *Advocacy*

O grupo de trabalho sobre telecomunicações foi estabelecido pela conferência de Bonn, em 2005, já com a previsão de que atuaria somente até a conferência de 2006 na Cidade do Cabo. Seu objetivo era avaliar, especificamente em relação ao setor de telecomunicações, as dificuldades enfrentadas pelas autoridades antitruste, relacionadas ao rápido progresso tecnológico desse setor. Outra preocupação era o fato de que os serviços de telecomunicações na maioria dos membros ou são prestados diretamente pelos estados ou são áreas altamente reguladas.

O grupo de trabalho apresentou seu relatório final¹⁴² e uma série de recomendações, na forma de *best and recommended practices*¹⁴³ na Cidade do Cabo em maio de 2006. A conclusão foi a de que os avanços tecnológicos e a crescente liberalização do mercado permitem que a concorrência passe a representar um papel mais importante nesses setores. Algumas recomendações apontadas foram de que: a) deve-se assegurar que as normas de concorrência sejam aplicadas ao setor de telecomunicações; b) caso persista a regulação, assegurar que os órgãos de defesa de concorrência e de regulação específica das telecomunicações ajam de forma coordenada para evitar conflitos de competência; c) a regulação não deve discriminar possíveis concorrentes; d) a regulação deve ser usada somente para criar ou manter apropriados incentivos ao mercado.

O grupo de trabalho sobre concorrência em setores regulados, criado na Conferência de Mérida em 2003, tinha por objeto discutir os seguintes problemas: 1) Quais são os limites de uma autoridade antitruste em setores regulados? 2) Qual é a competência e quais são os graus de

¹⁴²http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/Reportofthe_Telecoms_WorkingGroup.pdf - acessado em 24/02/2007

¹⁴³http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/SuggestedBestPractices.pdf - acessado em 24/02/2007

cooperação entre agências reguladoras e agências antitruste? 3) Quais são as experiências existentes em setores regulados e proteção da concorrência?

O grupo de trabalho encerrou suas atividades na Conferência de Bonn em 2005, tendo editado três documentos na forma de *best practices*, um sobre interações entre agências reguladoras e autoridades antitruste e outras duas sobre concorrência no setor bancário.

O grupo de trabalho concluiu que não existe um sistema ótimo de relação entre agências reguladoras e autoridades antitruste.¹⁴⁴ A principal preocupação dos órgãos de proteção da concorrência deve ser buscar meios concretos para que os setores regulamentados sejam o máximo possível pró-concorrência.

O terceiro dos grupos de trabalho já encerrados, o de *competition advocacy*¹⁴⁵, tinha por escopo coletar, analisar e distribuir informações sobre defesa da concorrência para discussão entre os membros. O grupo era composto por quatro subgrupos de trabalho: centro de informações; modelos de previsões; estudos setoriais e técnicas práticas. O objetivo principal do grupo era fornecer subsídios para que os membros, por meio das recomendações estabelecidas, convencessem outras autoridades públicas em matéria antitruste, em especial em setores regulados, de se absterem de praticar medidas anti-competitivas desnecessárias. A intenção era estabelecer uma cultura sobre proteção da concorrência com o intuito de evitar conflitos entre diferentes autoridades. A defesa dos interesses de uma autoridade antitruste contra outra autoridade se daria por meio dessa promoção da cultura sobre concorrência e não por meio de um mecanismo de solução de controvérsias.

¹⁴⁴ *There is a fairly wide range of possible ways to organize the relations between competition agencies and sector regulators. Admittedly, the performance and efficiency of existing systems as comprehensive competition-oriented regulatory frameworks differ across jurisdictions. Such acknowledgment immediately raises the issue of whether one particular model amongst the existing ones is intrinsically superior to the others. Perhaps future developments will settle this argument.*

For the time being, though, empirical evidence is clearly lacking for a definitive conclusion. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group – Report to the fourth ICN annual conference, Bonn, Junho de 2004 – Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Interrelations_Between_Antitrust_and_Regulation.pdf - acessado em 24/02/2007.

¹⁴⁵ De acordo com o documento *Advocacy and Competition Policy*, disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_1st_naples_2002/advocacyfinal.pdf - acessado em 24/02/2007, o termo *competition advocacy*: *refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*

Esse grupo de trabalho não chegou a editar nenhum documento na forma de recomendações ou *best practices*.

3.3. O GRUPO DE TRABALHO SOBRE CONCENTRAÇÕES

O grupo de trabalho sobre concentrações, ou *working group on mergers*, segundo disposto no website da ICN, tem três objetivos: a) obter efetividade nos mecanismos nacionais de revisão das concentrações; b) facilitar a convergência substantiva e de procedimentos; e c) reduzir o tempo e o custo, públicos e privados, em revisões multijurisdicionais.

O grupo é dividido em dois subgrupos de trabalho, um sobre notificação e procedimentos e outro sobre investigação e análise de concentrações, inicialmente intitulado de subgrupo de trabalho sobre estrutura analítica para o controle das concentrações. Os tópicos subsequentes abordarão os principais trabalhos produzidos pelo grupo de trabalho em concentrações por meio dos seus subgrupos.

3.3.1. O Subgrupo sobre Investigação e Análise de Concentrações

O subgrupo sobre investigação e análise de concentrações, tem por foco o estudo dos padrões substantivos para a proibição das concentrações, as técnicas de investigação no processo de revisão das concentrações, os critérios para a aplicação desses padrões e as ferramentas e técnicas usadas para desenvolver evidências adequadas no processo de revisão.

Para a primeira conferência da ICN, em Nápoles em 2002, esse subgrupo de trabalho preparou um estudo¹⁴⁶ sobre os propósitos do controle de concentrações e de temas a serem discutidos no seu âmbito de trabalho.

Esse estudo aponta para o fato de que as concentrações, embora conduzam a um aumento na eficiência econômica das empresas também podem propiciar situações de poder de mercado. Para fins concorrenciais, somente existe sentido na restrição das concentrações que criem situações de poder de mercado. O principal objetivo do controle das concentrações é prevenir os efeitos anti-competitivos propiciados pelas concentrações por meio da aplicação de remédios, incluindo a proibição, se necessária. A política de controle das concentrações busca evitar mudanças estruturais que causariam danos aos incentivos à concorrência.

¹⁴⁶ *The Analytical Framework for Merger Control*. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_1st_naples_2002/afsguk.pdf - acessado em 28/02/2007

O estudo se questiona se o foco da política de controle de concentrações deve ser a preservação da concorrência em si, a proteção do bem estar dos consumidores ou a garantia da eficiência econômica. A conclusão é a de que esses pontos normalmente coincidem, tendo em vista que um processo competitivo normalmente promove eficiência na alocação de recursos, eficiência no processo produtivo e incentivo à inovação com a entrada de novos e melhores produtos no mercado. O problema se dá quando esses objetivos não coincidem, para tanto são apontados os pontos que deverão ser discutidos e tratados pelo grupo de trabalho em concentrações:

1) Para que serve o controle das concentrações? Os objetivos do controle das concentrações devem ir além da manutenção da condição de concorrência? Quais objetivos de política pública podem/devem ser buscados no controle das concentrações?

2) Quais tipos de concentração devem ser revistos?

3) Quando razões de eficiência econômica devem ser consideradas nos procedimentos de controle?

4) Podem ser estabelecidos remédios nos controles de revisão que criem situações diferentes das existentes antes da concentração?

5) Onde já existe convergência internacional em matéria de controle de concentrações? Qual é o custo da falta de convergência?

Na terceira conferência dos membros, realizada em Seul em 2004, foi apresentado pelo grupo de trabalho uma proposta de projeto sobre *mergers guidelines*¹⁴⁷.

O início do trabalho para a edição de um modelo de *guidelines* a ser seguido e/ou editado pelos membros da ICN se deu com a identificação e o estudo comparativo de *guidelines* editada pelos membros da rede. A proposta era buscar pontos semelhantes e divergentes entre elas e, com base nos resultados, identificar quais são consideradas pelas autoridades nacionais as melhores práticas em relação à restrição das concentrações.

O subgrupo identificou 26 jurisdições que possuíam *mergers guidelines* e concentrou suas atividades sobre as doze¹⁴⁸ que considerou mais expressivas. Participaram das atividades,

¹⁴⁷http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/amg_chap1_overview.pdf - acessado em 28/02/07

¹⁴⁸ Austrália, Brasil, Canadá, União Européia, Finlândia, Alemanha, Irlanda, Japão, Nova Zelândia, Romênia, Reino Unido e Estados Unidos.

além de representantes de autoridades nacionais, representantes de dezesseis firmas privadas de advocacia, em especial norte-americanas e inglesas.

Guidelines são entendidas como diretivas ou informações de como as autoridades pretendem aplicar as leis e regulamentos nas suas respectivas jurisdições.

Reconhecendo que seria impossível examinar todos os aspectos presentes nas *guidelines* existentes o subgrupo decidiu examinar cinco áreas que considerou mais significativas: a) definição de mercado; b) efeitos unilaterais; c) efeitos coordenados; d) barreiras à entrada; e e) eficiências.

As conclusões gerais foram a de que as diretivas comparadas têm muito em comum. Existe uma aceitação praticamente universal, na definição do mercado relevante, de que o melhor teste de definição é o do monopolista universal e que a definição do mercado é somente uma ferramenta para uma análise caso a caso das concentrações.

De acordo com o estudo, o principal objetivo de controle das concentrações nas doze diretivas analisadas é a identificação e prevenção de transações que criem ou aumentem poder de mercado. O critério mais utilizado para a determinação de possível existência de poder de mercado é o de participação no mercado.

O grupo entendeu que a maioria das diretivas usam conceitos e ferramentas similares na identificação do mercado relevante material, independentemente do teste substantivo empregado. As diretivas também apresentam uma grande aproximação com relação à definição do mercado relevante geográfico, mesmo algumas jurisdições indicando que a concorrência internacional será levada mais em consideração do que o mercado local na avaliação da situação de concorrência.

O estudo entendeu, no entanto, que as diretivas variam consideravelmente em relação a outros critérios de definição de mercado, como, por exemplo, a matéria relativa às trocas entre empresas nas concentrações verticais e o critério temporal de mercado relevante, o que demanda a edição de outras *guidelines* para explicitar a dimensão e o alcance desses conceitos.

Com relação aos efeitos unilaterais, entendidos como a possibilidade de que uma concentração permita que a empresa resultante possa interferir na fixação de preços por meios de seus próprios atos sem a necessidade de cooperação com os seus concorrentes, o estudo apontou que um existe um consenso razoável nas *guidelines* estudadas de que uma maior divisão do

mercado é um indicador *prima facie* de condutas unilaterais desejáveis¹⁴⁹. O estudo também apontou que as preocupações com condutas unilaterais estão estreitamente associadas com a noção de domínio de mercado.

As dificuldades residem, por outro lado, na forma pela qual as *guidelines* aplicam os critérios de concentração de mercado em relação aos possíveis atos dos agentes e na própria definição de domínio e divisão de mercado. Por exemplo, algumas jurisdições aplicam uma presunção de que serão praticadas condutas unilaterais indesejáveis em situações de domínio de mercado, enquanto outras não partem dessa presunção e utilizam o critério de domínio de mercado somente como um dos indicadores de possíveis efeitos anti-concorrenciais.

Para o estudo, uma unificação sobre a teoria dos efeitos unilaterais trará um bem vindo esclarecimento de termos que têm confundido e obscurecido a tarefa de identificação de quando uma operação de concentração dá margem a preocupações concorrenciais.

As sugestões do estudo são de três ordens. A primeira delas é a de que seja estabelecido um critério apropriado para a mensuração da concentração. A segunda é a de que sejam estabelecidos níveis de concentração de mercado para justificar investigações posteriores. A terceira é a de que as *guidelines* estabeleçam de forma suficientemente clara como a teorias dos efeitos unilaterais pode ser aplicada: a) em casos de aquisição de potenciais competidores; b) com relação aos monopsonios; e c) em relação a defesas de firmas em crise.

Com relação aos efeitos coordenados, de acordo com os estudos, o direito da concorrência sempre esteve preocupado com o fato de que a saída de uma firma do mercado em virtude de uma operação de concentração pode facilitar a ação coordenada entre os concorrentes remanescentes no mercado. O tratamento dado a esses efeitos coordenados nas *guidelines* estudadas, no entanto, são particularmente sensíveis em relação ao critério substantivo de análise de concentração utilizado.

As barreiras à entrada de novos concorrentes também são abordadas em todas as *guidelines* analisadas pelo subgrupo de trabalho. Segundo o estudo, é quase consenso que uma concentração, mesmo quando proporcionar um aumento significativo na concentração do mercado, não será propriamente anti-competitiva caso exista a possibilidade de que novas firmas entrem no mercado. As *guidelines* diferem em relação à comprovação da possibilidade de

¹⁴⁹ Segundo o estudo, além do termo “condutas unilaterais” também é bastante utilizado em *guidelines*, como, por exemplo, nas da União Européia, o termo “condutas não coordenadas”.

entrada de novos concorrentes, para a maioria delas não basta a mera demonstração da possibilidade de entrada de competidores, mas, a produção de evidências genuínas da probabilidade de entrada.

O último dos pontos estudados, o ganho de eficiências, segundo o grupo de estudo, foi o que apresentou maiores diferenças nas *guidelines* estudadas. Os pontos de maior conflito apontados foram os relativos ao peso das vantagens exclusivas para o produtor na concentração, como contra-balancear o ganho de eficiências com a diminuição da concorrência e com relação ao ônus da prova em relação às eficiências adquiridas com a concentração.

Seguiu-se a esse estudo preliminar a edição pelo subgrupo de trabalho de dois importantes documentos, o *ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review*¹⁵⁰ e o *ICN Merger Guidelines Workbook*¹⁵¹.

O primeiro dos documentos citados reúne técnicas e ferramentas de investigação consideradas como as mais eficientes dentre aquelas praticadas pelas autoridades nacionais. Dentre os tópicos do estudo estão como planejar uma investigação de concentração, como desenvolver provas consistentes e como proceder às análises econômicas de concentrações.

O *ICN Merger Guidelines Workbook*, será tratado especificamente no tópico subsequente.

3.3.2 O *ICN Merger Guidelines Workbook*

Com base no estudo comparativo mencionado no tópico antecedente, o subgrupo de trabalho sobre investigação e análise partiu para a elaboração do *ICN Merger Guidelines Workbook*.

O estudo estabelece que existem duas grandes questões em matéria de revisão de concentrações: a) quais operações são sujeitas ao regime de revisão de concentrações; e b) qual é o teste substantivo que deve ser aplicado em uma revisão de concentrações. O objetivo do *workbook* é responder a segunda questão.

¹⁵⁰http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Investigative_Techniques_Handbook.pdf

¹⁵¹http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/ICNMergerGuidelinesWorkbook.pdf

Para tanto, esse novo trabalho além de trazer um tópico sobre conceitos e princípios sobre proteção da concorrência por meio do controle dos atos de concentração e um classificando os tipos de concentração, se propõe a elaborar um roteiro para a revisão dos atos de concentração composto por oito pontos/etapas: a) definição de mercado; b) estrutura de mercado e concentração; c) efeitos unilaterais; d) efeitos coordenados; e) entradas e expansão do mercado; f) eficiências; g) empresas em crise; e h) concentrações não-horizontais.

Desses oito pontos, os cinco primeiros foram apresentados na quarta conferência da ICN em Bonn. Os três remanescentes foram apresentados na conferência realizada na África do Sul em 2006.

A direção dos trabalhos para a elaboração do *workbook* ficou a cargo de autoridades do Reino Unido (*Office of Fair Trading*) e da Irlanda (*Irish Competition Authority*).

Conforme disposto no *workbook*, o objetivo principal do texto é fornecer um guia analítico sobre as principais questões que devem ser respondidas pelas autoridades na revisão dos atos de concentração e como as autoridades devem interpretar as informações coletadas.

O guia parte da premissa de que a análise das concentrações repousa na compreensão dos efeitos que ela pode proporcionar na atual situação de concorrência do mercado. Ou seja, o ponto central de um processo de revisão de concentrações deve se dar na comparação entre o mercado pré-concentração e o mercado pós-concentração, e para isso se presta o guia proposto.

Os tópicos ‘a’ a ‘g’ são direcionados especificamente para as concentrações horizontais. As concentrações verticais e conglomeradas, por serem entendidas, também na ICN, como de menor periculosidade para a concorrência são abordadas em ponto isolado no final do guia. Os tópicos subseqüentes abordarão as etapas propostas no estudo para a revisão dos atos de concentração.

3.3.2.1. Definição de Mercado

De acordo com o guia proposto pela ICN, a definição do mercado envolvido em uma operação de concentração é importante por dois motivos: 1) é a definição do mercado que estabelece o “palco” no qual se estabelece a concorrência; e 2) somente é possível afirmar a existência ou a possibilidade de exercício de poder de mercado após a delimitação do mercado envolvido.

O guia sugere que primeiro se defina o mercado material (características do produto) para após se definir o mercado geográfico. O ponto inicial para a definição do produto se dá para procura de possíveis substitutos para ele do ponto de vista dos consumidores.

O método de verificação de possível substituição do produto sugerido é o teste conhecido como o do monopolista universal¹⁵², no qual é imaginado um único fornecedor para um produto ou grupo de produtos. A questão a ser respondida pelo teste é até que patamares o fornecedor monopolista desses produtos é capaz de maximizar os seus lucros por meio de um aumento indiscriminado dos preços sem que, com isso, os consumidores passem a optar por produto similar (caso exista) ou deixem de consumir o produto. O teste é aplicado, repetidamente, com um aumento pequeno do preço do produto, que vai se somando nas etapas do teste. O poder de mercado, ou o preço monopolista é encontrado na diferença entre o preço que existiria em um mercado competitivo, normalmente o preço anterior ao da concentração, e o preço no qual o consumidor passa a adotar outro produto. Se ocorrer uma substituição dos hábitos dos consumidores em virtude de um aumento insignificante do preço significa que o produto não faz parte de um mercado isolado.

O sucesso do teste depende de provas ou evidências da possível substituição. Essas evidências devem partir inicialmente do estudo das próprias características do produto, avançando para entrevistas com consumidores e possíveis concorrentes (fornecedores de produtos similares). É importante levar em consideração o que os concorrentes e os consumidores entendem como produtos similares ou substituíveis ao investigado. Outro ponto a ser apreciado é a possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado em virtude do aumento de preços provocado pelo suposto monopolista.

Por fim, em relação ao mercado material, o guia faz algumas ressalvas com relação à utilização de uma definição de mercado material obtida por outra autoridade antitruste, em especial: a) os mercados são dinâmicos, ou seja, um produto não substituível à época pode vir a ser substituível; e b) os hábitos dos consumidores diferem substancialmente de países para países.

Já com relação ao mercado geográfico, entendido como a área na qual o monopolista poderia praticar um pequeno, mas, significativo e não transitório aumento no preço, pode ser,

¹⁵² O teste também é comumente referido como teste SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Price)

segundo o guia, local, regional, nacional, continental ou até mundial. Sua definição, tal qual no mercado material, também parte da identificação de possíveis substitutos.

Especificamente em relação à importação como alternativa no fornecimento dos produtos, os pontos de análise propostos pelo guia são o volume de importações do produto, o custo do transporte, a existência de quotas *anti-dumping* em relação ao produto, a existência de barreiras em virtude da língua, a necessidade do exportador possuir filial no país importador e a existência de normas locais de regulamentação de determinado produto (farmacêuticos, químicos etc.).

3.3.2.2 Estrutura de Mercado e Concentração

A etapa subsequente sugerida é a verificação da concentração do mercado envolvido. Quanto menos concentrado for o mercado, menor a possibilidade de que a operação de concentração produza efeitos negativos à concorrência e, portanto, menor é a preocupação do direito concorrencial em relação a ela.

Conforme já havia sido demonstrado pelo estudo preliminar de comparação das *guidelines* existentes, os métodos utilizados pelas autoridades nacionais são: a) divisão de mercado; b) taxas de concentração; e c) o índice Herfindahl-Hirschman (HHI).

O método de divisão de mercado mede o número total de vendas (ou outra medida) das empresas envolvidas na concentração e compara com o restante dos fornecedores do mercado. O método de taxas de concentração, leva em consideração somente um número pequeno composto com as empresas líderes do mercado, normalmente três ou quatro. Já o HHI, utilizado dentre outras pelas *guidelines* norte-americanas, é um índice de concentração de mercado calculado com base em todos os participantes do mercado e o tamanho da sua participação¹⁵³.

O guia entende que o HHI é o teste mais adequado quando todos, ou pelo menos aqueles que representem parcela próxima ao total, os fornecedores que participam do mesmo mercado são conhecidos. Quando nem todos são conhecidos os outros dois métodos são mais adequados.

¹⁵³ O índice é obtido pela aplicação da seguinte fórmula, tomando por exemplo um mercado envolvido por quatro empresas (a, b, c e d) e no qual haverá uma fusão entre duas delas (a e b): $((a+b)^2+c^2+d^2) - a^2 - b^2+c^2+d^2 = \text{delta}(\text{índice})$. As *mergers guidelines* norte-americanas consideram que um HHI inferior a 1000 corresponde a um mercado pouco concentrado, entre 1000 e 1800 um mercado moderadamente concentrado e acima de 1800 um mercado altamente concentrado.

Não obstante a utilização de qualquer um dos métodos, a dificuldade está em definir qual é o nível de concentração gerado por uma concentração que pode acarretar danos à concorrência. O guia não deu uma resposta definitiva para a solução dessa questão, por outro lado, acrescentou que os limites fixados pelas *guidelines* nacionais, na forma de *safe harbors*¹⁵⁴ são bastante úteis, pois, evitam desperdícios de recursos em concentrações não prejudiciais à concorrência.

3.3.2.3 Efeitos unilaterais.

Efeitos unilaterais são entendidos como os atos da empresa resultante de uma concentração como aumentar preços, diminuir a oferta ou diminuir a qualidade do produto em virtude da diminuição da concorrência no mercado.

De acordo com o guia, a questão econômica central na análise dos efeitos unilaterais é saber se, após a concentração, um número suficiente de consumidores da empresa resultante passará a consumir os produtos dos concorrentes a tal ponto de fazer com que o aumento de preços seja não lucrativo para ela.

O modelo específico usado para aferir os possíveis efeitos unilaterais, de acordo com o guia, varia de acordo com as circunstâncias do mercado, mas, em todos os casos deve partir da existência de um aumento do poder de mercado resultante da concentração.

O guia sugere alguns fatores que devem ser levados em consideração: a) barreiras à entrada de concorrentes; b) a natureza da concorrência praticada dentro da concentração examinada; e c) existência de possíveis alternativas para os consumidores.

3.3.2.4 Efeitos Coordenados

Efeitos coordenados são entendidos como a possibilidade de que, em decorrência do resultado de uma concentração, as empresas remanescentes passem a agir de forma coordenada com o intuito de aumentar artificialmente os preços. A questão principal a ser respondida é se a concentração materialmente aumenta a possibilidade de coordenação.

¹⁵⁴ As *guidelines* estudadas, segundo o estudo preliminar da INC, normalmente estabelecem parâmetros fixos de concentração que entendem como não prejudiciais à concorrência, como o critério de 20 % de um mesmo mercado relevante previsto na legislação brasileira ou o HHI abaixo de 1000 na legislação norte-americana.

Segundo o guia, a tarefa é identificar quais fatores tendem a conduzir ações coordenadas após a concentração. O guia identifica três condições, não exaustivas, para que a coordenação possa ser criada pela concentração.

A primeira delas é a de que as empresas estejam em condições de praticar essas condutas coordenadas. Para tanto as empresas necessitam chegar a uma espécie de entendimento, por exemplo, sobre qual é o preço que será por elas estabelecido e como praticá-lo. A transparência do mercado, a homogeneidade do produto e a estabilidade das empresas mais relevantes são os pontos-chaves para identificar a habilidade das empresas para alinhar os seus interesses.

O segundo ponto é o custo que seria enfrentado por uma empresa para se desviar da conduta praticada pelos demais. Ou seja, a ação coordenada é facilitada quanto seja relativamente oneroso para uma das empresas participantes adotar novas estratégias que difiram das adotadas pelo grupo.

O terceiro ponto se refere à atuação dos atores que não participam do acordo, como outros fornecedores e os próprios consumidores. A ação coordenada tende a ser facilitada quando outros membros da cadeia produtiva, sejam compradores de insumos ou mesmo consumidores, não possuam representatividade ou força suficiente para evitar condutas anti-concorrenciais.

3.3.2.5. Entrada no Mercado e Expansão

De acordo com o guia, uma concentração que materialmente aumenta a concentração no mercado não dará margem a atos anti-concorrenciais se novas firmas entrarem no mercado e impeçam que a empresa resultante da concentração abuse de sua posição no mercado. A entrada de novos concorrentes no mercado pode alterar o comportamento dos atuais participantes desse mercado.

Para que uma autoridade conclua, no entanto, que a entrada de novos concorrentes possa diminuir ou evitar os efeitos anti-concorrenciais é necessário estar evidenciado que: a) a entrada de novos concorrentes possivelmente ocorrerá; b) a participação desse concorrente será em escala necessária para evitar efeitos anti-concorrenciais; e c) a entrada do novo concorrente será dada em um período razoável de tempo.

Nesse sentido, os questionamentos que a autoridade deverá responder para avaliar a real possibilidade de entrada de concorrentes são: A concentração analisada criará por si só uma oportunidade de entrada no mercado? Existem barreiras à entrada de novos concorrentes? Existe um histórico de entradas e saídas nesse mercado? A entrada de novos concorrentes será suficiente para evitar os efeitos anti-concorrenciais?

3.3.2.6 Eficiências

O capítulo F do guia apresentado pela ICN traz a matéria relativa ao ganho de eficiências geradas em concentrações horizontais. As concentrações verticais e conglomeradas são analisadas em ponto exclusivo das *guidelines*.

Uma das primeiras ressalvas feitas pelo guia é o de que a quantificação das eficiências adquiridas por uma operação de concentração é normalmente o ponto mais especulativo do processo de revisão do ato. Geralmente o ganho de eficiências tende a ser o diferencial em revisões onde os possíveis efeitos anti-competitivos são reduzidos.

Por outro lado, o guia também ressalta que ganho de eficiências não é necessariamente contraposto à noção de concorrência. Por vezes o ganho de eficiências pode melhorar a situação de concorrência no mercado, especialmente quando, por meio de uma concentração, empresas com menor participação no mercado passam a concorrer com empresas que já possuem uma participação expressiva, ou seja, um novo agente é incluído entre os participantes mais ativos no mercado.

O guia não se posiciona a respeito de quais tipos de eficiências devem ser consideradas ou admitidas no processo de revisão do ato de concentração¹⁵⁵, somente faz a ressalva que eficiências decorridas de redução de custos fixos da empresa, via de regra, não são repassadas ao

¹⁵⁵ O guia somente esclarece que a matéria diverge de jurisdições para jurisdições (item F8): *In jurisdictions where consumer welfare is the goal of merger review, only those efficiencies that are likely to be passed on to consumers (such as reductions in variable costs passed on in terms of lower prices) are taken into account in the assessment. In jurisdictions where a total economic welfare standard is adopted, other efficiencies are considered in addition to those that benefit consumers, such as efficiencies reaped by producers in the form of profit gains (e.g., reductions in fixed costs). But most jurisdictions do not take account of increases in producer efficiencies. This is largely for policy reasons as countries have mostly decided that the core purpose of a merger control regime is to protect consumers (or customers) against a loss of consumer welfare.*

A portaria conjunta nº 50 SEAE/SDE estabelece no seu artigo 74 que: As eficiências específicas à concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de uma tecnologia mais produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório.

consumidor. Caso o sistema doméstico admita eficiências somente para garantir o bem estar do consumidor esta justificativa não é válida para permitir a aprovação do ato de concentração.

Também não se posiciona de que forma o ganho de eficiências deve ser incorporado no procedimento de revisão dos atos de concentração. Somente menciona que, normalmente, nos países onde o ganho de eficiências está associado diretamente ao bem estar do consumidor ele integra a análise de riscos de diminuição da situação da concorrência. Já em países onde outras finalidades são analisadas (economias de escala, avanço tecnológico, eliminação de externalidades etc) o ganho de eficiências é entendido como uma justificativa aos possíveis efeitos anti-competitivos do ato de concentração.

3.3.2.7 Empresas em Crise

De acordo com o guia, a justificativa econômica para a inclusão de empresas em crise no procedimento de revisão dos atos de concentração é o fato de que uma concentração não tende a criar, aumentar ou facilitar o exercício de poder de mercado, se uma das empresas envolvidas no ato tenderia a sair do mercado em virtude de um processo de falência ou de quebra.

A dificuldade reside nas hipóteses nas quais as defesas com fundamento em empresas em crise são apresentadas em situações nas quais não existe uma real probabilidade de quebra ou de falência da empresa. Por isso, o guia sugere que a autoridade exija a demonstração de três requisitos.

O primeiro deles é a demonstração de que a empresa encontra-se em situação financeira tão deteriorada a ponto de que, sem a concentração, sua saída do mercado ocorra em um futuro próximo.

Em segundo lugar deve ser demonstrado que não existem alternativas ao alcance da empresa para reorganizar suas atividades a ponto de evitar o processo de quebra ou de falência.

Em terceiro lugar, deve ser demonstrado que não existe nenhuma outra alternativa menos anti-competitiva do que o processo de concentração.

3.3.2.8 Concentrações Não-Horizontais

O ultimo ponto do guia (H) versa sobre concentrações não-horizontais, dividindo-as, tal qual a doutrina especializada, conforme visto no primeiro capítulo, em concentrações verticais e conglomeradas.

A conceituação também é semelhante à utilizada pela doutrina, no qual as concentrações verticais são aquelas realizadas entre empresas que atuam no mesmo ciclo/cadeia de produção e conglomeradas são aquelas que atuam em mercados relevantes distintos e sem relação de verticalidade.

O ponto relativo às concentrações não horizontais é bastante sucinto e, tanto em relação às verticais quanto às conglomeradas o guia adverte que elas dificilmente dão causa a preocupações concorrenciais, em especial as conglomeradas. O tópico esclarece que, para a constatação de possíveis efeitos anti-concorrenciais devem ser aplicados os mesmos pontos utilizados na revisão das concentrações horizontais, pontos ‘a’ a ‘g’ do guia. O guia também entende que nas concentrações não-horizontais as maiores preocupações se dão com relação aos efeitos unilaterais e não com relação aos efeitos coordenados.

Com relação às concentrações verticais, a preocupação se dá quando a empresa resultante da concentração passa a ter o poder de aumentar os custos do rival, via de regra, quando a empresa resultante passa a ter controle substancial sobre o canal de distribuição do produto.

Com relação às concentrações conglomeradas, a preocupação se dá, em especial, quando os produtos produzidos pelas empresas envolvidos apresentam características complementares, ou seja, quando um consumidor que adquira um produto tende a adquirir também o outro. Uma concentração entre empresas que produzam bens complementares tende a facilitar atos como a venda casada de produtos.

3.3.3 – O Subgrupo de Trabalho Sobre Notificação e Procedimentos de Revisão

O subgrupo sobre revisão dos atos de concentração tem por missão a promoção da adoção de melhores práticas nos regimes de revisão de atos de controle de modo a garantir a

efetividade dos mecanismos de cada país participante, de facilitar a convergência substantiva e procedimento e de reduzir os custos públicos e privados nas revisões multijurisdicionais.

Participam do subgrupo autoridades de 12 países¹⁵⁶ e da União Européia. A OCDE também participa desse subgrupo

O foco principal desse grupo de trabalho é o desenvolvimento de uma série de recomendações sobre formas de procedimentos e notificações. O objetivo é facilitar a convergência internacional em aspectos procedimentais dos processos de revisão. O entendimento do grupo é o de que a convergência, por meio de práticas internacionalmente aceitas, tende a tornar os processos de revisão, tanto domésticos quanto internacionais, mais eficientes e efetivos.

Para tanto, o início do trabalho do subgrupo se deu com a edição de um documento indicando quais são os princípios que a ICN entende como aplicáveis ao procedimento de revisão dos atos de concentração. Um segundo passo foi a edição de *best and recommended practices* em matéria de notificações e revisões. Na seqüência, também foi editado um documento sobre formas de implementação das recomendações estabelecidas. O subgrupo ainda preparou um estudo sobre possíveis formas de redução de custos com as notificações multijurisdicionais e um sobre a aplicação de remédios nas revisões das concentrações.

Uma das primeiras iniciativas do grupo de trabalho sobre concentrações foi a de propiciar aos seus participantes o acesso a informações sobre os sistemas de controle dos atos de concentração dos outros membros da rede. Para tanto, o subgrupo de trabalho sobre notificação e procedimentos requisitou aos membros que disponibilizassem em *websites* informações sobre o procedimento de controle de concentrações por eles utilizado, bem como desenvolvessem um material indicando qual é a normativa interna aplicável, como é o procedimento de notificação, qual é a autoridade responsável pelo controle desses atos, quais são condutas sujeitas a revisão, se existem diferenças na norma com relação a empresas estrangeiras, se existem hipóteses para procedimentos simplificados, quais são os documentos que devem ser enviados à autoridade antitruste, qual é o tempo para a análise do ato e se existe algum tipo de efeito suspensivo, quais são os critérios de confidencialidade dos documentos enviados, quais são as penalidades previstas e como é a revisão da decisão pelo Poder Judiciário. Autoridades de sessenta e cinco

¹⁵⁶ Austrália, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Coréia, México, África do Sul, Espanha, Suíça e Estados Unidos

países e da União Europeia prepararam o material explicativo e disponibilizaram *websites* para consulta.¹⁵⁷ As informações enviadas são continuamente atualizadas pelos membros.

3.3.3.1 Princípios

O subgrupo de trabalho identificou oito princípios informadores dos procedimentos de notificação e revisão dos atos de concentração¹⁵⁸. São eles:

1. Soberania. Todas as jurisdições são soberanas na aplicação de suas leis sobre restrições de concentrações.

2. Transparência. O exame das concentrações deve ser transparente, tanto com relação à política, práticas e procedimentos do exame, quanto com relação à identidade das pessoas que tomam as decisões e os critérios materiais de análise, fundamentação e motivação das permissões e proibições das concentrações.

3. Não discriminação por nacionalidade. O procedimento de exame de concentrações não deve aplicar normas diferenciadas em função da nacionalidade das partes envolvidas.

4. Procedimento imparcial. As partes devem ter acesso aos fundamentos que sustentaram a proibição da concentração bem como devem ter oportunidade para manifestarem-se sobre esses fundamentos tanto na primeira decisão quanto em grau de recurso. Deve ser oportunizada a manifestação de terceiras partes envolvidas ou afetadas por determinada operação de concentração.

5. Exame eficiente, oportuno e efetivo. As informações exigidas deverão ser as estritamente necessárias para evitar custos desnecessários às partes. O exame deverá ser realizado em um prazo predeterminado e razoável.

6. Coordenação. As autoridades de diferentes países que analisam a mesma operação deverão trabalhar de modo coordenado, aumentando a eficiência e a eficácia da revisão e reduzindo os custos com ela.

7. Convergência. As autoridades deverão adotar práticas convergentes com melhores práticas acordadas.

¹⁵⁷ O material compilado pode ser acessado no website da ICN no seguinte endereço: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/publication/293> - acessado em 27/02/07.

¹⁵⁸ http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/archive0611/gp_principios_rectores.pdf - acessado em 27/02/2007

8. Proteção de informação confidencial. O procedimento de análise da operação de concentração deve propiciar proteção a informações confidenciais.

3.3.3.2 – *Best and Recommended Practices* sobre Notificação e Revisão dos Atos de Concentração

Para garantir os princípios listados no tópico antecedente, em especial com relação à convergência, e por meio da análise e comparação dos sistemas existentes de notificações e procedimentos, o subgrupo de trabalho sobre revisões editou um documento na forma de *best and recommended practices* sobre os procedimentos de notificação e revisão¹⁵⁹. A seguir serão abordadas algumas das principais recomendações contidas no documento:

a) Assegurar que somente será exigida notificação de operações que tenham um nexo apropriado com o mercado da autoridade envolvida. Esse nexo deverá ser estabelecido mediante critérios materiais e quantificáveis, como volume de vendas e recursos envolvidos. A determinação do nexo deve basear-se nas atividades realizadas naquele território por pelos menos duas partes envolvidas na concentração ou nas atividades da empresa adquirida no território afetado.

b) Os critérios exigidos na notificação devem ser claros, compreensíveis e objetivamente quantificados, como valor dos ativos e volume de vendas. As informações solicitadas devem ser acessíveis às partes.

c) As partes devem ter a oportunidade de notificar previamente uma operação anexando uma declaração de boa fé de sua intenção de realizar a operação. As leis que proíbam a realização da concentração até a análise dela não devem impor prazos de notificação prévia. As leis que autorizam a operação de concentração durante o seu exame pelas autoridades devem estabelecer um prazo razoável para a apresentação da notificação.

d) O exame das operações notificadas deve ser realizado em prazo razoável. Esse prazo deve ser fixado levando em conta, dentre outros, a complexidade da operação notificada e a disponibilidade e dificuldade na obtenção dos documentos solicitados. Os regimes de controle das concentrações devem incorporar procedimentos que permitam o exame e aprovação célere de

¹⁵⁹<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/archive0611/mnprecpactices.pdf> - acessado em 27/02/2007

operações que não demandem questões de competência material. Nas legislações onde existe a previsão de suspensão da operação, essa suspensão deve ser fixada em prazo determinado. Deve haver um sistema diferenciado de notificação em operações de compra e venda em processos de falência.

e) A notificação inicial das concentrações deve limitar-se a trazer as informações mínimas necessárias para verificar se a operação acarretará maiores problemas concorrenciais que justifiquem uma investigação mais ampla. Os critérios para a necessidade de notificação e o conteúdo da notificação devem ser claros e previamente estabelecidos.

f) A análise das concentrações deve realizar-se de modo eficaz, eficiente, transparente e previsível. O procedimento deve propiciar audiências entre as autoridades e as partes para que troquem os seus pontos de vista nos momentos-chaves da investigação. As partes devem ser informadas, no mais tardar quando do início da segunda etapa do procedimento, dos motivos pelos quais foi determinada uma análise mais aprofundada da operação. As autoridades deverão evitar a imposição de custos desnecessários e injustificados às partes e a terceiros envolvidos. As investigações devem ser conduzidas respeitando os critérios de confidencialidade legalmente estabelecidos.

g) As partes envolvidas na operação de concentração bem como os terceiros afetados e com interesses legítimos devem gozar de equidade processual. Antes de oficializar uma decisão final contrária à operação, a autoridade deverá informar às partes os fundamentos da sua decisão para que elas possam opinar sobre esses fundamentos. Deve existir um sistema de revisão, por outro órgão, dos elementos fundamentadores da decisão que culminou com a proibição de uma operação de concentração.

h) A legislação em matéria de controle de concentrações deve ser aplicada com alto grau de transparência, assegurando a proteção adequada da informação confidencial. A transparência deve se dar no alcance da legislação aplicável, no procedimento de tomada de decisões da autoridade competente e com relação aos princípios e critérios aplicados na revisão do ato. Deve haver transparência na norma, políticas e práticas sobre confidencialidade aplicadas nos procedimentos de controle de concentrações.

i) As regras de confidencialidade devem estabelecer um equilíbrio apropriado entre proteção da confidencialidade e informação a terceiros, com o fim de garantir a equidade processual.

j) As autoridades devem coordenar as investigações das concentrações de comum interesse. A coordenação deve adequar-se à operação particular que está sendo examinada e com as necessidades das autoridades que estão realizando a investigação. As autoridades devem buscar remédios adequados e consistentes com os remédios que serão aplicados pelas outras autoridades envolvidas.

l) Os remédios aplicados devem se limitar a restaurar ou manter a concorrência em determinado mercado, limitando-se ao dano ocasionado à concorrência. A proposta, discussão e adoção de remédios devem ser feitas de modo transparente. Deve ser estabelecido um sistema de procedimentos que assegure que os remédios sejam efetivos.

m) As autoridades concorrenciais deverão possuir as ferramentas necessárias para a aplicação efetiva das normas sobre análises de concentrações. Essas autoridades deverão contar com pessoal suficiente e qualificado. As autoridades concorrenciais devem ter independência suficiente para garantir a aplicação objetiva e o cumprimento da legislação sobre exame de concentrações.

n) As normas sobre controle de concentrações devem ser revistas periodicamente assegurando uma melhora no procedimento de revisão das concentrações. Os países membros devem considerar uma reforma de suas normas e procedimentos em matéria de controle de concentrações com o fim de promover a convergência com as melhores práticas reconhecidas.

3.3.3.3 Implementação das Recomendações

Na quarta conferência das partes, realizada em Bonn, foi apresentado pelo subgrupo de trabalho sobre procedimentos e notificações, um relatório¹⁶⁰ que, com base em informações fornecidas por vinte e sete autoridades, busca identificar áreas onde possíveis reformas podem ser feitas com o intuito de implementar as recomendações indicadas pela ICN sobre notificações e revisões.

O projeto de implementação teve início com o estudo da conformidade dos regimes dos membros da ICN com as recomendações estabelecidas. De acordo com o estudo, três fatores são importantes para que o processo de reforma tenha início: 1) o desejo de que o regime de controle

¹⁶⁰ *Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures* http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Implementation.pdf - acessado em 05/03/2007.

de concentrações apresente conformidade com padrões internacionalmente aceitos; 2) a necessidade de convergência com outros regimes em especial os já sedimentados; e 3) o reconhecimento pelos interessados, em especial pela comunidade empresarial, os advogados e a agência concorrencial, de que o sistema de controle de concentrações não é eficiente e efetivo como deveria ser.

O estudo se inicia com um método de três passos para implementar notificações.

O primeiro deles é a identificação das possíveis áreas de mudança. Para tanto, o documento sugere que as autoridades comparem os seus regimes de concentração com as práticas recomendadas pela ICN, com os trabalhos produzidos pela OCDE e com outros regimes de concentração, em especial os sistemas já com tradição.

O segundo passo sugere que no início sejam feitas pequenas medidas, como melhoramentos dentro do regime de funcionamento da própria agência antitruste, sem a necessidade de alteração legislativa.

O terceiro passo já se refere à construção de consenso sobre a necessidade de reformas no procedimento de revisão das concentrações. O documento sugere um trabalho junto à iniciativa privada, demonstrando que a implementação das recomendações estabelecidas irá beneficiar as autoridades, as empresas e os consumidores. Sugere que seja dada ênfase ao fato de que essas alterações farão com que o regime de concentração de seus países se aproxime a padrões internacionalmente aceitos. O terceiro passo sugere, por fim, que sejam editados e entregues aos legisladores os documentos produzidos pela ICN e as recomendações sobre concentrações da OCDE, para que se de início às reformas que exijam alterações legislativas.

No âmbito das agências o estudo recomenda a melhora na transparência das práticas e decisões das agências com a edição de documentos clarificando os procedimentos de revisão e a manutenção de um website com legislação e outros materiais sobre concentração. A redução na quantidade de documentos e informações exigidos no início do procedimento de revisão. A criação de um procedimento simplificado para casos pouco complexos. A Atribuição de maior valor aos precedentes da agência nos futuros casos, também para assegurar transparência e previsibilidade nas revisões. A edição de *mergers guidelines*.

O trabalho do subgrupo já parece surtir efeitos. Conforme notificado¹⁶¹ pela ICN, 46 % dos membros que possuem sistemas de controle de concentrações já implementaram ou propuseram mudanças nos seus regimes para adequá-los às recomendações estabelecidas. Oito por cento dos membros também informaram a pretensão de realizá-las.

Segundo o relatório da ICN, o Brasil, por exemplo, indicou que pretende realizar, dentre outras, as seguintes alterações: a) implementar um sistema de notificação prévia; e b) criar um procedimento simplificado para casos não complexos (*fast track*).¹⁶² Segundo informado pelas autoridades brasileiras à ICN, também a Súmula nº 1 do CADE, que interpreta o parágrafo terceiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, foi editada com o intuito de adequar o regime brasileiro às recomendações da rede.

3.3.3.4. Redução de Custos nas Notificações Multijurisdicionais

Um dos objetos de estudo do subgrupo sobre notificações e procedimentos é uma forma de evitar ou diminuir os custos desnecessários arcados pelas autoridades e pelas empresas envolvidas nas concentrações multijurisdicionais. O subgrupo editou em 2004 um documento¹⁶³ sobre quais seriam os custos extras advindos de procedimentos de revisão multijurisdicionais.

¹⁶¹ *As of April 2005, 46% of ICN member jurisdictions with merger laws have made or have proposed changes that bring their merger regimes into closer conformity with the Recommended Practices; an additional 8% are planning to make such changes. Nearly two-thirds of the jurisdictions that have made changes to their merger review systems and were interviewed for this project cited the Recommended Practices as having played a role in initiating or shaping their merger reform efforts. Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures.* Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Implementation.pdf - acessado em 05/03/2007.

¹⁶² O SBDC já possui uma espécie de *fast track* informal para os casos pouco complexos, no entanto, também são previstas alterações na legislação concorrencial brasileira, previstas no programa de aceleração do crescimento – PAC, apresentado recentemente pelo governo do presidente Luís Ignácio da Silva, nesses dois tópicos: **Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**
Descrição: a) racionaliza o desenho institucional do SBDC (unifica as funções de instrução e de julgamento no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e centraliza as atividades de promoção da concorrência na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda); b) enfatiza o combate a condutas anticompetitivas; c) introduz a análise prévia de fusões e aquisições e rito simplificado para a análise de operações de impacto concorrencial reduzido.

Impacto: criação de ambiente institucional/legal que favoreça o livre funcionamento dos mercados e o investimento privado. Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/22/materia.2007-01-22.1909859633/view> - acessado em 05/03/2007.

¹⁶³ *Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Mergers Review.* Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_1st_naples_2002/costburd.pdf - acessado em 27/02/07

Esse documento, embora reconheça que pela sua própria natureza uma revisão multijurisdicional será mais onerosa do que uma revisão puramente doméstica, entende que parte desse custo extra é desnecessário e pode ser evitado. O estudo divide os custos desnecessários em quatro categorias: a) custos relativos com a verificação dos documentos solicitados e com o arquivamento deles; b) custos com requerimentos de documentos sobre operações nas quais não há umnexo apreciável com a jurisdição de determinada autoridade; c) custos com requerimentos excessivamente onerosos e não razoáveis; e d) custos associados com atrasos desnecessários e prazos diferenciados no processo de revisão.

Para evitar, ou reduzir esses custos o grupo faz algumas recomendações: a) que as hipóteses de notificação sejam claras, compreensíveis e fixadas em critérios objetivos e quantificáveis; b) que a necessidade de submissão de determinada concentração a uma autoridade antitruste seja estabelecida com um critério apropriado de materialidade, como o volume de mercado envolvido; c) que seja estabelecido um procedimento prévio que exige um número limitado de documentos para que seja avaliada a real necessidade de revisão do ato de concentração; d) estabelecer prazos máximos para a revisão dos atos de concentração.

3.3.3.5. Renúncias de Confidencialidade em Investigações de Concentrações

Outro documento elaborado pelo subgrupo de trabalho sobre notificações na forma de *best and recommended practices*¹⁶⁴ é um estudo sobre a possibilidade de renúncia voluntária do direito de confidencialidade.

Um dos princípios informadores do procedimento de notificação é a proteção de documentos confidenciais, por outro lado, também é um princípio informador do procedimento de notificação a cooperação entre as autoridades que estão investigando a mesma concentração.

O estudo entende que é interesse também das partes envolvidas em um processo de concentração que todas as autoridades tenham acesso aos mesmos documentos, o que acarretaria na maior probabilidade de análises compatíveis entre si. Para tanto o documento sugere a elaboração de modelos de renúncia voluntária do direito de confidencialidade modificáveis para cada situação concreta.

¹⁶⁴ *Waivers of Confidentiality in Merger Investigations*. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Confidentiality_Waivers.pdf - acessado em 01/03/2007

Essa renúncia voluntária de confidencialidade auxilia sobremaneira a comunicação e a troca de informações entre autoridades, servindo de instrumento para o objetivo principal almejado, qual seja, coordenação e convergência entre as autoridades em relação à concentração apreciada.

3.3.3.6 – Taxas Sobre os Procedimentos de Análise das Concentrações

Em 2005 foi editado pelo subgrupo de procedimentos e notificações um estudo sobre a cobrança de taxas em virtude do procedimento de notificação dos atos de concentração¹⁶⁵. O grupo identificou sistemas normativos onde não há a previsão legal de cobrança de taxa para revisão de atos de concentração, como na França, Itália, Japão e Coreia, sistemas nos quais, embora exista autorização legislativa, não são cobradas taxas, como em Israel e no Taiwan e sistemas onde são cobradas taxas para a revisão dos atos, 31 dos 73 sistemas estudados.

A principal razão para a introdução de taxas nos sistema de revisão dos atos de concentração é o próprio custo suportado pela autoridade na avaliação do ato. A cobrança dessas taxas contribui para a cobertura dos custos das atividades das agências.

O subgrupo de trabalho identificou quatro tipos de taxas instituídas por autoridades: a) *flat fees*: uma taxa com valor fixo paga no momento da notificação do ato, modelo adotado pelo Canadá, México e Brasil¹⁶⁶; b) *fee for service*: uma taxa paga de acordo com o volume de serviço ou tempo gasto pela autoridade na revisão da transação, modelo adotado pela Suíça na segunda fase da revisão; c) *tiered fees based on complexity*: taxas com valores em escala e determinadas em virtude da complexidade da revisão, modelo adotado na Zâmbia e em Barbados; e d) *tiered fees based on size of transaction/size of revenues*: tabela com valores de taxa de acordo com os valores envolvidos na transação, modelo adotado pelos Estados Unidos e Quênia.

O estudo apontou vantagens e desvantagens em todos os sistemas utilizados, mas não opinou ou recomendou a aplicação de nenhum deles em específico.

¹⁶⁵ *Merger Notification Filing Fee*. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Filing_Fees.pdf - acessado em 01/03/2007.

¹⁶⁶ O fundamento legal para a cobrança da taxa é a Lei 9.781/1999. Atualmente o valor é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), estabelecido pela Lei 10.149/2000. A forma de pagamento da Taxa Processual em razão de apresentação de atos de concentração é regulamentada pela Portaria Conjunta do CADE/SDE/SEAE nº 26, de dezembro de 2004.

3.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO TERCEIRO CAPÍTULO

A International Competition Network foi uma alternativa vislumbrada pelos Estados Unidos da América para resolver problemas associados aos conflitos internacionais em matéria antitruste. Os estudos da International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC, que deram origem à ICN, foram realizados essencialmente por pesquisadores norte-americanos. Ou seja, a ICN desde os seus primórdios já entende o direito antitruste de forma muito próxima ao que o entendem os norte-americanos.

O direito concorrencial norte-americano, seja pelos ensinamentos da escola de Harvard, seja pelos ensinamentos da escola de Chicago, sempre focou seus esforços em garantir situações de mercado que propiciassem melhores alternativas para os consumidores. Tanto a concorrência pela concorrência da escola de Harvard quanto o ganho de eficiências da escola de Chicago partem de premissas micro-econômicas para assegurar o bem estar do consumidor.

Diferentemente, no entanto, da progressiva substituição da escola de Harvard pela de Chicago nas cortes norte-americanas, os estudos da ICN sugerem uma preferência pelos postulados da escola de Harvard.

Por outro lado, objetivos entendidos como não-concorrenciais, como a finalidade de integração na União Europeia ou instrumento de implementação de políticas públicas na Constituição do Brasil, não fazem parte da dinâmica do direito concorrencial norte-americano.

Como consequência, tanto a ICPAC quanto a ICN concentram seus esforços em aspectos técnicos e econômicos associados à proteção da concorrência, e deixam de lado e até mesmo sugerem a exclusão de aspectos políticos inseridos no contexto de proteção da concorrência.

Os estudos da ICN tentam demonstrar que a maioria dos conflitos existentes em matéria concorrencial são aparentes e não reais e mesmo em relação aos reais, instrumentos econômicos adequados podem demonstrar a ineficiência de uns em relação a outros.

Os estudos comparativos da ICN corroboram esse posicionamento pois demonstraram que, de modo geral, as regulamentações domésticas fogem pouco desses aspectos e o que se espera de uma legislação de proteção de concorrência pelos controles dos atos de concentração,

via de regra, é essencialmente a manutenção de uma estrutura de mercado que assegure o bem estar dos consumidores.

O Brasil é um exemplo, pois, muito embora o direito concorrencial brasileiro, sob a ótica constitucional, seja considerado instrumental, não existem diretrizes de políticas públicas especificamente fixadas que norteiem a atuação do SBDC. De modo geral as decisões do SBDC acabam incorporando aspectos muito próximos do controle norte-americano. A própria portaria conjunta nº 50 da SEAE/SDE estabelece um procedimento de revisão de concentrações horizontais muito próximo ao sugerido pela ICN.

Desse modo, o foco dos trabalhos da ICN em relação aos atos de concentração, é a tentativa de uniformização de procedimentos instrumentais, tanto em relação às notificações quanto em relação à própria revisão do ato de concentração.

Essa uniformização pretendida se dá pela elaboração de recomendações. As recomendações, por sua vez, são formuladas com base nas legislações já existentes. Pelo estudo comparativo dessas legislações são encontrados pontos comuns ou aceitos pela maior parte dos membros que possui regulamentação nesse ponto específico. As recomendações refletem, segundo o entendimento dos membros dos grupos de trabalho da ICN, o que é entendido como mais aceitável para determinada situação.

As *mergers guidelines* desenvolvidas pela ICN têm por objeto auxiliar as autoridades nacionais a identificar estruturas de mercado potencialmente danosas à livre concorrência. Fogem do objeto do estudo os motivos para permissão de atos, mesmo que em detrimento da concorrência, em virtude de outros motivos, de ordem pública ou não. Mesmo o estudo de pontos como eficiências e empresas em crise focam na estrutura do mercado e na proteção da concorrência.

Os principais pontos da proposta da ICN para reduzir conflitos internacionais relacionados às concentrações empresariais consiste em:

a) estabelecer um nexo adequado entre a operação de concentração e os países por ela afetados evita a apreciação do ato por mais autoridades do que o necessário;

b) viabilizar um sistema de troca de informações entre as autoridades assegura que não serão tomadas decisões conflitantes originária de desconhecimento de fatos;

c) viabilizar um sistema concomitante de revisão pelas autoridades envolvidas permite que não sejam estabelecidos 'remédios' conflitantes com os estabelecidos pela outra autoridade;

d) uniformizar os procedimentos das autoridades garante segurança jurídica para as partes envolvidas e previsibilidade para as autoridades;

e) obter consenso em relação a aspectos materiais dos processos de revisão evita o surgimento de conflitos.

A atuação da ICN em relação à uniformização de procedimentos já parece surtir efeito. Vide nesse sentido as alterações na legislação concorrencial propostas pelo Brasil e a própria edição pela Comunidade Européia, em 2005, de *guidelines*¹⁶⁷ para apreciação de atos de concentração horizontais.

Já com relação à obtenção de consenso em relação a aspectos materiais, como o próprio projeto de *guidelines* é bastante recente, ainda não é possível afirmar se os esforços estão sendo bem sucedidos. O que se pode afirmar, no entanto, é que, se a ICN obter o sucesso pretendido pelos seus idealizadores, opções de política pública diversas do que a proteção do bem estar do consumidor cada vez mais serão excluídas das revisões dos atos de concentração. Ou seja, haverá um substancial enfraquecimento dos defensores da concorrência como instrumento de implantação de políticas públicas, tais quais os adeptos da escola de Freiburg.

¹⁶⁷ Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas” - vide nota 55

CONCLUSÃO

Como resultado final do trabalho não se chegou somente a uma, mas, a algumas conclusões, a maioria delas já expressadas no corpo do texto nas sínteses conclusivas dos capítulos. A maioria delas, também, não apresenta respostas definitivas, pelo contrário, conduzem a maiores questionamentos sobre os temas estudados. As respostas a todos esses novos questionamentos, no entanto, pelo próprio alcance e natureza do estudo realizado, fogem do escopo inicial pretendido. Cumpre, entretanto, nessa seção final do trabalho apontar se as conclusões obtidas durante o estudo afirmam ou denegam a hipótese apresentada ainda na fase de defesa do projeto de dissertação: “Os esforços da International Competition Network asseguram a proteção da concorrência pelo controle das concentrações empresariais por meio da elaboração de guias de condutas e modelos de legislação a serem seguidos pelos seus membros, bem como facilitando o intercâmbio de informações entre as autoridades nacionais antitrustes assegurando com isso decisões compatíveis entre elas”.

Antes de responder especificamente essa questão, cumpre trazer novamente as conclusões apresentadas no corpo do texto. O primeiro capítulo pretendeu demonstrar que não existe consenso doutrinário sobre até que ponto as concentrações empresariais devem ser evitadas. O controle dos atos de concentração parte do pressuposto que, evitando a concentração de poder de mercado se evita que os agentes pratiquem atos de abuso de poder de mercado, o que levou os pensadores da Escola de Harvard a defenderem um controle mais rígido das concentrações. O pressuposto é válido, mas, como questionado inicialmente pela Escola de Chicago, se o objetivo principal da proteção da concorrência é garantir o bem estar do consumidor, a presunção *a priori* de ilegalidade do ato pode ser contraproducente, já que a obtenção da economias de escala tende a beneficiar o consumidor pela produção de eficiências.

A esses dois pensamentos ainda foi contraposto o pensamento da Escola de Freiburg. Para os pensadores dessa escola, além de manter as estruturas do mercado e garantir o bem estar do consumidor, o controle das concentrações também pode ser utilizado como instrumento de implantação de outras políticas públicas.

Embora, independentemente da posição ideológica adotada, nenhuma das três, inclusive a de Chicago, descarte esse controle preventivo por meio das restrições aos atos de concentração empresarial, o alcance desse controle varia sensivelmente entre uma e outra escola.

Opinar pela maior validade de uma dessas Escolas sobre as outras depende também de uma análise institucional. Embora seja possível crer que as divergências entre as Escolas de Harvard e de Chicago sejam amenizadas pela obtenção de respostas fornecidas pela micro-economia, um país com instituições fortes e capazes de verificar e reprimir condutas anti-competitivas tem maiores condições de optar por um controle posterior (condutas), e não preventivo (estruturas). Já a escola de Freiburg, por sua vez, só será efetiva diante da existência de um plano concreto de políticas públicas.

O final do primeiro capítulo, especificamente na parte que estuda a normativa brasileira de proteção à concorrência, e o segundo capítulo procuraram demonstrar a potencialidade de existência de conflitos internacionais sobre a matéria, decorrentes de divergências legislativas, do volume do comércio internacional e da atuação das empresas transnacionais.

Ou seja, em virtude especialmente do aumento do volume do comércio internacional e a da atuação das empresas transnacionais, o controle isolado das autoridades nacionais se mostrou insuficiente para regulamentar as operações de concentração que produzem efeitos em diversos territórios. As primeiras alternativas vislumbradas pelas autoridades nacionais, quais sejam, a edição de cláusulas com aplicação extraterritorial e a celebração de acordos bilaterais também se mostraram insuficientes. A aplicação extraterritorial de normas domésticas, com base na teoria dos efeitos, esbarrou em problemas diplomáticos e na própria eficácia de sua aplicação, condicionada inevitavelmente ao poderio econômico da nação. Os acordos bilaterais, embora tenham reduzido conflitos entre grandes parceiros comerciais, não abarcavam situações nas quais outros países também estivessem envolvidos.

Esses problemas conduziam à necessidade de uma regulamentação multilateral de proteção da concorrência e conseqüentemente da restrição às concentrações empresariais. O presente estudo trouxe os trabalhos e estudos realizados no âmbito da OCDE, da UNCTAD e da OMC.

Tanto os estudos da OCDE da UNCTAD e do grupo de trabalho sobre comércio e política da concorrência da OMC, tiveram o mérito de, além de produzir estudos bastante significativos sobre o tema, propiciar a cooperação entre as autoridades nacionais em especial no

tocante à troca de informações. Ou seja, permitiram uma redução de decisões nacionais conflitantes em virtude de falta de informações ou de técnicas de controle dessas operações.

No entanto ainda restam as hipóteses nas quais, mesmo existindo cooperação com relação à troca de informações, existem interesses divergentes em relação à aprovação ou rejeição de uma operação de concentração. Pela sua própria natureza a OMC seria o foro mais adequado para regulamentar a matéria, já que uma política internacional de concorrência não pode ser dissociada da regulamentação do comércio internacional. Outros fatores que indicam a OMC como o órgão mais adequado são o fato de possuir uma estrutura institucional que implicaria em redução de custos com relação à criação de um órgão internacional exclusivo antitruste e o fato de possuir um órgão de solução de controvérsias bastante efetivo se comparado a outros órgãos internacionais de solução de controvérsias.

Ocorre, entretanto, que as negociações na OMC se mostraram bastante dificultosas especialmente nos chamados novos temas. Exemplo disso é a decisão de retirar, por prazo indeterminado, a matéria relativa à proteção da concorrência da pauta de negociações, bem como suspender as atividades do grupo de trabalho entre comércio e política de concorrência. Se não foi possível chegar a um consenso sequer em relação à atuação dos *hard core cartels*, tema que parece não apresentar grandes divergências, é difícil imaginar que negociações sobre controle de operações de concentração sejam realizadas tão cedo dentro dessa instituição.

Já o terceiro capítulo, por sua vez, trouxe a proposta formulada pela ICN, objeto específico do presente estudo. A International Competition Network foi uma alternativa vislumbrada pelos Estados Unidos da América para resolver problemas associados aos conflitos internacionais em matéria antitruste. Os estudos da International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC, que deram origem à ICN, foram realizados essencialmente por pesquisadores norte-americanos. Ou seja, a ICN desde os seus primórdios já entende o direito antitruste de forma muito próxima ao que o entendem os norte-americanos.

O direito concorrencial norte-americano, seja pelos ensinamentos da escola de Harvard, seja pelos ensinamentos da escola de Chicago, sempre focou seus esforços em garantir situações de mercado que propiciassem melhores alternativas para os consumidores. Tanto a concorrência pela concorrência da escola de Harvard quanto o ganho de eficiências da escola de Chicago partem de premissas micro-econômicas para assegurar o bem estar do consumidor.

Diferentemente, no entanto, da progressiva substituição da escola de Chicago pela de Harvard nas cortes norte-americanas, os estudos da ICN sugerem uma preferência pelos postulados da escola de Harvard.

Por outro lado, objetivos entendidos como não-concorrenciais, como a finalidade de integração na União Européia ou instrumento de implementação de políticas públicas na Constituição do Brasil, não fazem parte da dinâmica do direito concorrencial norte-americano.

Como conseqüência, tanto a ICPAC quanto a ICN concentram seus esforços em aspectos técnicos e econômicos associados à proteção da concorrência, e deixam de lado e até mesmo sugerem a exclusão de aspectos políticos inseridos no contexto concorrencial.

Os relatórios da ICN tentam demonstrar que a maioria dos conflitos existentes em matéria concorrencial são aparentes e não reais e mesmo em relação aos reais, instrumentos econômicos adequados podem demonstrar a ineficiência de uns em relação a outros. As propostas da ICN com relação aos setores regulados ou com atuação direta estatal na economia demonstram uma corrente de pensamento econômico eminentemente liberal dentro da rede.

Os estudos comparativos da ICN corroboram esse posicionamento pois demonstraram que, de modo geral, as regulamentações domésticas fogem pouco desses aspectos e o que se espera de uma legislação de proteção de concorrência pelos controles dos atos de concentração, via de regra, é essencialmente a manutenção de uma estrutura de mercado que assegure o bem estar dos consumidores.

O Brasil é um exemplo, pois, muito embora o direito concorrencial brasileiro, sob a ótica constitucional, seja considerado instrumental, não existem diretrizes de políticas públicas especificamente fixadas que norteiem a atuação do SBDC. De modo geral as decisões do SBDC acabam incorporando aspectos muito próximos do controle norte-americano. A própria portaria conjunta nº 50 da SEAE/SDE estabelece um procedimento de revisão de concentrações horizontais muito próximo ao sugerido pela ICN.

Desse modo, o foco dos trabalhos da ICN em relação aos atos de concentração, é a tentativa de uniformização de procedimentos instrumentais, tanto em relação às notificações quanto em relação à própria revisão do ato de concentração.

Essa uniformização pretendida se dá pela elaboração de recomendações. As recomendações, por sua vez, são formuladas com base nas legislações já existentes. Pelo estudo comparativo dessas legislações são encontrados pontos comuns ou aceitos pela maior parte dos

membros que possui regulamentação nesse ponto específico. As recomendações refletem, segundo o entendimento dos membros dos grupos de trabalho da ICN, o que é entendido como mais aceitável para determinada situação.

As *mergers guidelines* desenvolvidas pela ICN têm por objetivo auxiliar as autoridades nacionais a identificar estruturas de mercado potencialmente danosas à livre concorrência. Fogem do objeto do estudo os motivos para permissão de atos, mesmo que em detrimento da concorrência, em virtude de outros motivos, de ordem pública ou não. Mesmo o estudo de pontos como eficiências e empresas em crise focam na estrutura do mercado e na proteção da concorrência.

Os principais pontos da proposta da ICN para reduzir conflitos internacionais relacionados às concentrações empresariais consiste em:

a) estabelecer umnexo adequado entre a operação de concentração e os países por ela afetados evita a apreciação do ato por mais autoridades do que o necessário;

b) viabilizar um sistema de troca de informações entre as autoridades assegura que não serão tomadas decisões conflitantes originária de desconhecimento de fatos;

c) viabilizar um sistema concomitante de revisão pelas autoridades envolvidas permite que não sejam estabelecidos 'remédios' conflitantes com os estabelecidos pela outra autoridade;

d) uniformizar os procedimentos das autoridades garante segurança jurídica para as partes envolvidas e previsibilidade nas decisões;

e) obter consenso em relação a aspectos materiais dos processos de revisão evita o surgimento de conflitos.

A atuação da ICN em relação à uniformização de procedimentos já parece surtir efeito. Vide nesse sentido as alterações na legislação concorrencial propostas pelo Brasil e a própria edição pela Comunidade Européia, em 2005, de *guidelines* para apreciação de atos de concentração horizontais.

Já com relação à obtenção de consenso em relação a aspectos materiais, como o próprio projeto de *guidelines* é bastante recente, ainda não é possível afirmar se os esforços estão sendo bem sucedidos. O que se pode afirmar, no entanto, é que, se a ICN obter o sucesso pretendido pelos seus idealizadores, opções de política pública diversas do que a proteção do bem estar do consumidor cada vez mais serão excluídas das revisões dos atos de concentração. Ou seja,

haverá um substancial enfraquecimento dos defensores da concorrência como instrumento de implantação de políticas públicas, tais quais os adeptos da escola de Freiburg.

Em síntese, a ICN tende a reduzir substancialmente o número de conflitos internacionais no tocante às restrições às concentrações empresariais, especialmente em virtude da uniformização dos procedimentos e da facilitação de troca de informações e intercâmbio, o que acaba, de certa forma, até criando um mecanismo informal de mediação.

A ICN no entanto, ainda não é a resposta definitiva para a solução dos problemas. Interesses envolvendo atividades de grandes empresas normalmente incluem *lobbys* e pressões políticas locais que tendem a intervir no procedimento de revisão dos atos de concentração pelas autoridades locais. A ausência de um mecanismo de solução de controvérsias impede ou pelo menos dificulta que a rede possa reduzir conflitos nesses casos.

Por outro lado, como não são raros os exemplos de arranjos internacionais *ad hoc* bem sucedidos que evoluíram para a categoria de organizações internacionais, caso a proposta da ICN ganhe força e os postulados da rede adquiram o status de norma cogente, a tendência, ou contra-tendência, é um controle internacional da concorrência fundamentado em postulados essencialmente econômicos liberais.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADDA, Jacques. *As Origens da Globalização da Economia*. Barueri: Manole, 2004.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). “OMC e o Comércio Internacional”. 1ª Edição, São Paulo: Editora Aduaneiras, 2002.

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. 5ª Edição. Nova York: Aspen Law & Business, 1997.

BASSO, Maristela *Joint Ventures. Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

BORK, Robert H. “The antitrust paradox: A policy at war with itself”. Nova York: Free Press, 1993.

BUDZINSKI, Oliver. *The International Competition Network. Prospects and Limits on the Road Towards International Competition Governance*. Disponível <http://www.wiwi.unimarburg.de/Lehrstuehle/VWL/WIPOL/docs/BudzinskiICNWP.pdf> acessado em 03/06/2006.

_____. *Toward an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions Between Centralism and Decentralism*. International Law and Politics, Vol. 36, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito Antitruste & Relações Internacionais. Extraterritorialidade e Cooperação*. Curitiba: Juruá, 2003.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

COMANOR, William S. *Steiner's Two-stage vision: Implication for Antitrust Analysis*. The antitrust Bulletin. 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *Da "Terra dos Cartéis" à Escola Ordoliberal. Aspectos Históricos da Tutela Jurídica da Concorrência na Alemanha*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Temas Atuais do Direito do Comércio Internacional*. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005, p. 495 – 520.

DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (orgs.). *Direito Internacional Econômico em Expansão. Desafios e Dilemas*. 2ª Edição. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

DANIELSEN, Dan. *How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance*. Harvard International Law Journal, Vol. 46, 2005.

DUPAS, Gilberto. *Atores e Poderes na Nova Ordem Global*. Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico – Jurisprudência Anotada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F.. *Microeconomia*. Tradução da 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas 1999.

FABRETTI, Láudio Camargo, *Incorporação, Fusão, Cisão e Outros Eventos Societários*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FERRAZ, Roberto. *A Macrológica do Direito Econômico no Processo Civil*. Artigo aceito para publicação na Revista de Processo. Original fornecido pelo autor.

FINKELSTEIN, C. *A Dimensão e o Controle Internacional do Comércio Local*. In: *Comércio Internacional e Tributação*; Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Eleanor M.; PERITZ, Rudolph J. R.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 2ª Edição. Thomson West, 2004.

FOX, Merrit B. *What's So Special About Multinational Enterprises?: A Comment on Avi-Yonah*. Columbia Law Journal, Vol. 42, 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GINSBURG, Douglas H. e ANGSTREICH, Scott H. *Multinational Merger Review: Lessons From our Federalism*. Antitrust Law Journal, vol. 69, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

HEYER, Hen. *A World of Uncertainty: Economics and The Globalization of Antitrust*. Antitrust Law Journal, Vol. 72, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust as Extraterritorial Regulatory Policy*. The Antitrust Bulletin. Fall, 2003.

KLEIN Benjamin e WILEY JR, John Shepard. *Market Power in Economics and in Antitrust: Reply to Baker*. Antitrust Law Journal, vol. 70, 2003.

KOLASKY, William J e DICK, Andrew. *The Merger Guidelines and the Integration of Eficiencias into Antitrust Review of Horizontal Mergers*. Antitrust Law Journal, Vol. 71 – 1, 2003.

KORAH, Valentine. *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*. Antitrust Law Journal, Vol. 69, 2001.

LE PERA, Sérgio. *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*. Buenos Aires: Editora Astrea, 1984.

LETWIN, William. *Law and Economic Policy in América. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães Marques. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MEHRA, Salil K. *Deterrance; The Private Remedy and International Antitrust Cases*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 40, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTI, Mário. *International Cooperation in Antitrust: US/EU and Beyond*. Antitrust Law Journal nº 69, 2001.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito da Concorrência e Desenvolvimento*. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

NELSON, Philip e SUN, Su. *Consumer Savings From Merger Enforcement: A Review of the Antitrust Agencies' Estimates*. Antitrust Law Journal, Vol. 69, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Direito Econômico: Introdução ao Direito Econômico*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria. *Relações Internacionais – Estudos de Introdução*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

PASTOR, Javier Viciano. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 1995.

PAUTLER, Paul A. *Evidence on Mergers and Acquisitions*. Antitrust Bulletin. Vol. 48, 2003.

PAVIC, Vladimir. *Extraterritoriality in the Matters of Antitrust*. Fucecchio: European Press Academic Publising, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e Universidade. Aspectos Legais*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2005.

POSNER, Richard A.. *Antitrust Law*. 2ª Edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

_____. *The Federal Trade Commission: A Retrospective*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, 2005.

RAINELLI, Michel. *Comércio Internacional*. Barueri, Manole, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial as Estruturas*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHAFER, Armin. *Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law*. *European Law Journal*, vol. 12, 2006.

SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SPIRO, Peter J. *Globalization, International Law, and the Academy*. *International Law and Politics*, Vol. 32, 2000.

STITH, Richard e WEILER, J.H.H. *Can Treaty Law be Supreme, Directly Effective and Autonomous – All at the Same Time? (An Epistolary Exchange)*. *International Law and Politics*, Vol. 34, 2002.

STREIT, Manfred E.; WHOL GEMUTH, Michael. *The Market Economy and the State Hayekian and Ordoliberal Conceptions*. Disponível em: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/assets/images/Streit-onHayek97.pdf> Acessado em 03/06/2006.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. Saint Paul: West Group, 1977.

VAN MIERT, Karel. *The Future of European Competition Policy*. Presentation of the Ludwig Erhard Prize, Bonn: 1998.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

WAISBERG, Ivo. *Direito e Política de Concorrência Para os Países em Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

WERDEN, Gregory J. *Network Effects and Conditions of Entry: Lessons from the Microsoft Case*. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, 2001.

YAO, Dennis A. e DE SANTI, Susan. *Game Theory and The Legal Analysis of Tacit Collusion*. *Antitrust Bulletin*, Vol. 38, 1993.