

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
PROGRAMA DE MESTRADO**

Marco Antonio Lucas

**O IMPACTO DA “TEORIA DOS EFEITOS” NA NOÇÃO DE MERCADO
RELEVANTE EM ÂMBITO INTERNACIONAL E AS DECISÕES DO CADE**

Florianópolis
2010

Marco Antonio Lucas

**O IMPACTO DA “TEORIA DOS EFEITOS” NA NOÇÃO DE MERCADO
RELEVANTE EM ÂMBITO INTERNACIONAL E AS DECISÕES DO CADE**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Relações Internacionais, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis
2010

Ficha Catalográfica

(Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária Alice de Amorim Borges - CRB
865/14)

L933i

Lucas, Marco Antonio.

O impacto da “teoria dos efeitos” na noção de Mercado Relevante em âmbito internacional e as decisões do CADE / Marco Antonio Lucas. – Florianópolis: 2010.

172 f : il. ; 21 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

Orientador: Arno Dal Ri Júnior

Inclui bibliografia.

1. Direito Internacional. 2. Antitruste. 3. Globalização. 4. Mercado Relevante. 5. Soberania. I. Dal Ri Júnior, Arno. II. Universidade Federal de Santa Catarina. III. Título.

CDD 341

Marco Antonio Lucas

**O IMPACTO DA “TEORIA DOS EFEITOS” NA NOÇÃO DE MERCADO
RELEVANTE EM ÂMBITO INTERNACIONAL E AS DECISÕES DO CADE**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado em Direito.

Florianópolis, 24 de maio de 2010.

Prof. Antonio Carlos Wolkmer, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. José Luiz Borges Horta, Dr.
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

A meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que não se faz visível, mas habita em nosso interior e sem dúvida é o criador de todas as coisas.

A meu pai Osni e minha mãe Maria.

Ao Dr. Zoé pelos conselhos e incentivo.

A todos aqueles amigos que souberam ter compreensão e que de alguma forma me auxiliaram, e a todos aqueles que de alguma forma não atrapalharam.

Aos companheiros de escritório pela paciência.

Em 1933, em sua aula inaugural no Collège de France, Lucien Febvre tinha ridicularizado os escritores que, “sentados a suas escrivaninhas, atrás de montanhas de papel, tendo fechado e coberto suas janelas”, emitiam juízos profundos sobre a vida de proprietários rurais, camponeses e trabalhadores agrícolas.

(Febvre, apud Paul Feyerabend, 2007)

LUCAS, Marco Antonio. *O impacto da “teoria dos efeitos” na noção de Mercado Relevante em âmbito internacional e as decisões do CADE*. 2010. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

RESUMO

O trabalho propõe uma abordagem da Tutela Internacional da Concorrência, sob o enfoque de que na análise dos atos de concentração as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) necessitam levar em conta a “Teoria dos Efeitos (globais)” e, para tanto, realizar uma correta definição de Mercado Relevante. Parte-se da hipótese de que a Lei Antitruste deu margem a uma definição superficial de mercado relevante, não especificando os limites de aplicação da tutela da concorrência. A pesquisa realizada aborda a posição do Brasil no cenário mundial desde sua descoberta, com o colonialismo, também, frente ao capitalismo liberal, fazendo uma comparação com a legislação de outras economias como dos Estados Unidos e da União Europeia.

Palavras-Chaves: Direito Internacional da Concorrência. Antitruste. Globalização. Mercado Relevante. Soberania.

ABSTRACT

This essay proposes an approach about the International Protection of Competition, under the aspect that, in the analysis of the concentration acts, the decisions of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) have to take in consideration the “Global Effects Theory” and, thereunto, realize a correct definition of Relevant Market. There is a hypothesis that the Antitrust Law gave margin to a superficial definition of relevant market, not specifying the limits for the application of the competition protection. This research approaches the Brazilian position on the world’s scenario since its finding, with the colonialism, also, facing liberal capitalism, and making a comparison with others economies legislation, such as United States and European Union.

Keywords: International law competition. Antitrust. Globalization. Relevant Market. Sovereignty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A TUTELA DA CONCORRÊNCIA E O CADE	18
1.1 O surgimento no Brasil de uma política de defesa da concorrência ...	23
1.2 O direito da concorrência no Brasil pós-Constituição de 1988.....	27
1.3 O sistema brasileiro de defesa da concorrência	31
1.4 O CADE como órgão julgante.....	33
1.4.1 A apuração das infrações à ordem econômica.....	35
1.4.2 Acordo de Leniência.....	39
1.5 O julgamento do processo administrativo pelo CADE.....	41
1.5.1 Compromisso de cessação	44
1.5.2 O CADE como órgão de controle de atos.....	45
1.6 A execução das decisões do CADE.....	50
1.6.1 Da intervenção	51
1.7 O novo projeto de lei que altera a Lei n.º 8.884 de 1994	53
2 A DIMENSÃO INTERNACIONAL DO ANTITRUSTE	60
2.1 A origem do direito internacional: uma abordagem.....	61
2.2 Acerca do monismo e dualismo: teorias do direito internacional	68
2.3 Uma visão sistêmica do direito internacional.....	73
2.4 O paradigma americano.....	85
2.4.1 A Escola de Chicago	93
2.4.2 Paradigma da União Europeia.....	95
2.5 A globalização dos mercados e a teoria dos efeitos.....	99
3 O CADE E A APLICAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL	102
3.1 As decisões do CADE e a “teoria dos efeitos”	110
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS	160

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a Tutela Internacional da Concorrência, cujo problema principal é analisar se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) levam em conta a “Teoria dos Efeitos”, bem como se é realizada uma ampla e correta definição de Mercado Relevante. Para tanto, parte-se da hipótese preliminar de que a legislação brasileira, quando elaborada, deu margem a uma definição muito superficial de mercado relevante. E, também, não especificando os limites de aplicação da tutela da concorrência, definindo apenas que o CADE, órgão responsável pela aplicação do direito antitruste, deve levar em consideração o mercado relevante, não se atentando para a necessidade de se preocupar com a possibilidade dos atos formadores de monopólios se efetivarem fora das fronteiras do País.

A experiência do senso comum é de que o sistema jurídico brasileiro não possibilita ao CADE uma maior independência no que diz respeito a uma eficaz aplicação da tutela da concorrência, e de que nossa legislação antitruste é carecedora de uma definição específica do que seja mercado relevante, bem como não contempla a possibilidade de aplicação da “Teoria dos Efeitos”, mesmo com a presença do artigo que contempla a extraterritorialidade da lei. Isso porque, conforme será mais bem explorado, a aplicação da legislação de um Estado fora de sua jurisdição envolve questões muito delicadas. Para isso, os objetivos propostos foram examinar a nossa legislação, cotejando-a com as mais relevantes decisões do CADE e seus possíveis desdobramentos em relação ao direito antitruste internacional, visando a uma aplicação eficaz da tutela da concorrência no sistema jurídico brasileiro.

No âmbito geral, é preciso analisar a posição do Brasil em relação aos efeitos da aplicação do direito antitruste no desenvolvimento do comércio mundial, bem como examinar se as decisões do CADE são tomadas de acordo com o direito internacional econômico, especificamente no que diz respeito aos seus efeitos globais. Isso se justifica pelo fato de que o cenário mundial atual sofreu transformações significativas e graduais nos últimos séculos em um contexto amplo,

inclusive seus reflexos no enfraquecimento dos vínculos territoriais dos Estados (DAL RI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2002, p. 14).

A elaboração do presente trabalho compreendeu, além da pesquisa bibliográfica realizada na Universidade Federal de Santa Catarina, uma viagem a fim de realizar estudos e pesquisas complementares nas Universidades de Florença, na Itália e Cambridge, no Reino Unido. Afinal, já havia chamado a atenção, além das diferenças existentes entre os costumes da Europa tradicional com os do Leste do continente, principalmente na questão religiosa, também, os existentes dentro da América Latina, em viagens em que se pode constatar o desenvolvimento chileno, a pobreza e as injustiças cometidas com a população Inca no Peru, bem como as disparidades existentes entre Brasil, Argentina e Paraguai. Uma nova viagem à Europa, agora com cunho científico, viria a complementar o que se pôde observar quando o fim maior era o turismo, o qual, diga-se, não deixa de ser uma importante atividade econômica.

Esse fato merece ser registrado e compartilhado com o leitor, uma vez que contribuíram para a “visão global” que será utilizada nessa pesquisa. As atividades complementares iniciaram-se em 1.º de dezembro de 2008, já em Florença, cujas novas instalações e o imponente prédio da biblioteca, com quatro andares, fazem refletir acerca da importância que é dada à pesquisa na Itália. Importante registrar que assim também é nas outras universidades visitadas, como a de Pádua e Cambridge. Na Universidade de Florença o acesso à biblioteca é restrito. Em seu interior podem encontrar-se exemplares raros dos mais importantes livros editados na Europa. Em Cambridge, são seis andares e mais um nível inferior abarrotados de livros. O acesso, também, é restrito, e a organização e o silêncio impressionam. Disso extrai-se a primeira lição a ser empregada nessa dissertação: sem estudo e sem pesquisa não se desenvolve uma nação! Apropriados dessa ideia, prosseguiu-se no interior da Biblioteca, em Florença, nos períodos matutino e vespertino e em Cambridge no vespertino, porque o matutino era dedicado aos cursos de inglês, selecionando, lendo, fotocopiando e fotografando material referente à área de pesquisa no Mestrado, qual seja Direito Internacional Econômico, Direito Internacional da Concorrência. Na oportunidade foram coletadas mais de 40 diferentes bibliografias nas línguas italiano, espanhol e inglês,

representando mais de 15 kg de cópias e 1.1 GB de material fotografado. Obteve-se, assim, a lição número dois: nunca leve mais peso do que você consegue carregar!

Durante esse período, ainda, foi oportunizado assistir como ouvinte a uma aula da disciplina sobre codificação ministrada pelo Professor Dr. Paulo Capellini. No dia 10 de dezembro foi oportunizado assistir a uma Aula Magna, ministrada pelo Professor Dr. Arno Dal Ri Júnior aos alunos do Doutorado da Universidade de Florença, cujo tema foi: O Estado e Seus Inimigos. A abertura do evento foi realizada pelo Professor Paolo Grossi, hoje Ministro da Corte Constitucional Italiana, que, antes de passar a palavra e enaltecer a presença do Professor Dr. Arno Dal Ri Júnior, fez uma breve introdução da sua obra *L'Europa del diritto*, o que serviu de incentivo para se persistir na vida acadêmica, tendo como exemplo a dedicação dessas pessoas na pesquisa e produção científica. Essa foi a terceira lição, que espero poder passá-la adiante, a fim de que sirva como motivação e incentivo àqueles que desejam seguir, mesmo sem dedicação exclusiva, a vida acadêmica. Deixar para trás, escritório, sócios, funcionários, clientes e bens pessoais, aventurando-se em uma viagem inicialmente utilizando a “base avançada” montada pelo Professor Dr. Arno Dal Ri Júnior na Itália e, posteriormente, atravessar sozinho a Europa até chegar à Ásia foi a quarta lição.

Concluídas as tarefas em Florença, iniciou-se uma viagem de sete dias pela Europa, tendo como tema a História do Direito Internacional, passando pelas Cidades de Veneza, onde foi ministrada aula a respeito do desenvolvimento do comércio marítimo a partir daquela cidade, tendo em vista a estratégica forma de construção à época e, principalmente, por dominar a arte da navegação. O Professor Arno ressaltou que após a descoberta do Caminho para as Índias percebeu-se a lucratividade representada por aquela modalidade de comércio, o que acentuou as viagens marítimas, fator fundamental para o desenvolvimento global. Também, no que diz respeito à República Christiana, a peculiar construção da Catedral de Veneza e de como os “cristãos” das Cruzadas ficaram maravilhados ao avistar Constantinopla, tendo inclusive mudado o rumo da viagem “importando” farto material. Mais uma lição, a quinta: a história que nos foi contada desde o descobrimento não foi a verdadeira história.

Seguindo para Milão, fomos recebidos pelo Professor Piero Ziccardi que, por duas horas aproximadamente, explanou acerca de suas experiências na guerra

e influência desta em sua vida, visão do desenvolvimento do direito, perspectivas em relação à globalização e importância de se ver o direito de forma global. Entre seus ensinamentos, foi incisivo acerca da importância de se desenvolver um hábito de leitura preferencialmente em diversas línguas, “a maioria deriva do latim”. Sexta lição: acredite que é possível.

A imponência do Império Austro-Húngaro pode ser vista em Trieste, cidade portuária que conserva até hoje monumentos e palácios que retratam a sua grandeza na época. O próximo passo foi uma viagem com o objetivo de visualizar comportamentos hegemônicos, como o Império Romano e a trágica tentativa de domínio nazista. Para tanto, o grupo prosseguiu para Verona onde se pode ver a nítida presença dos traços da Civilização Romana em Munique, onde se deu a fracassada tentativa de Golpe de Hitler, que depois o conduziria a ser aclamado como “herói” pelos alemães. Um retrato maior do que foi aquele período pode ver-se em Nuremberg, onde foi erguido um museu às vítimas do Holocausto, que permite aos visitantes ficarem horas assistindo a documentários, visualizando materiais, peças de roupas, fotografias e reproduções de campos de concentração, obtendo uma boa noção da terrível tentativa nazista de impor um único padrão [hegemônico] ao mundo.

Não se pode passar pela Alemanha sem conhecer Berlim sem visitar as ruínas do famoso Muro que separou a Alemanha em Ocidental e Oriental e refletir acerca da estupidez do ser humano. Apesar da Crise, no dia 22 de dezembro de 2008, impossível deixar de reparar a movimentação econômica na época natalina e que deixava abarrotados os shopping centers na capital alemã. Reflexo da globalização dos costumes, religiões e produtos, nada era muito diferente do que no Brasil. Sexta lição: A globalização do capitalismo, silenciosa, foi mais eficaz do que a tentativa frustrada de Hitler.

Uma hipótese tem de ser testada; restava seguir para Constantinopla, ou melhor, para Istambul. Antes, sétima lição: o trem é um meio de transporte seguro, econômico e eficaz na Europa (exceto em alguns lugares da Itália). Por sugestão [imposição do Professor Arno] seguiu-se via aérea para a Turquia. Oitava lição: Seguir os conselhos dos mais experientes. A estada lá foi com três propósitos básicos: a) visualizar o que foi narrado na aula ministrada em Veneza; b) conhecer os costumes de um país com população formada 99% por pessoas de religião

muçulmana, que tenta ingressar na União Europeia, sendo esta formada basicamente por países oriundos da antiga *Respublica Christina*; c) atravessar o estreito de Bósforo e, simbolicamente, ingressar no continente Asiático.

De Istambul, no dia 25 de dezembro, passado o Natal para os cristãos e tendo-se constatado ser um dia absolutamente normal naquela cidade, o próximo objetivo era chegar a Cambridge. Oitava lição: o mundo é preconceituoso e intolerante.

No caminho de volta estava a Grécia, optando-se por fazer de trem, sendo único passageiro do antigo “Expresso do Oriente”, rumo a Tessalônica, Atenas, Corinto e Patras, a fim de visualizar a composição geográfica e ter maior contato com os sítios arqueológicos que retratam a história da Antiguidade, bem como visualizar algumas cidades que tiveram fundamental importância na vida de Paulo [Apóstolo], cuja obra foi essencial para a fundação da *Respublica Christiana*. De Patras, seguiu-se de navio para Ancona, e, de lá, via trem para Roma, com o objetivo de conhecer nos últimos dias a Itália. Em Roma, onde este mestrando permaneceu três dias, visitaram-se os principais sítios arqueológicos, além da Praça São Pedro e Museu do Vaticano, onde se pode constatar a imponência do Império Romano. De Roma, o mestrando seguiu de trem para Paris, e pode destacar-se uma nova visita ao Museu do Louvre, o qual já conhecera em 2004, atentando principalmente para a visita de obras ligadas à arqueologia sobre as civilizações da Antiguidade e Idade Média. Outro ponto de destaque é o memorial da Paz. Nona lição: O mundo é um grande comércio!

No Reino Unido, após atravessar o Eurotúnel num Eurostar lotado, tivemos um mês cansativo, não só pelo fato de se ter de “pensar” na língua inglesa, além dos estudos matutinos na “Embassy School”, e no período vespertino, pesquisando na Cambridge University Library, tudo, debaixo de muita neve. Antes de regressar ao Brasil, como última visita a ser feita na Europa, restava conhecer o principal museu de Londres [British Museum], no qual o que se pode dizer que mais chamou a atenção foi uma advertência ao mundo sobre o que está acontecendo na antiga Mesopotâmia, hoje Iraque, onde a guerra está destruindo uma parte importantíssima da nossa história. Décima lição: O conhecimento é o bem mais valioso e o único que nunca poderá ser suprimido do ser humano. Aliás, essa lição já me tinha sido dada em 1991, pelo então Presidente do Conselho de Administração

do que naquela época, antes da grande especulação econômica globalizada, foi o maior complexo agroindustrial da América Latina. Um adendo a se fazer é um Provérbio de Salomão: O muito saber também é um enfado!

Apto a escrever sobre o processo de globalização, é importante esclarecer que no presente trabalho deve-se buscar entender o mercado de forma global, analisando e comparando suas várias regiões, com o objetivo, também, de estudar os efeitos dessa globalização nos mercados internos e os meios utilizados no sentido de se garantir o equilíbrio das relações econômicas em face da concorrência predatória.

Segundo o ensinamento de Adam Smith ao conceituar a sua “mão invisível”, o indivíduo nada faz que não seja em seu próprio benefício, e Maquiavel também adverte sobre a importância de não se desejar os bens alheios, pois é mais fácil para o homem esquecer a morte do pai do que a perda do patrimônio.

Desde Smith, o mundo sofreu transformações econômicas, impulsionadas principalmente pelas revoluções tecnológicas, de comunicação e de transportes, as quais favoreceram o surgimento das grandes corporações que hoje ameaçam até mesmo substituir a tradicional forma de Estado. Aliás, o faturamento dessa sociedade é maior que o orçamento de muitos países somados. Já advertia Schumpeter que da inovação surgia uma nova forma de organização e, por via de consequência, o surgimento de monopólios.¹ E como se percebe, é forte o apelo para que o comércio se torne uma forma de integração entre os povos, transformando a lógica das relações sociais em lógica de mercado². O estudo dessas transformações é fundamental no presente trabalho, tendo em vista a necessidade de adequação da legislação existente nos Estados Unidos há época, à nova realidade.

Dentre os principais grandes negócios, a história elenca a indústria do petróleo, energia elétrica e gás, bancos, companhia de seguros e transportes. Um nome que certamente marca o início do monopólio na nova fase industrial é a Standard Oil Company. Essa companhia, nas décadas entre o fim do século XIX e início do século XX, controlava 20 empresas petrolíferas ao redor do mundo,

¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Tradução de Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 48 – 49.

localizadas, além de nos Estados Unidos, na Holanda, Alemanha, Bélgica, Áustria, Japão e Austrália entre outros.³

Daí a necessidade de se criar mecanismos transfronteiriços no intuito de coibir que as empresas se coloquem em posição dominante “impondo aos agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado.”⁴ Esse assunto já despertou o interesse de pesquisadores na União Europeia e nos Estados Unidos, que abordaram o estudo dos efeitos globais da concorrência. É importante, portanto, realizar um estudo de casos com base na legislação existente no Brasil e nas decisões do CADE, no sentido de se verificar de que forma esse órgão se posiciona em relação a determinado assunto. E como tal, é fundamental identificar e estudar o mercado relevante, por ser fator determinante no sentido de se estabelecer o equilíbrio das relações econômicas e aplicação do direito antitruste.

O direito da concorrência em países como Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos e Itália, entre outros, merece papel de destaque, inclusive, como forma de estratégia de Estado, tanto que recebeu proposta de codificação, no intuito de se criar um código internacional de direito da concorrência: o *Draft International Antitrust Code*.⁵ Muito mais do que se identificar é preciso definir corretamente o mercado relevante por ser este fundamental para indicar a existência de monopólio, levando em conta os efeitos globais da defesa da concorrência. O trabalho a ser desenvolvido deverá ter como referencial teórico a extraterritorialidade das normas de tutela da concorrência⁶ e a competição no mundo do mercado global.⁷

Ao investigar-se legislações, verifica-se que na União Europeia a tutela da concorrência, além do que está disposto no Tratado de Roma, desde a década de 1960 passou a adotar uma variação da “teoria dos efeitos”. Nos Estados Unidos o marco do direito antitruste foi a elaboração do *Sherman Antitrust Act* em 1889, o qual sofreu significativas modificações, que serão abordadas no segundo capítulo. No

² SANTOS, Boaventura. *A gramática do tempo para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 193.

³ FLYNN, John T. *God's gold: the story of Rockefeller and his times*. London: Harrap, 1933, p. 363.

⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315

⁵ IMMENGA, Ulrich. *EL mercado y el derecho estudios de la competencia*. Valencia: Tirant Lo Blank, 2001, p. 34.

⁶ DAL RI JUNIOR, Arno; ORO, Ari Pedro (Org.). *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*: Petrópolis: Vozes, 2004, p. 84.

⁷ FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence A. PERITZ, Rudolph, J. R. *Cases and materials on u.s. antitrust in global context*. 2. ed. St. Paul, MN: WEST PUBLISHING CO, 2004 West, a Thompson Bussines, 2004, p. 641.

Brasil, o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, determina que: “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”. Seus incisos e parágrafos dão margem a muitas controvérsias e possibilidades de interpretação, o que, aliás, parece ser uma “regra” no sistema legislativo brasileiro.

Argumenta Salomão Filho que a Lei n.º 8.884/94 é a “reprodução quase fiel do art. 81, inciso III, do Tratado de Roma [...]” aplicável de forma exclusiva às formas de cooperação empresarial.⁸ Na conceituação do § 2.º da Lei antitruste, a posição dominante é presumida, sendo necessário analisar a forma de interpretação do SBDC acerca da matéria. Já o Mercado Relevante, está dividido em “mercado relevante geográfico [...] onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva e Mercado Relevante Material (ou mercado do produto) onde o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”.⁹

Cabe ao CADE, portanto, a identificação do mercado relevante material e do mercado relevante geográfico, para que possa aplicar a medida antitruste. É necessário examinar-se as principais decisões do Conselho, no sentido de verificar a amplitude da definição de mercado relevante utilizada e o seu reflexo no País, levando em conta o seu impacto interno e externo, não só na área do direito, como na sociedade e economia, visando a buscar o equilíbrio das relações entre os competidores.

A metodologia empregada é a realização de uma investigação “concreta dos aspectos essenciais do objeto, devendo ser analisados conjuntamente os aspectos sociais, econômicos e políticos”, razão pela qual o método mais adequado é o dialético.¹⁰ Não obstante, por se estar analisando, mesmo que não detalhadamente, os sistemas da União Européia e EUA, haverá, também, a necessidade de utilizar-se, como método auxiliar, o método comparativo.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 321.

⁹ *Idem* p. 241

¹⁰ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76.

Por fim, o presente Trabalho está dividido em três capítulos, com as seguintes configurações:

Capítulo 1: A TUTELA DE CONCORRÊNCIA E O CADE, que abordará o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sua estrutura administrativa, o que importará na análise da legislação e a forma pela qual se define a sua atuação; tem o objetivo de situar o leitor acerca da importância da tutela da concorrência e o momento de criação do Conselho, sua composição, funcionamento e atribuição;

Capítulo 2: A DIMENSÃO INTERNACIONAL DO ANTITRUSTE, em que serão analisados outros sistemas jurídicos, quais sejam: a) o da União Europeia; b) o dos EUA. O objetivo é demonstrar a dimensão do direito antitruste em âmbito internacional;

Capítulo 3: O CADE NO ÂMBITO INTERNACIONAL, em que serão analisadas as principais decisões do CADE e seus reflexos no âmbito internacional, a fim de verificar se estas comportam a “Teoria dos Efeitos”.

Na conclusão, serão recuperados os assuntos abordados anteriormente, em cada capítulo, e verificado se os objetivos traçados foram alcançados.

1 A TUTELA DA CONCORRÊNCIA E O CADE

O sistema de tutela da concorrência no Brasil obedece a uma legislação infraconstitucional, cujo processo de controle dos atos é realizado no âmbito administrativo por um Conselho, ao qual recentemente se procurou dar *status* de Tribunal por intermédio de uma Lei Complementar. Contudo, o direito antitruste brasileiro, como é a proposta do presente trabalho, precisa ser estudado de forma sistêmica dentro do nosso ordenamento legal e não isoladamente, como se o início da tutela da concorrência tenha se dado por intermédio da Lei n.º 8.884/94. Conhecer o processo de formação da cultura jurídica no Brasil é fundamental para o entendimento da aplicação do direito no território nacional. Afinal, segundo a afirmação de Max Weber, para que os fatos possuam um significado eles devem ser analisados como “um conjunto de elementos associados na realidade histórica, que unimos em um todo conceitual do ponto de vista do seu significado cultural”.¹¹

Por ser uma característica brasileira fazer adaptações nas legislações de outros países, é certo que o estudo do nosso direito antitruste não pode desprezar experiências como as ocorridas nos Estados Unidos e União Europeia, que são consideradas como paradigmas para outros modelos econômicos ao redor do globo. Principalmente no atual momento quando se verifica que está ocorrendo no Brasil um aumento considerado na criação de novos grupos econômicos por intermédio de fusões, movimento o qual já representava uma tendência internacional no início do século, tendo sido considerado como uma espécie de enfermidade, e que Immenga denomina *fusionite*.¹²

Não é coincidência o fato de acontecerem no Brasil eventos que ocorreram anteriormente em outras partes do mundo, afinal, há que se entender que o Brasil nunca esteve na vanguarda em se tratando de desenvolvimento, tampouco de legislação. Isso ocorre desde o desembarque dos portugueses em terras brasileiras e, posteriormente, do estabelecimento por aqui das leis e costumes de

¹¹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução M. Irene de Q.F. Szmrecsányi e Tamás J.M.K. Szmrecsányi. São Paulo: Cengage Learning, 2002, p. 25.

¹² La oleada de fusiones de ámbito nacional o, cada vez con mayor frecuencia, internacional, de dimensiones hasta ahora desconocidas, es descrita habitualmente con el calificativo <<fusionites>> y de esta situación puede efectuarse desde distintos puntos de vista. Desde la óptica de las empresas, que de esa manera busca su éxito económico, atendiendo a los trabajadores afectados, así como, sin duda, desde la perspectiva de los intereses económicos nacionales o de orden político. p. 68. *El Mercado Y El Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia: 2001.

Portugal. Segundo Eros Grau, “A História brasileira e latino-americana é a História do Capitalismo; mas, ao mesmo tempo, a História brasileira e latino-americana é a História de um determinado capitalismo, do capitalismo tardio; reversamente a História do capitalismo é também a nossa história”.¹³ Esse mesmo capitalismo, agregado à avidez dos portugueses e a necessidade de obterem riquezas para custear suas despesas, foi o responsável direto pelo início do processo de colonização, que iniciou após o desenvolvendo do comércio marítimo pelos lusitanos que, segundo SMITH, era monopolizado pelos Venezianos,¹⁴ os quais possuíam o domínio do comércio na Europa, sem, contudo, terem estendido sua navegação para além do Mediterrâneo,¹⁵ o que possibilitou o domínio da atividade pelos portugueses e espanhóis. E, como consequência, vieram os descobrimentos e a colonização das terras além-mar.

Nossa economia, assim como a da America Latina, é fruto da política extrativista implantada por força da colonização portuguesa, no caso do Brasil, e espanhola, nos demais países. O estudo da nossa identidade, que necessariamente compreende o estudo da identidade portuguesa, revela, segundo Boaventura de Souza Santos, que os lusitanos nunca tiveram uma relação direta com o capitalismo, ao contrário do que ocorreu com o colonialismo britânico. O colonialismo português, segundo o autor, chegou a ser “em certos momentos, quase que uma ‘colônia

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 391 p. p.338.

¹⁴ Durante os séculos XIV e XV, os venezianos realizavam um comércio bastante vantajoso de especiarias e outros artigos das Índias Orientais, os quais eles distribuíam entre outras nações da Europa. Compravam-nos principalmente do Egito, que àquela época estava sob o domínio dos mamelucos, inimigos dos turcos, dos quais os venezianos, por sua vez, eram também inimigos; e essa união de interesses, assistida pelo direito de Veneza, formou uma associação tal, que praticamente deu aos venezianos o monopólio do comércio. Os grandes lucros dos venezianos excitaram a avidez dos portugueses. Durante o curso do século XV, estes se haviam empenhado em encontrar um caminho marítimo que os levasse aos países dos quais os mouros lhes traziam, através do deserto, marfim e ouro em pó. Descobriram as ilhas das Madeira, Canárias, Açores, de Cabo Verde, o litoral da Guiné de Loango, Congo, Angola, Benguela e finalmente o cabo da Boa Esperança. Havia muito os portugueses ansiavam por tomar parte do rentável comércio dos venezianos, e esta última descoberta lhes abriu uma perspectiva provável de consegui-lo. SMITH, Adam. *A riqueza das nações 2*. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenske. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 703-704.

¹⁵ Contam que nessa colônia existem mais de 60 mil habitantes, entre portugueses ou descendentes de portugueses, crioulos, mulatos e uma raça mista de portugueses e brasileiros. Supõe-se que não exista nenhuma outra colônia na América que possua um número tão grande de habitantes de origem européia. No final do século XV e durante a maior parte do século XVI, Espanha e Portugal eram as duas maiores potências navais do oceano – pois, embora o comércio de Veneza se estendesse a todas as regiões da Europa, suas frotas praticamente jamais navegavam além do Mediterrâneo. Por serem os primeiros descobridores, os espanhóis reivindicavam para si toda a América, e, ainda que não pudessem impedir uma potência naval tão forte como a de Portugal de se estabelecer no Brasil, tal era, naquele tempo o terror que inspiravam os espanhóis, que a maioria das outras nações européias temia estabelecer-se em qualquer outra parte desse grande continente [...] SMITH, Adam. *A riqueza das nações 2*. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenske. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 719.

informal' da Inglaterra".¹⁶ A história do Brasil, portanto, nasce de uma relação de subordinação da colônia sul-americana em relação a Portugal e de uma quase subordinação lusitana ao colonialismo inglês.¹⁷ As relações entre Portugal e o Brasil eram pautadas pelo capitalismo e liberalismo, tendo como base o mercantilismo e o monopólio do comércio pela metrópole,¹⁸ contando, também, a Colônia com um sistema jurídico importado da Corte¹⁹.

Referido sistema era imperfeito por atribuir poderes aos funcionários sem uma preocupação em separar funções, resultando em "acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades".²⁰ Também, o preenchimento dos cargos criados na estrutura colonial obedecia a critérios elitistas, tendo preferência os filhos de pessoas pertencentes à nobreza, bem como os filhos dos que já ocupavam lugar no funcionalismo como fiscais,

¹⁶ A perifericidade do colonialismo português é dupla, porque ocorre tanto no domínio das práticas coloniais, como no dos discursos coloniais. No domínio das práticas, a perifericidade está no fato de Portugal, enquanto país semiperiférico no sistema mundial, ter sido ele próprio, durante um longo período, um país dependente da Inglaterra, e, em certos momentos, quase uma "colônia informal" da Inglaterra. Tal como aconteceu com o colonialismo espanhol, a conjunção do colonialismo português o capitalismo foi muito menos directa do que a que caracterizou o colonialismo britânico. [...] SANTOS, 2006, p. 230.

¹⁷ Isto significa que o colonizador português tem um problema de auto-representação algo semelhante ao do colonizado pelo colonialismo britânico, o problema da prevalência de uma hetero-representação que confirma a sua subalternidade. Esse problema, referido ao colonizado, consiste, como é sabido, na impossibilidade ou dificuldade de o colonizado ou o chamado Terceiro Mundo ex-colonizado se representar a si próprio em termos que não confirmem a posição de subalternidade que a representação colonial lhe atribuiu. SANTOS, 2006, p. 231.

¹⁸ A gestão da Colônia se faria através da Metrópole, cabendo-lhe tornar efetivos os princípios do mercantilismo, principalmente através da constituição de monopólios. É no sistema monopolista que reside o núcleo de toda essa conjuntura. O monopólio do comércio pela Metrópole visava, naturalmente, impedir que outras nações européias pusessem em risco, com a concorrência, aqueles privilégios advindos da restrição comercial, tão lucrativa aos comerciantes portugueses que não encontravam, no seu reduzido espaço, satisfação para sua ambição. O país se edificou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, existindo, sobretudo, em função da Metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para o emergente segmento social mercantil lusitano. WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Florianópolis: Livraria Del Rey, 2005, p. 47.

¹⁹ Com o fracasso da maior parte das capitânias [hereditárias], tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação administrativa designada como sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo de Cartas de Doação e Forais das capitânias até Cartas Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, legislação canônica, *ius Commune* e, finalmente, a mais importante compilação que veio unificar o Direito lusitano, as Ordenações Reais. De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional [...] WOLKMER, 2007, p. 59.

²⁰ A legislação portuguesa, no período colonial do Brasil, conforme já foi acentuado, demarcava imperfeitamente as atribuições dos diversos funcionários, sem a preocupação – desusada na época – de separar as funções por sua natureza. Daí a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades, dispostas em ordem hierárquica, nem sempre rigorosa. A confusão entre funções judiciárias e policiais perdurará ainda por muito tempo. Do ponto de vista que ora nos interessa, cumpre mencionar, em primeiro lugar, os juízes ordinários e os de fora, que tinham funções policiais e jurisdicionais, além das administrativas. Havia ainda, em certos lugares, juízes especializados de órfãos e do crime. As câmaras, por sua vez, retinham algumas atribuições judiciárias, embora muito reduzidas pelas Ordenações Filipinas. LEAL,

inspetores e tabeliães, não sendo permitido o ingresso de comerciantes, negociantes, cristãos novos, negros judeus entre outros.²¹ Em suma o sistema era pautado por: “a) relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais, formais e profissionais; b) relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno.”²²

Há que se ter em mente que toda essa organização funcionava para garantir os interesses da coroa na atividade extrativista, cujo objetivo único era alimentar o espírito do capitalismo europeu. E na situação periférica na qual se encontrava Portugal não se pode deixar de observar que a religião católica exercia forte influência sobre aquele Império, motivo pelo qual da estratificação acima apresentada eram excluídos os “ímpios” e dada a preferência aos católicos. Afinal, como observou Max Weber: “O católico é mais tranqüilo, tem menos impulso aquisitivo; prefere a vida mais segura possível, mesmo que implique em ganho menor, [...]” preferindo “dormir sem ser perturbado”.²³ Sob a égide dessa perfeita combinação, a Coroa protegia seus eleitos, dando-lhes segurança e reconhecimento, enquanto estes retribuía com a fidelidade necessária para garantir o sucesso dos negócios do Império. Como a regra era a exclusão, é perceptível que a Coroa portuguesa não obedecia a nenhum critério de justiça social e os súditos colonizados não possuíam mecanismo eficazes de fazer valer seus reclames. Estavam, assim, praticamente vazios os conceitos de direito e cidadania, em uma atividade típica de quem exerce “o domínio universal da inescrupulosidade absoluta na busca de interesses egoístas para obtenção de dinheiro”.²⁴

A prova disso é que o comportamento monopolista incentivado por Portugal passou a gerar descontentamento por parte dos habitantes da colônia, tendo em vista que o preço dos insumos era aumentado de forma excessiva por intermédio de artifícios de seus controladores que distribuía o produto em pequenas quantidades. Como reflexo desse descontentamento, a história relata que a situação se tornou insustentável ao ponto de Bartolomeu Fernandes de Faria protagonizar uma ação que ficou conhecida com a Revolta do Sal, invadindo a Vila

Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* (O Município e o Regime Representativo no Brasil). São Paulo: – Editora Alfa-Omega, 1978. p.181.

²¹ WOLKMER, 2007, p. 81.

²² WOLKMER, 2007, p. 82.

²³ WEBER, 2008, p. 22.

²⁴ WEBER, 2008, p. 30.

de Santos, mandando arrombar os armazéns, carregar o sal existente e distribuir para a população que necessitava do produto.²⁵ Importante frisar que o sal naquela época era essencial não só para o consumo humano e criação do gado, como para realizar a conservação dos alimentos pelo processo denominado salga. Por isso, o episódio é considerado como um ato de justiça social, talvez o primeiro da história do Brasil em relação ao monopólio.²⁶ Posteriormente os rebelados foram presos, tendo em vista que a Coroa sempre procurou coibir comportamentos que não eram permitidos por seus decretos e que não estivessem de acordo com o propósito por ela estabelecidos.

Como leciona Sérgio Buarque de Holanda, ao discorrer sobre as “Raízes do Brasil”, “as iniciativas, mesmo quando se quiseram construtivas, foram continuamente no sentido de separar os homens e não de uni-los. Os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar no sentido de se conterem e refrearem as paixões particulares momentâneas [...]”.²⁷ Essa afirmação talvez seja suficiente para entender-se como foi moldada a “personalidade” do Brasil nos momentos iniciais pós-descobrimento, ou seja, a de um povo desunido e propositalmente separado, impedido de juntar forças e reivindicar seus direitos.

²⁵ NO FINAL DE OUTUBRO DE 1710, o poderoso proprietário de terras e de escravos Bartolomeu Fernandes de Faria saiu da sua fazenda Angola, próximo a Jacareí, e desceu a Serra do Mar, acompanhado por cerca de 200 índios administrados e escravos africanos, fortemente armados. Ao chegar na vila de Santos, este paulista mandou arrombar os locais onde o sal do monopólio estava armazenado, levando este valioso gênero de volta para a Serra Acima, onde teria sido repartido entre os consumidores tão carentes do produto. Rápido e fulminante, o assalto não encontrou nenhuma resistência, apesar do recente reforço da guarnição local que, paradoxalmente, estava sendo custeado por um imposto sobre a venda do sal. MONTEIRO, 2001 p. 81.

²⁶ No folclore histórico paulista, o episódio do sal ocupa, sem dúvida, um lugar de destaque, merecendo uma menção detalhada por genealogistas, memorialistas e historiadores, atingindo o seu ponto máximo no romance histórico de Afonso Schmidt, *O Assalto*. Todos estes autores, obviamente parciais no que diz respeito a assuntos paulistas, tomaram o evento como exemplo emblemático do caráter dos paulistas da época colonial: independentes, auto-suficientes e, sobretudo, resistentes à autoridade externa. Esta figura heróica, tipificada no destemido bandeirante, contracena com os detestados arrematantes do contrato do sal que, segundo o historiador paulista Antônio de Toledo Piza, “em regra, eram homens ambiciosos, desalmados e cruéis, que faziam tal monopólio do sal que o seu preço se tornava excessivo, ficando este gênero de primeira necessidade acima do alcance da massa geral da população”. 2 Nesta luz, o assalto de 1710 se caracteriza enquanto caso de justiça social, onde os colonos oprimidos apelavam para a violência coletiva para reverter uma situação abusiva e nitidamente injusta. MONTEIRO, 2001 p. 82.

Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ihb/estudos/TupiTapuia.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2010, 20:32.

²⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 33.

1.1 O surgimento no Brasil de uma política de defesa da concorrência

O Brasil em parte contou com uma melhor sorte do que alguns países da América Latina, pelo fato de Dom João VI necessitar transferir a Corte de Lisboa para a Colônia, com o intuito de fugir da perseguição de Napoleão. Tal fato é retratado pela historiografia como uma contribuição essencial para a formação de um pensamento econômico no País.²⁸ O Brasil naquele momento começa a sofrer uma transformação, tendo em vista o fato de Portugal estar adotando uma nova tendência europeia.²⁹

A doutrina brasileira traz como ponto de partida do estudo da concorrência o Alvará de 1.º de abril de 1808, por meio do qual D. João Sexto, visando a manter os meios de subsistência que entregavam seus vassalos ao vício da ociosidade,³⁰ revogou toda e qualquer proibição que houvesse em relação à indústria e à agricultura. Para tanto, ordenou que fosse lícito estabelecer no Brasil todo e qualquer gênero de manufatura. Afirma Paula A. Forgioni que tal ato teve efeito contrário ao pretendido, tendo em vista que “ao mesmo tempo em que foi permitida a indústria, abriram-se os portos às nações amigas, sujeitando-se, na verdade, a incipiente indústria nacional à devastadora concorrência estrangeira”.³¹

Certamente que a adoção dessa postura liberal por parte da Coroa portuguesa é fruto das influências que recebia do colonialismo inglês, tendo em vista ser o Estado Liberal uma criação da Inglaterra no século XVII, e que se consolidou na Europa após a Revolução Francesa e nos Estados Unidos a partir de 1776.³² Com esse movimento liberal global surgiram as necessidades de maior produção de riquezas, bem como surgiram outras realidades sociais voltadas agora para os setores econômicos, políticos e ético-filosóficos, sendo estes, como observa

²⁸ FORGIONI, p. 99.

²⁹ A visão de liberdade defendida é um reflexo do pensamento de Adam Smith, segundo o qual: *Nenhuma sociedade pode seguramente prosperar e ser feliz quando a maior parte de seus membros é constituída de pobres e miseráveis*. SMITH, 2003, p.19.

³⁰ Em um primeiro momento, ao reconhecer a importância de garantir do desenvolvimento das atividades do comércio e da indústria no Brasil, D. João VI se aproxima das linhas de pensamento do liberalismo, manifestada por um dos fundadores da fisiocracia, François Quesnay, para quem “O agricultor, sem perspectiva de progresso, torna-se preguiçoso e definha na miséria”. Seus filhos mal nutridos morrem cedo ou são condenados à mesma vida” KUNTZ, 1984, p 77.

³¹ FORGIONI, 2005, p.101.

³² VERGOTTNI, G de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Torino: Casa Editrice dott, 2007, p. 298.

Wolkmer, com diretrizes assentadas “nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida”.³³

Essa nova tendência certamente influenciou as reivindicações do Visconde de Mauá, o qual se insurgia contra a “sufocante atuação” *do Estado sobre a Economia*³⁴ e defendia liberdades econômicas que abrangessem “a propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou minimização do controle estatal, a livre empresa e a livre iniciativa”.³⁵ Não há, portanto, qualquer mudança ética por parte da Coroa, uma vez que esta, mais uma vez, simplesmente segue as tendências globais impostas pelas nações centro-europeias. Nos períodos subsequentes da história, mesmo com a Proclamação da Independência da Colônia em relação a Portugal, ou com a mudança do sistema Monárquico para o Republicano, não surgiu, até o ano de 1934, nenhum fato relevante relacionado ao tema que mereça ser relatado. Até porque, a questão econômica vai ganhar maior importância após o final da Primeira Guerra Mundial, quando as constituições elaboradas “têm características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direito de prestação [...]”.³⁶ E a mais importante das “Constituições Econômicas” foi a Constituição de Weimar, de 1919, cujo objetivo era alterar as estruturas econômicas até então existentes, reservando um capítulo específico em que buscava ordenar as questões ligadas à economia.³⁷

No Brasil, a Constituição de 1934, cujo artigo 115, expressamente, trazia a garantia da liberdade econômica, parece seguir essa esteira, contudo recebe séria

³³ WOLKMER, 2007, p. 92.

³⁴ FORGIONI, 2005, p. 106.

³⁵ WOLKMER, 2007, p. 93.

³⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: Atualidade do debate sobre o direito, Estado e economia na República de Weimar*. São Paulo: 2003. Tese de livre docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico da Faculdade e Direito da Universidade de São Paulo. p. 11.

³⁷ Podemos considerar a Constituição de Weimar como uma das primeiras “Constituições Econômicas” com o seu capítulo denominado “A vida Econômica” (*Das Wirtschaftsleben*, artigos 151 a 165). A Constituição de Weimar, como as demais Constituições Econômicas do século XX, não pretendia receber a estrutura econômica existente, mas alterá-la. O que é inovador neste tipo de Constituição não é a previsão de normas que disponham sobre conteúdo econômico, mas é a positivação das tarefas a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade no âmbito econômico, buscando atingir certos objetivos determinados, também, no contexto constitucional. A Constituição de Weimar, na realidade, buscava estabelecer uma nova ordem econômica, alterando a existente na época de sua elaboração. Alguns aspectos, no entanto, ainda precisam ficar claros quando nos referimos à Constituição de Weimar como uma Constituição Econômica. Em primeiro lugar, a Constituição Econômica não pode ser separada da totalidade da Constituição, ela não é a Constituição da economia, mas a expressão do econômico no plano político. Desta feita, não pode haver dualidade entre Constituição Política e Constituição Econômica. Outro ponto essencial é o fato de a expressão “ordem econômica” não ter significado jurídico algum. A ordem econômica apenas indica em que parte do texto

crítica da doutrina pelo fato de que em nenhum momento se observa qualquer prática tendente a conter esses abusos e privilegiar a competitividade, buscando, por via de consequência, um desenvolvimento equilibrado do mercado.³⁸ Este é o ponto a que se pretende chegar: não se pode, por intermédio de uma teoria econômica que prega o autoajustamento das relações entre os indivíduos, afastar a liberdade da concorrência. Deixar que uma economia se desenvolva de forma livre não significa deixar o mercado desprotegido, à mercê de possíveis arranjos e abusos dos agentes econômicos que possam afastar a livre concorrência. E uma Constituição que se diz econômica deveria possuir esse mecanismo, uma vez que os poderes decisivos sobre as políticas econômicas e sociais retornaram ao Estado.³⁹

Esse cenário passa a mudar com a Constituição de 1937, na qual o artigo 135 garantia a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico “para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação”. Somado a isso, segundo Paula Forgioni, “o art. 141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava como princípio a proteção à economia popular”. E prossegue, afirmando ser o referido dispositivo constitucional, o qual posteriormente foi regulamentado “pelo Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos de seus aspectos uma lei antitruste”.⁴⁰

As leis que regulamentam a economia, a partir desse momento, parecem estar muito mais voltadas aos interesses nacionais e à proteção da economia popular do que em servir de instrumento para uma tutela da concorrência. Todavia, elas são um grande passo em direção aos novos conceitos utilizados, em que o mais importante é o desenvolvimento de uma cultura de incentivo à produção nacional, criando-se mecanismos que tinham o objetivo de impedir que o mercado brasileiro fosse massacrado pelos agentes econômicos internacionais. O grande

constitucional concentram-se as disposições que tratam do papel do Estado no domínio econômico (e, mesmo assim, não inclui todas). BERCOVICI, 2003, p. 25.

³⁸ FORGIONI, 2005, p. 111.

³⁹ A dominação da economia pelos agentes econômicos privados deu-se por um ato de soberania, pois o Estado separou o governo da economia e o cedeu à iniciativa privada durante o liberalismo. No entanto, no contexto da atuação de uma Constituição Econômica, como a de Weimar, esta relação se altera, com a decisão final sobre todas as questões essenciais de política econômica voltando a ser reservada ao Estado e, conseqüentemente, ao Parlamento eleito democraticamente. p. 26.

pensamento era industrializar, aprendendo com os erros do passado, quando o que se viu foi a devastação pelo mercantilismo capitalista que levou nosso ouro, café e açúcar para Portugal, Holanda e Inglaterra.⁴¹ Da necessidade de se regulamentar a economia, surge pela primeira vez a terminologia CADE, pelo Decreto-Lei n.º 7.666, de junho de 1945, como designação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, sendo este, órgão autônomo, subordinado tão somente ao Presidente da República.⁴²

Porém, o termo abuso do poder econômico ganhou foro constitucional pela primeira vez no Brasil, com a Constituição Federal de 1946, que em seu artigo 146, prescreveu: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.⁴³ Nos anos que se seguiram, muitas foram as tentativas, tanto do Governo Vargas como de Café Filho e Juscelino Kubitschek, de se promover uma reforma administrativa, porém, todas infrutíferas diante da forte raiz clientelista existente na já relatada cultura brasileira. No ano de 1953, narra Celso Lafer, era “indispensável uma reforma geral na administração pública para dar condições ao governo de promover o desenvolvimento econômico e social”.⁴⁴ Uma mensagem do Executivo enviada ao congresso naquele ano permaneceu bloqueada nos entraves das comissões do Congresso até o ano de 1957, em virtude “dos poderosos interesses” sempre estabelecidos entre os Poderes.⁴⁵ Não é difícil de se concluir que qualquer intenção de dar-se maior efetividade à defesa da concorrência nesse período teria igual tratamento.

⁴⁰ FORGIONI, 2005, p. 114.

⁴¹ FORGIONI, 2005, p. 119

⁴² Idem, p. 18.

⁴³ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 20

⁴⁴ LAFER, Celso. *JK e O Programa De Metas*, 1956-1961: Processo de planejamento sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2002. p. 82

⁴⁵ Após inúmeras consultas, a Mensagem do Executivo chegou ao Congresso (agosto de 1953), mas aí permaneceu por vários anos. Na verdade, as pressões da política de clientela eram suficientemente fortes para obstruir qualquer tentativa de reforma administrativa global. Como aponta Benedicto Silva, os poderosos interesses já estabelecidos precisavam manter a base legal que garantia seus direitos adquiridos. Cumpre lembrar que o projeto de reforma administrativa – embora insistentemente expresso nas mensagens presidenciais de Vargas em 1954, de Café Filho em 1955 e de Kubitschek em 1956 e 1957 – permaneceu bloqueado nos entraves de inúmeras comissões técnicas. Somente em 6-2-1957, após a criação de uma Comissão Mista de Reforma Administrativa, composta de deputados e senadores, o projeto conseguiu chegar ao plenário, graças aos esforços de Horácio Lafer. Presidente da Comissão Mista, Lafer salientava a necessidade imperiosa de uma reforma administrativa global, pois “tratava-se do assunto talvez mais importante da nossa organização, qual seja o de colocar o Brasil no ano de 1957, e não conservá-lo com um arcabouço administrativo feito aos pedaços, sob a pressão de acontecimentos supervenientes”. Com otimismo,

Foi a Lei n.º 4.137 de 10 de setembro de 1962 que deu ao CADE a denominação atual de Conselho Administrativo de Defesa Econômica.⁴⁶ Até esse momento, mesmo com a alteração na nomenclatura, o Conselho não ganhou vida própria, pelo fato de continuar um órgão sem capacidade de autogestão, mesmo que vinculado tão somente ao Chefe do Executivo. E de acordo com esse formato, como o próprio nome sugere, “Conselho” exerce função de opinião, prestando assessoramento, ou por melhor dizer, aconselhamento, às autoridades públicas. A atribuição de um conselho, na modalidade tradicional, é a de tão somente deliberar ou elaborar pareceres. Entretanto, quem tem o poder final para tomar as decisões é a autoridade à qual os Conselheiros estão hierarquicamente subordinados.⁴⁷ Não é difícil imaginar que um conselho diretamente subordinado a uma autoridade política não teria condições de exercer suas funções com resultados eficazes.

1.2 O direito da concorrência no Brasil pós-Constituição de 1988

Findo o período ditatorial, depois de instalada a Assembleia Nacional Constituinte, surge o novo texto constitucional elencando de forma expressa, em seu capítulo sobre a ordem econômica e financeira, a livre concorrência entre os seus princípios (art. 170, IV), tendo determinado que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (art. 173, § 4.º).⁴⁸

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que buscou estabelecer um equilíbrio entre a liberdade de iniciativa, livre concorrência,⁴⁹ função social da propriedade, defesa dos

o então deputado Horácio Lafer acrescentava que, aprovando o projeto, o Congresso proporcionaria as condições requeridas para a ampliação da competência administrativa no país. Apesar do empenho pessoal de Lafer, o projeto permaneceu no Congresso após essa primeira discussão. (LAFER, p. 82.)

⁴⁶ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 20.

⁴⁷ MEIRELLES, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 725.

⁴⁸ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 20.

⁴⁹ Cretella Júnior distingue com bastante propriedade: (i) Livre Iniciativa - “A atividade do homem é “dirigida”, ou é “livre”. *Livre iniciativa* é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem influência externa. Não é novidade entre nós o *princípio da liberdade de iniciativa*, prescrito na EC n.º 1 de 1969, art. 160, I (“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes

consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Posteriormente, sofreu alterações por força da “Medida Provisória n.º 2.055, de 1.º de agosto de 2000, a qual acabou transformada na Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro do mesmo ano”, buscando “mecanismos mais efetivos de atuação, além de aperfeiçoamento dos dispositivos de repressão às infrações.⁵⁰”

A doutrina sobre direito antitruste afirma que houve no País uma relativa evolução em matéria de concorrência, a princípio, apenas

criando a sensação de que o Brasil possui autoridade antitruste. De um lado houve aumento no número de órgãos com competência na matéria: de início somente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a *posteriori*, além desse, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE)⁵¹

Apesar da boa intenção do legislador, a impressão é que nunca se leva em conta que a identidade do Brasil, principalmente após o século XIX, foi formada por uma atitude patrimonialista que, como bem observa Wolkmer “que, de um lado, permitia o ‘favor’, o clientelismo e a cooptação; de outra, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental”.⁵²

Seguindo a tradição de polêmicas que envolvem os bastidores da política brasileira, um fato pôs em descrédito o CADE no ano de 1995, ficando conhecido como Caso Gerdau. O episódio teve início com a compra pela Gerdau, no ano de 1994, de um grupo alemão que era detentor do controle acionário de outra siderúrgica no estado de Minas Gerais, negócio que foi vetado pelo CADE. Inconformado, o grupo Gerdau apresentou recurso administrativo ao Ministro da

princípios: liberdade de iniciativa”) [...]; (ii) Livre Concorrência - No *regime de livre concorrência ou de livre competição, o mercado competitivo, ou concorrencial*, caracteriza-se pelo grande número de vendedores, agindo de modo autônomo, oferecendo produtos em mercado bem organizado. No *mercado competitivo*, os produtos oferecidos por uma dada empresa são recebidos pelo comprador como se fossem substitutos perfeitos ou equivalentes dos produtos da firma concorrente [...]; Função social da propriedade – Antes, “propriedade” e “individual” andavam lado a lado, conjuntamente, identificando-se. Com o correr dos tempos, a “propriedade” perde seu traço individualista e se torna “social”. É a *função social da propriedade*” [...];(iv) Defesa do Consumidor – [...] No binômio produção-consumo, a que se refere a regra jurídica constitucional, o primeiro elemento indica o bem gerado, aparelhado e posto no mercado pelo produtor e seus intermediários, ao passo que o segundo elemento alude à utilização desse mesmo bem, feita pelo consumidor [...]; Repressão ao abuso do poder econômico – [...] no universo da *produção e da circulação da riqueza*, o poder individual projeta-se sobre o mundo circunvizinho, e quando o indivíduo exerce controle sobre determinada empresa, quer como proprietário, quer como gerente ou administrador, o poder de que é detentor pode ultrapassar certos limites e influir sobre outros proprietários e administradores, prejudicando-os. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 5-13.

⁵⁰ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 23-22.

⁵¹ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 24.

⁵² WOLKMER, 2007, p. 99.

Justiça, cargo que na época era ocupado por Nelson Jobim, que não só recebeu o recurso, como suspendeu a decisão. A Polêmica ocorreu, não só pelo fato de que a lei não previa referido recurso ao Ministro, uma vez que, segundo a lei, o Conselho deveria responder diretamente ao Presidente da República, como também pela afirmação de que o grupo foi o maior doador para campanha eleitoral do PMDB para o governo do Rio Grande do Sul.⁵³

Referido episódio foi de grande importância para a atual configuração do que é hoje o Sistema de Defesa da Concorrência (SBDC). Na oportunidade, um grupo ministerial foi criado, no sentido de propor alterações no CADE, transferindo os poderes de fusão e aquisição para a SDE. A repercussão foi péssima, afinal, o órgão que foi criado para ser autônomo, também, passou a causar preocupação às altas esferas do Poder Executivo.⁵⁴ Se comparado ao monopólio do sal, praticado pelos amigos da Coroa, agora o Brasil se via diante de um agente detentor de grande poder no mercado de aço sendo beneficiado por interferências políticas.

O CADE sofreu uma reformulação em sua composição a partir de 15 de maio de 1996, passando a contar com um corpo técnico de economistas e advogados com objetivo de demonstrar que o órgão possuía a capacitação técnica necessária para atuar na solução de questões complexas em matéria da defesa da concorrência. Em novembro do mesmo ano, foram apresentadas propostas

⁵³ Um dos casos mais polêmicos da primeira gestão sob a Lei nº 8884/94 envolveu a submissão da aquisição da Siderúrgica Pains pelo grupo Gerdau. Em fevereiro de 1994, o grupo Gerdau adquiriu o grupo alemão Korf, que detinha o controle acionário da Siderúrgica Pains em Minas Gerais. Em outubro de 1995, o CADE vetou o negócio e determinou que o Grupo Gerdau desfizesse a compra da Pains, em razão do elevado grau de concentração no mercado não planos. Embora a lei antitruste preveja que as decisões do CADE não comportem revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50, da Lei 8.84/94), a Gerdau encaminhou recurso ao Ministro da Justiça Nelson Jobim, que acatou o recurso e suspendeu a decisão do CADE.

É importante observar que, a exemplo da Gerdau, além de seu Presidente ser coordenador da Ação Empresarial Brasileira, um dos maiores grupos lobistas do país, a empresa foi a maior doadora da campanha do PMDB para Governador do Rio Grande do Sul nas eleições de 1994, o mesmo partido do Ministro da Justiça.

A crise entre o CADE e o Ministério da Justiça resultou na formação de um grupo interministerial composto por membros dos Ministérios do Planejamento, Fazenda, Indústria e Comércio e Justiça, cujo objetivo seria o de estudar alterações na legislação com o intuito de reduzir os poderes do CADE, em particular, sobre operações de fusão e aquisição, que seriam transferidos para a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão da Administração diretamente ligado ao Ministério da Justiça. De acordo com os jornais da época, o governo federal estaria descontente com o excessivo intervencionismo do órgão.

Em março de 1996, assumiu o novo Presidente do CADE e outros cinco novos conselheiros. Em novembro do mesmo ano, o CADE apresentou propostas alternativas à venda total da Pains, dentre as quais a reativação e venda de uma unidade que já havia sido desativada pela própria Gerdau e a venda de uma empresa de transportes, a Transpains. A Gerdau aceitou a alternativa e desistiu do recurso contra a decisão.

GHEVENTER, 2005, p. 62-63. Disponível em:

<http://books.google.com/books?id=wfnvYmf7EKsC&pg=PA62&lpg=PA62&dq=o+caso+gerdau+CADE&source=bl&ots=RYb-l66yei&sig=_y0MJblv6OhscGQ1gZa0eG6FqQs&hl=pt-BR&ei=g_9BS_3dD9KWtgeDuJz-CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAoQ6AEwATgK#v=onepage&q=o%20caso%20gerdau%20CADE&f=false>. Acesso em: 8 jan. 2010.

alternativas para a venda da Pains, com as quais a Gerdau desistiu do recurso, estando, assim, o caso encerrado, porém, não sem sequelas.

O fato que de alguma forma trouxe uma repercussão positiva do Conselho foi o julgamento do Ato de Concentração 55/95, também conhecido como caso Kolynos-Colgate, cujo acórdão de relatoria da Conselheira Dr.^a Lúcia Helena Salgado, datado de 24 de setembro de 1997, demonstrou a capacidade decisória e emprestou maior legitimidade ao órgão, ante a existência de eficácia na aplicação da nova lei.⁵⁵

A análise do caso não é objeto deste capítulo, mas cabe ressaltar a relevância da decisão, não só pelo volume bilionário do negócio, como pelo fato de envolver a extraterritorialidade dos atos. Prevê o artigo 2.º, da Lei n.º 8.884/94, a sua aplicabilidade em relação “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. Aparentemente resgatada a credibilidade do Conselho, houve mudanças na forma de tomada de decisões, tendo em vista que, apesar da afirmada autonomia, o CADE na nova concepção não poderia agir sozinho, ganhando ênfase a existência de um sistema integrado que analisa as práticas lesivas à concorrência. E um fato importante a ser analisado é até que ponto a nossa herança cultural pode influenciar nas decisões atribuídas a um conselho autônomo que se pauta em informações fornecidas por dois outros órgãos vinculados a dois ministérios diferentes.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ O ato de concentração Kolynos-Colgate, examinado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 1996, correspondeu à aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company, em processo privado de leilão realizado em Nova York, no qual a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP). Foi dos primeiros negócios mundiais que ultrapassaram a marca do bilhão de dólares e que se multiplicaram na segunda metade da década de 90. A transação correspondente ao Brasil ocorreu em 10 de janeiro de 1995, mediante aquisição do negócio de saúde bucal de Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., por sua vez subsidiária brasileira de American Home Products Corporation. O preço do negócio referente à parte brasileira foi de US\$ 760 milhões, o que representou cerca de 73% do valor da operação mundial. A análise da operação inaugurou a análise de atos de concentração pelo novo Conselho, empossado em 15 de maio de 1996. Formado por um conjunto equilibrado de economistas e advogados, eram grandes as expectativas sobre como a nova formação enfrentaria questões de importância depois da crise vivida no ano anterior pelo órgão após a decisão sobre o caso Gerdau5. Para a consolidação da autoridade e legitimidade do CADE como a instância administrativa decisória no Brasil em defesa da concorrência, era fundamental a demonstração da capacitação técnica do órgão para lidar com questões complexas como a representada pelo ato de concentração que ora se comenta. SALGADO, Lúcia Helena.

1.3 O sistema brasileiro de defesa da concorrência

Nos termos da referida Lei, o CADE é transformado em autarquia federal,⁵⁶ passando a integrar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conjuntamente com a SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, e a SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda. Dentre as críticas recebidas pela atual configuração, merece destaque a afirmação feita por Cretela Júnior de que isso “é *heresia Jurídica*”,⁵⁷ pelo simples fato de não poder uma autarquia exercer função jurisdicional. Mais cautelosa é a observação de Fabio Ulhoa Coelho para quem o exercício da jurisdição pelo CADE *trata-se de função administrativa e não judicial*.⁵⁸ Efetivamente, existem divisões acerca de haver uma jurisdição administrativa, ou simples atribuição por parte da Administração, tendo em vista, conforme afirma José Afonso da Silva, que o monopólio da jurisdição “compete” ao Poder Judiciário,⁵⁹ cabendo somente a este exercitar, na etimologia do termo, o *jus dictum*,⁶⁰ ou seja: ditar o Direito!

Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=lucia_salgado>. Acesso em: 20 fev. 2010, 12:29.

⁵⁶ MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO conceitua autarquia como sendo *pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei*. p. 354

⁵⁷ Natureza jurídica do CADE – O CADE, criado pelo artigo 8º da Lei nº 4.137, de 10.09.1962, passou, depois de 11.06.1994, mediante a Lei nº 8.884/94, art. 3º à condição de *autarquia federal*. Isto é heresia jurídica. A *autarquia* deverá ser criada por lei especial que lhe assinala o objetivo e que trace o regime jurídico, pois a autarquia é informada pelo princípio da finalidade. Que é autarquia? Qual o seu regime jurídico? Antes duas observações. A autarquia não julga. Não é órgão judicante. Assim, não tem jurisdição. O legislador errou ao atribuir-lhe função judicante ao dar-lhe jurisdição. Confunde a lei *atribuição com jurisdição*. Autarquia é *serviço público descentralizado*, dotado de *personalidade jurídica pública*, especializado na consecução de determinado fim, do qual não pode afastar-se. Forma específica da Capacidade de Direito Público (Santi Romano, Corso, 3. ed. 1937, p. 84), a *autarquia* é o próprio Estado atuando mediante colaborador. CRETELLA JUNIOR, José – COMENTÁRIOS À LEI ANTITRUSTE – Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 16.

⁵⁸ A lei se refere, por outro lado, ao Conselho com “órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional”. Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição *administrativa* e não *judicial*, visto que o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É, segundo, parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de função *quase-judicial*, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros (cf. Meirelles, 1981:129; Carvalho 1986:207/210). Aos chamados órgãos administrativos *quase-judiciais* correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995 – p. 12.

⁵⁹ O artigo 5º, XXXV, declara: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Acrescenta-se agora *ameaça a direito*, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. [...] A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na constituição revogada. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 431.

⁶⁰ Dictum, i s.n. Palavra. Sentença, preceito, Dicto de Espírito. Dicionário Latim-Portuguez Etymologico, prosódico e ortográfico, 11. ed. Correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, p. 262.

Há ainda outras peculiaridades no referido “sistema”, tendo em vista que este integra em sua composição órgãos não hierarquicamente equiparados, quais sejam: uma autarquia federal e duas secretarias, vinculadas a Ministérios diversos. E, como tal, há que se considerar que o CADE, nos termos da Lei n.º 8.884/94, sendo uma autarquia, possui total autonomia no desempenho de suas atividades, não estando vinculado ao Ministério da Justiça, tampouco hierarquicamente subordinado ao respectivo Ministro.

Na conceituação do próprio Ministério da Justiça, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela promoção de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo sua atuação orientada pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.⁶¹ Nos termos da referida lei, cada um dos órgãos exerce funções específicas de forma coordenada, visando a estabelecer conjuntamente mecanismos de cooperação entre as referidas secretarias, a fim de aumentar a eficiência dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência.

Para tanto, foi editada a Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 33, de 4 de janeiro de 2006, que estabelece formas de instrução conjunta para a análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas, por parte das secretarias, ficando o CADE responsável pela decisão final na esfera administrativa. À Secretaria de Direito Econômico (SDE) incumbe, no âmbito da defesa da concorrência, formular, aplicar e supervisionar as políticas de proteção e defesa da ordem econômica, investigando a existência de condutas lesivas à concorrência, bem como emitindo parecer sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração apresentados para aprovação do CADE.

A SDE pode, por intermédio de representação *ex officio* ou denúncia formulada tanto por uma empresa como por pessoa individual, determinar a instauração de um procedimento de investigação, analisando documentos e realizando diligências, a fim de apurar se a prática referida constitui infração à ordem econômica. Fábio Ulhoa Coelho afirma que a SDE possui “quatro facetas”, exercendo funções: a) de auxiliar do CADE; b) de orientação em matéria de infração

⁶¹ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/SDE/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

à ordem econômica; c) de fiscalização das práticas de mercado; d) de atuação para adoção de medidas referente às infrações contra a ordem econômica.⁶²

Tratando-se de concentração, cabe à SDE instaurar e instruir o processo, emitindo parecer e encaminhando os autos, juntamente com o parecer exarado pela SEAE, ao CADE para que em 30 dias realize o julgamento.⁶³ A Secretaria possui, também, a faculdade de realizar inspeções na sede das empresas, consultando estoques, analisando livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo extrair ou retirar cópias de documentos e realizar acordos de leniência com autores de infrações tipificadas contra a ordem econômica que efetivamente colaborarem com as investigações.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, criada por meio da Medida Provisória n.º 813, de 1.º de janeiro de 1995, incumbe: a) Promoção e Defesa da Concorrência; b) Regulação Econômica; c) Acompanhamento de Mercados. Uma das suas funções é a de auxiliar a SDE, fornecendo subsídios de informações, estudos, elaborando relatórios que enfocam principalmente os aspectos econômicos das operações apresentadas e das condutas investigadas, podendo emitir parecer. Há, também, no sentido de dar maior efetividade às funções, por previsão expressa, o poder de a SEAE aplicar multa no caso de obstrução na realização de inspeção.

1.4 O CADE como órgão julgante

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos da Lei, é denominado como órgão julgante e vinculado ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. Por ser autarquia, o CADE ganhou autonomia, não estando subordinado hierarquicamente a nenhum outro órgão da Administração, cuja relação é tão somente de vinculação.

⁶² COELHO, Fabio Ulhoa . Direito antitruste brasileiro. Comentários á Lei 8.84/94. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 14.

⁶³ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/SDE/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBR IE.htm>>. Acesso em: 8 maio 2010.

Além da polêmica acima citada em relação à figura autárquica ao exercer “Poder julgador”, também, por judicante, não se pode confundir ou imaginar que o CADE tenha funções semelhantes aos Tribunais de Contas, em que algumas decisões, a exemplo da Tomada de Contas Especial, não possam mais ser revistas pelo Judiciário.⁶⁴ A missão do CADE é legal e não constitucional, estando, portanto, as decisões sujeitas ao controle do judiciário, por força do disposto no artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Afinal, suas decisões são tomadas na qualidade de autoridade administrativa, devendo observar o disposto no artigo 48 da Lei n.º 9.748/99, principalmente no que diz respeito à forma *explícita* em matérias de sua competência.

O CADE é composto por sete membros efetivos, um Presidente e seis conselheiros, “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal”. O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, com dedicação exclusiva e não cumulativos nos termos constitucionais, permitida a recondução, estando vinculados diretamente ao Presidente da República, somente podendo perder o mandato por decisão do Senado Federal, mediante prévia provocação deste ou condenação irrecorrível em crimes especificados na Lei. Porém, há uma previsão para perda automática de mandato para aquele que “faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado”.⁶⁵

Havendo perda de mandato, renúncia ou morte do Presidente do CADE, assumirá o conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nos termos do regimento interno, até que haja nova nomeação. Caso a composição do Conselho fique reduzida a número inferior a cinco, serão considerados interrompidos os prazos e

⁶⁴ O julgamento dos Tribunais de Contas é definitivo, observados os recursos previstos no âmbito desses colegiados. Esgotados os recursos ou os prazos para a interposição, a decisão é definitiva e, em matéria de contas especiais, não sujeita a revisibilidade de mérito pelo Poder Judiciário, conforme o magistério dos doutrinadores referidos. Assim sem laivo de dúvida, algumas funções das Cortes de Contas se inserem como judicantes, inibindo o reexame pelo Judiciário quanto ao mérito. Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: “o TCU só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”. FERNANDES, 1998, p. 30.

⁶⁵ Há um certo exagero no termo “automático”, tendo em vista os princípios constitucionais do *devido processo legal* e da *presunção de inocência*, este último previsto no artigo 5º, inciso, LVII segundo a qual *ninguém será considerado culpado, até o transito em julgado da sentença penal condenatória*.

suspensos os trâmites processuais, sendo iniciada nova contagem somente após estar recomposto o *quorum*.

Entre as vedações ao Presidente e aos Conselheiros, estão as proibições de exercer profissão liberal, participar de quadro diretivo, chefia ou quadro acionário de sociedade ou empresas de qualquer espécie, receber honorários, emitir pareceres ou funcionar como consultor de empresa, exercer atividade político-partidária e manifestar opinião ou emitir juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças judiciais.

A Lei estabelece e individualiza as competências do Plenário, do Presidente e Conselheiros, o que confere ao CADE a autonomia necessária *para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial*.⁶⁶ Nos termos do artigo 80 da Lei, o cargo de Procurador do CADE foi transformado em Procurador-Geral, cuja regra de aprovação e nomeação para um mandato de dois anos, admitida a recondução, é a mesma que a do Presidente do Conselho e demais Conselheiros. As atribuições da Procuradoria do Cadê e do Procurador-Geral foram expressamente definidas pela Lei. O Procurador-Geral participa das sessões do CADE, contudo, sem direito a voto.

Há, ainda, a previsão para a atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE, nos termos do artigo 12 da Lei, a fim de que “promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993”.

1.4.1 A apuração das infrações à ordem econômica

Ao tratar das infrações à ordem econômica, o legislador buscou incluir no rol de possíveis infratores, além de pessoas jurídicas de direito privado e as que não estiverem legalmente constituídas, as pessoas jurídicas de direito público, mesmo

⁶⁶ Uma parte da referida informação foi retirada da obra *Edição Especial do Guia Prático do CADE: Beatriz Soares da Silva e Thais Colomba Bassetto Vieira* Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil 3. ed. revista, ampliada e bilíngue – São Paulo : CIEE, 2007. 112 p.

que detentoras do monopólio legal. E, ainda, integram o polo passivo solidariamente, em todos os casos, além das empresas integrantes de grupo econômico, seus administradores e representantes. Não obstante a previsão de desconsideração da personalidade jurídica das empresas, a lei prevê que a punição de referidos atos não isenta os infratores de serem processados por outros ilícitos decorrentes do mesmo fato.⁶⁷

A lei em seu artigo 20 tipificou como sendo “infrações à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir [...] efeitos, ainda que não sejam alcançados”: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante. No sentido de evitar alegações de afronta ao princípio constitucional da legalidade,⁶⁸ segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5.º; inciso XXXIX, da CF), o legislador buscou elencar no artigo 21 da lei, outras vinte e quatro condutas, dentre as quais para efeitos do presente estudo, cabe destacar: “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”.

Há, portanto, a necessidade de se definir o que sejam mercado relevante e posição dominante, a fim de compreender as possibilidades de aplicabilidade de medidas antitrustes pelo CADE. Em um primeiro momento é necessário identificar e dimensionar o impacto dos atos considerados prejudiciais à livre concorrência, dentro de um mercado específico, considerado como relevante. “Em outras palavras, não se pode falar em efeitos anticoncorrenciais senão em um determinado mercado: o mercado relevante.”⁶⁹

⁶⁷ Art. 18 da Lei 8.884 de 1994, onde está prevista desconsideração da personalidade jurídica do responsável pela infração *quando houver por parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

⁶⁸ Trata-se também de garantia individual prevista no art. 5.º, XXXIX, segundo o qual *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, em que se consubstancia o *princípio nullum crimen nulla poena sine lege*. O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir crime e de estabelecer penas. SILVA, 2009, p. 429.

⁶⁹ FORGIONI, 2005, nota de rodapé 70, p. 230.

Seguindo-se as subdivisões tradicionais, o Mercado Relevante está dividido em mercado relevante geográfico “[...] onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva e Mercado Relevante Material (ou mercado do produto) [...] aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”.⁷⁰ É uma característica de o senso comum entender que a defesa da concorrência está diretamente ligada ao combate de empresas que detenham o “monopólio” de mercado. Esses conceitos serão trabalhados nos capítulos 2 e 3, quando se estudará de forma mais específica a posição dominante em relação aos mercados relevantes em um contexto global e como o CADE se posiciona em relação a eles.

Basta no presente momento esclarecer que nos termos do artigo 20, § 2.º, da Lei n.º 8.884/94, a posição dominante ocorre “quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. Já nos termos do § 3.º, pode haver presunção da posição dominante “quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

Havendo posição dominante, a empresa altera o comportamento típico que teria no caso de existência de concorrência perfeita, seja do lado da oferta, seja no da procura. Contudo há que se ter o cuidado para não confundir referida ocorrência com a expressão monopólio, que é somente uma espécie de degeneração que pode ocorrer onde existe somente uma empresa vendedora para um grande número de compradores, tendo como situação o monopsônio, em que existem muitos vendedores e uma só empresa compradora.⁷¹ O assunto será abordado de forma mais específica no tópico que tratar dos atos de concentração, sendo objetivo momentâneo relacioná-lo com os procedimentos previstos na Lei, para apuração das infrações e as respectivas penalidades a serem aplicadas.

Entre as penas aplicadas aos infratores à ordem econômica existe uma divisão em duas espécies: a) pecuniária; b) obrigação de fazer e não fazer. Como pena pecuniária, prevê o artigo 23, inciso I, “no caso de empresa, multa de um a

⁷⁰ FORGIONI, 2005, p. 241.

⁷¹ CAMPOS MOREIRA, Jorge. 1995, p. 69.

trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável. O inciso II, do mesmo dispositivo prevê que no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador”.

Outra disciplina é aplicada para outros casos de pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que não exerçam atividade empresarial, não sendo, por tal motivo, possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, aplicando-se multa em valores pré-estabelecidos pela legislação.⁷² Em todos os casos, havendo reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Atendendo aos critérios da gravidade e interesse público, no rol elencado em seu artigo 24, a lei prevê facultativamente a imposição isolada ou cumulativamente de penalidades que importam em obrigações de fazer. Há, ainda, a possibilidade de proibir os infratores de contratar com o poder público, impossibilidade e cancelamento de parcelamento de tributos, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, concessão de licença provisória das patentes dos agentes condenados, e até mesmo a possibilidade de cisão e transferência de controle da sociedade.

O responsável está sujeito, ainda, à multa diária, caso opte pela continuidade dos atos tipificados na decisão do Plenário do CADE, descumpra medida preventiva ou compromisso de cessação, bem como se recuse, retarde, engane, omita o fornecimento de documentos solicitados por qualquer dos integrantes do Sistema de Defesa da Concorrência. Porém, respeitando os ditames constitucionais, o montante da multa constará no documento que contiver a requisição da autoridade, devendo obedecer ao limite de cômputo diário de no máximo noventa dias. Da mesma forma, estão sujeitos à multa os representados ou terceiros intimados a prestar esclarecimentos no curso de procedimentos, bem como aqueles que impeçam, obstruam ou dificultem a realização de inspeção autorizada pela SDE e SEAE, sempre mediante lavratura de auto de infração pela autoridade competente.

⁷² A Lei n.º 8.884/94 prevê no artigo 23 multa de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

O artigo 27 da lei estabelece critérios próprios de aferição e aplicação das penas previstas, levando em conta, entre outros, a boa-fé do infrator, a gravidade da infração, a vantagem auferida, a situação econômica do infrator, o grau de lesão e a reincidência. A prescrição das infrações é quinquenal, contado o dia do início “na data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. É causa de interrupção da prescrição a prática de “qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica”, não contando prazo prescricional durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

1.4.2 Acordo de leniência

A lei prevê a possibilidade de a União, por intermédio da SDE, celebrar acordo de leniência, extinguindo a ação punitiva ou reduzindo de um a dois terços a penalidade aplicável, com pessoas físicas ou jurídicas, que não tenham estado à frente da conduta tida como infratora, desde que efetivamente colaborem com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: a) que o agente se qualifique como infrator e colabore com a identificação dos demais coautores da infração, comparecendo sempre que solicitado aos atos da investigação e processo administrativo às suas próprias expensas; b) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.⁷³

Entre os requisitos para a realização do acordo de leniência estão: a) o de que a SDE não deve dispor de provas suficientes e que importem na condenação; b) firmado o acordo, o agente tido por infrator cesse completamente seu envolvimento na infração.⁷⁴ O objetivo da medida é fazer com que o agente colabore com as

⁷³ O Programa de Leniência foi introduzido no Brasil em 2000 e permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é a autoridade competente para negociar e assinar o “Acordo de Leniência”. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2009, 15:00.

⁷⁴ **Requisitos:** É necessário que a a empresa ou pessoa física (i) seja a primeira a se apresentar à SDE com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito; (ii) coopere plenamente com as investigações e a

investigações e forneça elementos de prova para que a Secretaria tenha condições de identificar os demais integrantes da prática anticoncorrencial, em troca da redução ou imunidade em relação às penalidades. Para que o acordo tenha eficácia, é necessária a ação espontânea do agente em cessar a prática e identificar os outros agentes em momento anterior à obtenção pela Secretaria de provas que ensejem uma condenação.

Ao CADE, no acordo de leniência, não cabe homologar e sim fiscalizar o seu cumprimento, decretando a extinção da ação punitiva caso a proposta tenha sido apresentada à SDE pelo infrator sem que aquela tivesse conhecimento, ou aplicar a redução de pena utilizando-se dos critérios estabelecidos no já mencionado art. 27 da Lei.

Os efeitos do acordo de leniência estendem-se aos dirigentes da empresa habilitada, desde que firmem o instrumento em conjunto com a empresa. É importante frisar que uma vez apresentada proposta de acordo de leniência à SDE, caso este seja rejeitado, não haverá presunção, confissão ou reconhecimento da conduta analisada, uma vez que o procedimento é considerado sigiloso. Essa condição de sigilo impede até mesmo que o Secretário [da SDE] divulgue o fato ou dele se utilize para punir os agentes, tanto que o Ministério da Justiça esclarece no seu sítio na internet que “apenas a Secretária de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte”.⁷⁵

Há a previsão, também, de que o “interessado poderá apresentar proposta oral à SDE, que irá então elaborar termo único”. O prazo fixado na lei para a fase de negociação é de seis meses, podendo haver prorrogação por igual período “a critério

cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta; (iii) cesse completamente seu envolvimento na infração; e (iv) não tenha sido a líder da infração. Além disso, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo. **Benefícios:** Imunidade administrativa total ou parcial a depender se a SDE tinha ciência da conduta anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito. Se a SDE não tinha ciência, a imunidade administrativa será total. Se a SDE já tinha conhecimento da conduta, mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa ou pessoa física receberá redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. O acordo de leniência também garante imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo, desde que eles assinem o acordo e observem os requisitos listados acima. Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2009, 15:00h.

⁷⁵ Disponível em

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2009, 15:00h.

da SDE, desde que não haja outro candidato à leniência para o mesmo carte”.⁷⁶ Os reflexos do acordo de leniência nos demais crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137/90, são a suspensão do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia, até o cumprimento final, quando, então, extingue-se a punibilidade.

1.5 O julgamento do processo administrativo pelo CADE

O Capítulo II, do Regimento Interno do CADE, estabelece a forma de distribuição dos processos no Conselho e tem como critério principal a “ordem de apresentação dos feitos”.⁷⁷ A distribuição entre os Conselheiros, inclusive os licenciados por até 30 dias, será realizada pelo Presidente, em audiência pública, que ocorrerá preferencialmente às quartas-feiras, ou de forma extraordinária, conforme convocação. Havendo o caso de impedimento do Conselheiro-Relator, ou distribuição por prevenção, haverá novo sorteio, devendo ser compensada a distribuição.⁷⁸ A prevenção ocorre em caso de distribuição prévia a um Conselheiro-Relator de Recurso Voluntário em Medida Preventiva aplicada pelo Secretário da SDE e, ainda, a ratificação dos Compromissos de Cessação submetidos pela SDE ao CADE.⁷⁹ Outra figura processual criada pelo Regimento Interno do CADE e que não está prevista na Lei n.º 8.884 de 1994 são os embargos declaratórios, os quais “terão como Relator o conselheiro que redigiu o acórdão embargado”.⁸⁰

O artigo 35 do Regimento Interno estabelece que não é permitido que os autos sejam retirados em carga pelas partes, fazendo menção expressa que os interessados deverão apresentar requerimento ao CADE para obtenção de vistas e

⁷⁶ Disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2009, 15:00h.

⁷⁷ Art. 25 do Regimento Interno do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao/rinterno/RICons04062008.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

⁷⁸ Arts. 26 e 27, *idem*.

⁷⁹ O artigo 30 do Regimento Interno do CADE repete e amplia os poderes judicantes conferidos de forma equivocada à SDE, afirmando que, também, a ANATEL que é uma pessoa jurídica ou qualquer outra autoridade competente, poderá aplicar Medida Preventiva. Segundo leciona Celso Antonio Bandeira de Mello: as agências reguladoras são sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156-157.

⁸⁰ Art. 31 do Regimento Interno do CADE.

realização de fotocópias. A redação do artigo dá a impressão de que a vista aos autos é uma faculdade do Conselho,⁸¹ o que não se justifica, tendo em vista que, por tratar-se de processo administrativo, devem ser observadas as normas previstas na Lei n.º 9.784, de 1999, que confere, entre outras coisas, “especial proteção dos direitos do administrado”.⁸²

Quando se tratar de ato de concentração, os documentos juntados deverão ser autenticados por cartório oficial, o mesmo não ocorrendo nos demais casos, quando para a autenticação bastará declaração no verso da folha, a ser realizada pelo advogado, sob sua responsabilidade. Não se admite a juntada de documento em língua estrangeira, sem que esteja em vernáculo, por meio de tradução realizada por tradutor juramentado.⁸³

O artigo 44 do Regimento Interno prevê a possibilidade de ser conferido tratamento confidencial aos autos, nos casos ali elencados, mediante requerimento do interessado ou, conforme o caso, de ofício pelo Relator no interesse da instrução processual. Do deferimento ou indeferimento do pedido de confidencialidade será proferida decisão fundamentada. Se deferido o pedido, os documentos referentes ao pedido serão juntados em autos apartados, neles constando a expressão “CONFIDENCIAL”.

Após a distribuição, o Conselheiro Relator receberá o processo em gabinete e abrirá vistas à Procuradoria do CADE, a fim de que emita parecer no prazo de 20 dias. O Conselheiro Relator pode requerer a realização de diligência complementar e obtenção de novas informações, quando entender serem insuficientes os elementos dos autos. O relatório será apresentado para julgamento na Sessão do Plenário, devendo as partes ser intimadas com antecedência mínima de cinco dias.

Durante a Sessão de julgamento, o Procurador-Geral e o representado ou seu Advogado têm direito a manifestar-se oralmente pelo prazo de quinze minutos, cada um.⁸⁴ Contudo é importante observar que o artigo 72 do Regimento interno

⁸¹ Há que se chamar a atenção para a regra insculpida no artigo 3.º da Lei n.º 9.784/99: *O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.*

⁸² FIGUEIREDO, 2004, p. 43.

⁸³ Arts. 37 a 40 do Regimento Interno do CADE.

⁸⁴ Art. 45 da Lei 8.884./94.

afasta essa possibilidade nos julgamentos de Acordo de Leniência, Embargos Declaratórios, Medida Cautelar, homologação de Medida Preventiva e da Restauração de Autos.

Cumpridas as formalidades procedimentais, os Conselheiros proferem seus votos, sendo o Relator o primeiro a votar, e sucessivamente os demais, em ordem decrescente de antiguidade. A fim de “garantir a eficácia de suas decisões”, prevê a lei que o Secretário da SDE ou o Conselheiro Relator poderão adotar medidas no sentido de impedir o representado de causar lesões irreparáveis ou de difícil reparação ao mercado, parecendo um tanto precipitado em se tratando do Secretário, pelo fato de ele não possuir poderes judicantes..

Os requisitos são um misto de processo cautelar e antecipação dos efeitos da tutela previstos no CPC, que criam um mecanismo híbrido e ao mesmo tempo questionável, tendo em vista que confere ao Secretário da SDE poderes judicantes de ordenar a cessação da atividade tida por infratora, antes mesmo de o processo ser distribuído perante o CADE. Há, ainda, a previsão de que o Procurador-Geral pode solicitar a adoção das medidas ao Conselheiro Relator. Outra previsão que ressalta os poderes judicantes do Secretário da SDE é o § 2.º do artigo 52, que determina que cabe recurso sem efeito suspensivo ao Plenário do CADE, das “decisões” do Secretário e do Conselheiro-Relator.

É de notar-se que os poderes para realizar compromisso de cessação foram suprimidos ao Secretário da SDE, enquanto os de aplicar medida preventiva permanecem, quando o correto, seguindo-se a linha da doutrina administrativa, seria que aquele representasse junto ao CADE, que é quem efetivamente tem poder de decisão.⁸⁵

⁸⁵ Está se dando poder ao Secretário da SDE para decidir, sem qualquer possibilidade aparente de controle. Tanto a SDE como o CADE são órgãos da Administração Pública e Maria Silvia Zanella di Pietro observa que “Só não há possibilidade de pluralidade de instâncias quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo, Editora Atlas. p- 492-3.

1.5.1 Compromisso de cessação

A Lei prevê, também, a possibilidade de se pôr fim às investigações, mediante compromisso firmado com os investigados: é o chamado compromisso de cessação. Segundo Fabio Ulhoa Coelho, este é “um dos mais importantes instrumentos da lei” e tem como objetivo “superar a atuação administrativa na defesa das estruturas do livre mercado, através da composição com o empresário representado”.⁸⁶ Na versão original da Lei n.º 8.884/94, podiam firmar o compromisso tanto o CADE como a SDE, porém, com a redação dada pela Lei n.º 11.482/2007, essa faculdade é exclusiva do CADE⁸⁷. O instrumento deve ser lavrado até o início da Sessão de Julgamento e será considerado título executivo extrajudicial, com a especificação das obrigações do representado, fixação de multa para caso de descumprimento e de um valor de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando se tratar de “condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 da lei”.

Os critérios a serem utilizados pelo CADE são discricionários, uma vez que por expressa previsão legal devem obedecer ao juízo de conveniência e oportunidade, devendo, porém tais requisitos convergirem no interesse público.⁸⁸ Firmado o acordo com um representado, o processo fica suspenso em relação a este e prossegue em relação aos demais. Findo o prazo estipulado no acordo, tendo sido atendidas as condições estabelecidas, o processo será arquivado ou, caso haja descumprimento, o CADE aplicará as sanções previstas no instrumento firmado e determinará o prosseguimento do processo.

Seguindo as regras da proporcionalidade e razoabilidade, a Lei prevê a possibilidade de serem alteradas as condições do termo, desde que devidamente

⁸⁶ COELHO; Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste brasileiro: Comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 53.

⁸⁷ Art. 53 da Lei 8.884/94.

⁸⁸ Ensinava Hely Lopes Meirelles que: *Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público*. MEIRELLES, 2002, p.164.

comprovada uma onerosidade excessiva para o representado e não acarretando prejuízos para a coletividade e para terceiros.⁸⁹

1.5.2 O CADE como órgão de controle de atos

Ao CADE cabe o controle amplo dos atos que possam afetar, prejudicando ou limitando a livre concorrência. A lei é expressa em impedir ou resguardar que os atos praticados pelos agentes possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Esta efetivamente é a atribuição principal do Conselho: atuar como órgão de controle, intervindo na realização dos atos que possam de qualquer forma causar lesão à ordem econômica. Essa função ao mesmo tempo é de controle e de fiscalização, porém a real eficácia autônoma das decisões do Conselho é determinar o desfazimento desses atos pelos órgãos da administração responsáveis pelo registro.

Com isso, os agentes econômicos não conseguem tornar válidos os negócios jurídicos uma vez que lhes falta o requisito essencial.⁹⁰ Não se pode dizer que em uma sociedade houve efetivamente transferência de cotas societárias, se as alterações de contrato social não forem registradas nas Juntas Comerciais. O CADE, dentro do seu campo de atuação, tem o poder de “intervir” para obstaculizar ou anular essas transferências, sempre que forem prejudiciais à concorrência, colocando um agente econômico em posição dominante dentro dos critérios estabelecidos pela lei. Essa intervenção é em caráter de agente normativo e regulador e não participativo, ou como explorador de atividade.⁹¹

A liberação dos referidos atos está sujeita, cumulada ou alternativamente, ao aumento da produtividade, à melhora da qualidade de bens e serviço, ganho de

⁸⁹ Art. 53, § 8º

⁹⁰ Destaque-se que segundo o disposto no art. 1.154 do CC o ato sujeito a registro não pode ser oposto a terceiros antes do cumprimento das formalidades exigidas, salvo se houver prova de que o terceiro o conhecia. A norma é plenamente justificável, e possui outros dispositivos correlatos, que representam verdadeiro desdobramento de seu conteúdo normativo. Com efeito, se as juntas são o órgão de registro público dos empresários e das sociedades empresárias, sua função precípua é publicizar os atos desses agentes econômicos, a fim de se tornarem conhecidos de terceiros e a eles poderem ser opostos. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial o Novo Regime Jurídico-Emprasiaral Brasileiro. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editar Jus Podium, 2009, p. 78.

⁹¹ GRAU, 2005, p. 343.

eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico dos agentes, desde que os benefícios sejam distribuídos de forma equitativa tanto aos participantes como aos consumidores e usuários, não resultando em eliminação da concorrência.⁹²

Para efeito de controle de atos considerados como concentração de empresas, a lei tipifica como sendo fusões e incorporações ou “qualquer forma de agrupamento societário”, cujo critério de análise, após a redação dada pela Lei n.º 10.149 de 2000, passou a ser de “empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou de que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balancete equivalente a R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais)”.⁹³

Pelas regras estabelecidas no artigo 54 da Lei antitruste, o objetivo foi tornar obrigatório o exame dos atos de “agrupamento societário”, estabelecendo [de forma pouco clara] que deverão ser feitos previamente ou em até quinze dias de sua realização. Assim, devem os agentes econômicos, sob pena de multa, enviar a documentação respectiva em três vias à SDE, que estará incumbida de remeter uma via ao Conselho e outra à Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico.

Uma vez recebida a documentação, cabe à SEAE elaborar um parecer no prazo de trinta dias e encaminhar para a SDE que, em igual prazo, remeterá o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, a fim de que delibere no prazo de sessenta dias.⁹⁴ É nítida a intenção da lei de emprestar celeridade ao processo, uma vez que as partes podem alegar que o ato se tornou irreversível, uma vez que o negócio jurídico está definitivamente consumado pelo decurso do tempo.

Aliás, a própria lei prevê uma penalidade processual para o caso de o CADE não apreciar o pedido dentro do prazo fixado, quando então serão considerados aprovados os atos apresentados. Uma vez aprovados os atos, a sua eficácia retroage à data da realização, não se aplicando tal regra, contudo, nos casos em que o agente econômico der causa ao retardo do processo, o qual ficará suspenso até a regularização.

O CADE, em caso de não aprovação, poderá ordenar a desconstituição total ou parcial dos atos submetidos a controle, mediante venda de ativos, cisão de sociedade, cessão total ou parcial de atividade, no sentido de eliminar os efeitos

⁹² Art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

⁹³ § 3º, do art. 54 da Lei 8.884/94

nocivos à ordem econômica, sem prejuízo de outras medidas judiciais cabíveis.⁹⁵ Importante salientar que mesmo discricionária a aprovação deve ser motivada, sob pena de nulidade.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Departamento Nacional de Registro Comercial (DNRC), hoje vinculado ao Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior (MDIC) deverão comunicar, no prazo de cinco dias úteis, todas as mudanças de controle acionário de companhias abertas e registro de fusões, a fim de que sejam examinados.⁹⁶

Há que se saber que o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) é o órgão central da administração direta, que tem função de supervisão, orientação, coordenação e normatização, no plano técnico; e supletiva, no plano administrativo, ao qual estão subordinadas as Juntas Comerciais cuja função é a execução e administração dos serviços de registro. Hierarquicamente abaixo das Juntas Comerciais, localizadas em cada um dos Estados e no Distrito Federal, estão as Delegacias e outras unidades desconcentradas, que integram o Sistema Nacional de Registro Mercantil.⁹⁷

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é uma

entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

⁹⁴ § 3º do Art. 54, da Lei 8.884/94.

⁹⁵ O Superior Tribunal de Justiça decidiu, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 9.944, no dia 25 de maio de 2005, em acórdão da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, que 1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I e § 1º. Da Lei 9.784/99). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp>>.

Acesso em: 8 abr. 2009, 21:00.

⁹⁶ § 10º, do Art. 54 da Lei 8.884/94.

⁹⁷ O DNRC é órgão federal, integrante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Suas atribuições não são de execução do registro de empresa (nenhuma sociedade (nenhuma sociedade terá os seus atos constitutivos depositados neste órgão, por exemplo), mas de normatização, disciplina, supervisão e controle deste registro. [...] Cabe-lhe, também, organizar e manter o Cadastro Nacional de Empresas Mercantis, preparar os processos de autorização para nacionalização ou instalação no Brasil de empresa estrangeira (se a autoridade competente para a sua apreciação é o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), e, enfim, desenvolver estudos e patrocinar reuniões ou publicações, para o aprimoramento do registro de empresas. (COELHO, p. 68).

A CVM foi criada por intermédio da “importação” do sistema americano, necessitando serem observadas as diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos [o americano e brasileiro] conforme adverte Fabio Ulhoa Coelho.⁹⁸ E como tal a CVM tem poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado, realizando, entre outras funções, o registro de companhias abertas e o registro de distribuição de valores mobiliários,⁹⁹ porém, como órgão pertencente à Administração Indireta, ao controle dos atos na forma legal.

O CADE como órgão da Administração Indireta tem a atribuição de exercer a tutela da concorrência em relação aos atos registrados por um órgão da Administração direta, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) e, também, de outra autarquia a si equiparada, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Para tanto, é necessário que se constate a existência de atos lesivos ou que as informações prestadas eram falsas ou enganosas, bem como que haja descumprimento das obrigações assumidas por parte dos agentes econômicos. Essa faculdade decorre da possibilidade que a Administração Pública tem de promover o controle¹⁰⁰ dos próprios atos, devendo-se ter o cuidado de não confundir essa possibilidade como sendo o poder de autotutela, conforme conceituação

⁹⁸ A CVM é uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, cuja criação, pela LCVM, buscou inspiração na *Securities and Exchange Commission*, agência constituída nos Estados Unidos em 1934, durante a histórica depressão da sua economia. O paralelo entre as duas entidades (a brasileira e a norte-americana) deve ser feito com extrema cautela, em razão das diferenças entre os sistemas constitucionais que presidem a ordem jurídica em que cada uma se insere. De fato, nos Estados Unidos, as *independent regulatory commissions*, são órgãos investidos de competência legislativa delegada e não se encontram vinculadas, hierarquicamente, ao Poder Executivo. Trata-se de figura sem lugar na ordem constitucional brasileira. A CVM possui autonomia administrativa e orçamentária, em razão de sua natureza autárquica, mas se encontra subordinada ao Poder Executivo, e, enquanto não houver mudança constitucional da disciplina da estrutura de poder do estado federal brasileiro, não poderá ser de outra forma (cf. Leães, 1982:55/56). (COELHO, v. 2, p. 76).

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/>>. Acesso em: 18 abril 2009, 22:40.

¹⁰⁰ **Controle administrativo** é o poder de fiscalização e correção que a administração pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. Na esfera federal, esse controle é denominado de **supervisão ministerial** pelo Decreto-lei nº 200 de 25-2-67. Abrange os órgãos da Administração direta ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração indireta ou descentralizada. O controle sobre os órgãos da Administração direta é um controle interno e decorre do **poder de autotutela** que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Esse poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as súmulas 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e, em conformidade com a segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. DI PIETRO, p. 577.

generalizada utilizada por parte da doutrina.¹⁰¹ O poder de autotutela¹⁰² é uma modalidade de controle administrativo, assim como a tutela e o controle hierárquico, porém, o controle realizado pelo CADE é finalístico limitado “aos termos da lei que o estabelece”.¹⁰³ O detalhe *sui generis* é que nesse caso específico existe um órgão da Administração Indireta, CADE, com poder de fiscalizar os atos aprovados por outro órgão da Administração Indireta, a CVM.

Portanto, as referidas desconstituições de atos de registro, por se tratarem de ato da Administração,¹⁰⁴ tanto no que diz respeito ao DNRC, como à CVM, podem ser determinadas diretamente pelo CADE, tendo em vista fazerem parte de sua função legal específica. Contudo, no que diz respeito à determinação pelo Conselho de venda de ativos e outras que importem diminuição de patrimônio, devem ser entendidas como possuidoras tão somente de caráter opinativo, uma vez que não possuem caráter coercitivo. Para que haja força executiva, somente mediante compromisso, em a parte assume obrigação de fazer, ou por determinação judicial, uma vez que devem ser obedecidos os princípios constitucionais que garantem o devido processo legal e a irrenunciabilidade na prestação da tutela jurisdicional do Estado no caso de lesão ou ameaça a direito.¹⁰⁵

Com o intuito de garantir o cumprimento das condições estabelecidas no § 1.º do artigo 54, incumbe ao Plenário do CADE impor compromisso de

¹⁰¹ Os atos Administrativos ou, dito mais largamente, todo e qualquer comportamento da Administração Pública está sujeito aos controles *administrativos e judicial*. O primeiro é realizado pela própria Administração Pública no exercício do poder de autotutela, que nesse mister age espontânea ou provocadamente, e tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração Pública no que concerne ao mérito e a legalidade.[...] Diógenes Gasparini – *Direito Administrativo* – p.106/107.

¹⁰² Também não se confunde tutela e autotutela, pois esta corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos e inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Isto significa que a **tutela**, o **controle hierárquico** e a **autotutela** são modalidades do gênero **controle administrativo**. Originalmente empregava-se o vocábulo tutela para abranger apenas o controle sobre as pessoas administrativas de direito público, ou seja, as autarquias; isto porque apenas elas eram utilizadas como forma de descentralização por serviço. À medida que o poder público passou a utilizar outros tipos de entidades, como as fundações, as sociedades de economia mista e a empresa pública, como formas de descentralização por serviço, a tutela que é inerente a esse tipo de descentralização, passou a alcançar todas as entidades da administração indireta. DI PIETRO, p. 394.

¹⁰³ O controle no âmbito da Administração direta ou centralizada decorre da *subordinação hierárquica*, e, no campo da Administração indireta ou descentralizada, resulta da *vinculação administrativa*, nos termos da lei instituidora das entidades que a compõem. Daí porque o *controle hierárquico* é pleno e ilimitado e o controle das autarquias e das empresas estatais em geral, sendo apenas um *controle finalístico*, é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. [...] HELY p. 632.

¹⁰⁴ Preferiu não se utilizar a expressão ato administrativo, a fim de não ter que buscar uma classificação específica dentre as tantas elencadas pela doutrina, tendo em vista não ser este o objeto do presente trabalho. Afinal, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de se estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo”. *Curso de Direito Administrativo*, p. 343.

¹⁰⁵ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

desempenho,¹⁰⁶ aos agentes econômicos que submeteram seus atos aos controles previstos no referido dispositivo, quando se levará em consideração “o grau de exposição à competição internacional e as alterações no nível de emprego”. É requisito obrigatório que conste o compromisso das metas qualitativas ou quantitativas e sejam definidos prazos para cumprimento, estando a SDE incumbida de realizar o acompanhamento. As penalidades previstas para o descumprimento são a revogação da aprovação e a abertura de processo administrativo para adoção de medidas cabíveis, nos termos do § 3.º do artigo 58 da Lei n.º 8.884/94. Conforme abordado anteriormente, a aprovação está sujeita a controle e, nesse caso específico, é o próprio órgão que revê a decisão, tendo em vista o não cumprimento de uma condição. Há na lei, segundo Fábio Ulhoa, um erro de terminologia por se tratar de revisão e não revogação do ato, alertando, ainda, que o compromisso de desempenho pode ser celebrado mesmo que o Conselho conclua pela não imposição da sanção ao representado.¹⁰⁷

1.6 A execução das decisões do CADE

A decisão do Plenário do CADE em juízo segue dois ritos distintos, nos termos da lei; o primeiro, referente à execução da pena de multa, deve obedecer à Lei das Execuções Fiscais [6.830/90] e o segundo, pertinente às obrigações de fazer e não fazer, segue rito próprio, o que pode resultar na tramitação de duas execuções

¹⁰⁶ *Compromisso de desempenho* é a promessa feita pelo interessado, em obter autorização do CADE para a prática do ato, assegurando que cumprirá, no mínimo, três das condições estabelecidas, caso em que será possível limitar ou prejudicar a livre concorrência ou dominar mercados. Nestes casos, os atos são considerados legítimos. Se os referidos atos não forem realizados sob a condição suspensiva alegada, o Plenário do CADE, concluindo por sua não aprovação, providenciará no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, providenciando de imediato a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, sem prejuízo da responsabilidade civil por perdas e danos, causados a terceiros.[...] CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 124.

¹⁰⁷ [...] As únicas consequências da inobservância do Compromisso de desempenho são a revisão da aprovação do ato (referida equivocadamente no dispositivo como “revogação”), nos termos do art. 55, e a instauração do processo administrativo para investigar eventual infração contra a ordem econômica. Embora a Lei não contenha expressa previsão nesse sentido, nada impede a celebração do Compromisso de Desempenho na hipótese em que o CADE, no exercício de sua competência discricionária, julgando processo administrativo de investigação de infração contra a ordem econômica, conclua pela oportunidade de não impor ao representado qualquer sanção, tendo em vista os benefícios derivados da conduta ilícita. O compromisso, nessa hipótese, serve de instrumento de controle da efetivação dos benefícios identificados. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.

simultâneas.¹⁰⁸ Esse rito não admite a suspensão do processo executório em razão do oferecimento de embargos ou qualquer outra ação de desconstituição sem a garantia total do juízo.¹⁰⁹ Há, inclusive, com a prestação de caução, a possibilidade de o juiz determinar a aplicação total ou parcial das providências contidas na decisão do CADE, concedendo tutela específica ou determinando providências que assegurem um resultado prático equivalente ao adimplemento.

Embora a Lei estabeleça que as ações devam ser propostas na Justiça Federal do Distrito Federal ou no domicílio do executado, cabendo ao CADE optar, é importante salientar que essa regra é constitucional, sendo, certamente, competente a Justiça Federal para julgar os casos que envolvam o referido conselho por ser uma autarquia federal e não porque a lei estabelece.

1.6.1 Da intervenção

Outra previsão legal é a possibilidade de o juiz nomear um interventor na empresa, a fim de dar eficácia ao cumprimento das medidas. Esse interventor exercerá função remunerada fixada pelo juiz e não pode ser pessoa insolvente ou que tenha sido sujeito passivo ou ativo de prevaricação ou corrupção.¹¹⁰ O objetivo da intervenção, segundo Fabio Ulhoa Coelho, quando necessária, é “a execução específica da decisão do CADE, ou a obtenção de resultado prático equivalente”,

¹⁰⁸ A Lei não disciplinou convenientemente a tramitação de duas execuções simultâneas – de um lado, a fiscal, relativa às multas, e de outro, a específica, pertinente às obrigações de fazer ou não fazer. Na verdade teria sido indispensável a normatização da matéria, já que há diferenças substanciais relativas aos ritos de cada uma dessas execuções, estabelecidos respectivamente na Lei 6.830/80 e nos arts. 632 a 645 do Código de Processo Civil. [...] Não parece ser boa solução o desenvolvimento de duas execuções em paralelo, cada qual submetida ao rito procedimental correspondente. (COELHO, 1995, p. 137-8).

¹⁰⁹ Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias. Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo. [...] Art. 68. O processo de execução das decisões do Cade terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto habeas corpus e mandado de segurança.

¹¹⁰ Quanto à afirmação *sujeito passivo ou passivo em qualquer forma de corrupção ou prevaricação*, prevista no § 2º do artigo 73, há que ser respeitada a regra constitucional do artigo 5º, inciso, LVII segundo a qual *ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*.

possuindo como requisitos: a) fundamentação; b) a nomeação do interventor; c) as providências a serem tomadas; d) o prazo de duração da medida.¹¹¹

A intervenção judicial deverá se restringir aos atos necessários para o cumprimento das medidas, podendo o executado, no prazo de quarenta e oito horas, impugnar o interventor, por motivo de inaptidão ou idoneidade, cuja prova deverá ser feita no em três dias, decidindo o juiz em igual prazo. Caso a impugnação seja julgada procedente, o Juiz deverá nomear novo interventor no prazo de cinco dias. A intervenção poderá ser total, caso algum dos responsáveis pela administração da empresa obstaculizar os trabalhos do interventor. Porém, adverte J. CRETELLA JÚNIOR, a intervenção como medida de execução e cessada a causa deve cessar a “inteligência do interventor nos negócios internos da empresa, sob pena de se cometer abuso de poder ou desvio de finalidade”¹¹²

Nos termos do artigo 73 da lei, a intervenção deverá durar no máximo 180 dias, ficando o interventor sujeito aos mesmos deveres, responsabilidades e penalidades que os administradores, no que couber, conforme preceituam os artigos 153 a 159 da Lei n.º 6.404 de 1976, que trata das sociedades anônimas. É, ainda, de competência do interventor determinar a prática dos atos necessários à execução, bem como denunciar ao juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis da empresa, ou de que tenha conhecimento e apresentar um relatório mensal de suas atividades.¹¹³ As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada, nos termos do artigo 76 da lei.

Ao término do prazo fixado para a intervenção cabe ao interventor apresentar relatório ao juiz, opinando pela extinção e conseqüente arquivamento do processo ou solicitando prorrogação. A lei procurou garantir de todas as formas a

¹¹¹ Além desses requisitos essenciais, é oportuno que o juiz estabeleça desde logo a remuneração do interventor (art. 73, § 2º) e fixe eventuais orientações específicas para a atuação deste e dos membros da administração da empresa, tudo no sentido de alcançarem rapidamente os objetivos da medida. (COELHO, 1995, p. 142).

¹¹² Intervenção é medida de execução. Aplica-se respectivamente. Cessada a causa, deverá cessar a inteligência do interventor nos negócios internos da empresa. Durante o período que durar o processo intervencionista, o interventor não deverá exorbitar. Ao contrário, deverá limitar sua ação, praticando apenas – e tão só – os atos indispensáveis ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, tendo a duração máxima de 180 dias. O interventor é responsável por suas ações e omissões, e, em especial, em casos de *abuso de poder e desvio de finalidade*. [...] (CRETELLA JÚNIOR, 1996, p.129-30).

¹¹³ Art. 75. Compete ao interventor: I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades. Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão,

eficácia na execução das decisões do CADE, possibilitando que sejam processados criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, todo aquele que se opuser ou causar obstáculo ao cumprimento das ordens judiciais.¹¹⁴ Observa Fabio Ulhoa que, embora não exista previsão específica na lei antitruste, o próprio interventor pode ser o responsável pela conduta ilícita por não se tratar de crime de desobediência,¹¹⁵ mas de usurpação de função pública.

1.7 O novo projeto de lei que altera a Lei n.º 8.884 de 1994

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3937, de 2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, cuja redação final na Câmara dos Deputados, assinada pelo Deputado Ciro Gomes “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999 e dá outras providências”. Segundo o parecer da Comissão Especial de Defesa da Concorrência, criada pela Câmara dos Deputados, houve o apensamento ao “Projeto de Lei 5.877/2005 do Poder Executivo [...], dadas as competências de iniciativa privativa do Presidente da República definidas no inciso II do artigo 61 da Constituição”. O motivo está no fato de que, inicialmente, houve uma fusão entre CADE e SDE e a concentração das atribuições com a Secretaria de Acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda.

propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

¹¹⁴ Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.

¹¹⁵ Omitiu-se a lei antitruste na menção ao crime e usurpação de função pública, em que incorre o funcionário público – o serventuário da Justiça, por exemplo – que obstaculizar ou frustrar os efeitos da intervenção no exercício de sua competência funcional. O próprio interventor pode incorrer nessa conduta ilícita. Ele poderá, por exemplo, ter interesse na procrastinação das providências apontadas pelo despacho interventivo, tendo em vista a percepção de maior remuneração ou gozo de outras vantagens relacionadas com a função interventiva. Nesse caso, por se encontrar no exercício de sua função específica, não se caracteriza o crime de desobediência, mas o de usurpação de função pública, conforme a lição de Magalhães Noronha (1981, p. 302 e 313/314 apud COELHO, 1995, p. 142).

Dentre as alterações propostas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passa a ser parte integrante da nova lei e compreende o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Secretaria de Acompanhamento Econômico. O CADE, por sua vez, passará a ser composto: a) pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; b) pela Superintendência Geral; c) pelo Departamento de Estudos Econômicos. Seguindo essa configuração, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) deixa de existir como órgão autônomo e é substituída pelo Departamento de Estudos Econômicos.¹¹⁶

No tocante aos cargos, o Projeto amplia o mandato do Presidente, Conselheiros e Procurador-Geral do CADE para quatro anos sem recondução, em vez de dois anos com recondução. Com a Superintendência Geral, são criados três novos cargos, sendo um de Superintendente-Geral e dois Superintendentes adjuntos. Conforme previsto no § 2.º do artigo 12 do Projeto, o Superintendente Geral terá mandato de dois anos, permitida uma recondução, e a escolha dentre os cidadãos com mais de trinta anos (§ 1.º) seguirá os critérios e moldes utilizados para o Presidente, Conselheiros e Procurador-Geral. O que não ficou claro no Projeto foi a fórmula a ser utilizada como regra de transição para os ocupantes dos cargos, após a aprovação do Projeto, no sentido de impedir a ocorrência de uma “ciranda institucional”, vindo a prejudicar a renovação do Conselho. Afinal, o fato de não haver recondução não significa que o ocupante do cargo de Conselheiro não possa vir a ocupar o cargo de Presidente ou de Procurador-Geral e agora de Superintendente-Geral e Superintendente adjunto, podendo permanecer até 20 anos dentro do Conselho.¹¹⁷

Ainda segundo o Parecer da Comissão Especial da Câmara, a criação dos novos cargos de Superintendente-Geral e Superintendentes adjuntos tem como um dos objetivos separar as funções de fiscalização interna do CADE das de decisão

¹¹⁶ Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/635240.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2009.

¹¹⁷ Fabio Ulhoa Coelho explica: Recondução, entenda-se, é a segunda nomeação da mesma pessoa para o mesmo cargo. Como a lei trata sempre separadamente o cargo de Presidente dos de Conselheiros, não se referindo em nenhuma passagem a conceito genérico compreensivo de ambos, devem estes ser considerados independentes, para fins de regime funcional. Quer dizer, a pessoa nomeada duas vezes para o cargo de Conselheiro, embora não possa ser novamente conduzida para esse cargo específico, poderá ainda ser nomeada duas vezes no cargo de Presidente e vice-versa. p. 14.

execução e fiscalização.¹¹⁸ O Projeto recebeu apoio do Presidente do Conselho que fundamenta a necessidade da mudança com as alterações semelhantes ocorridas recentemente em Portugal, afirmando que unificação torna mais célere a análise dos processos pelo fato de dispensar três pareceres.¹¹⁹

Retornando às origens, o Brasil parece ter encontrado no modelo português a solução que considera ideal para resolver a questão da identidade do órgão responsável pela defesa da concorrência, transformando o conselho autárquico em tribunal administrativo. Isso foi resultado da mescla dos dois projetos de lei acima citados que entre muitas idas e vindas chegaram a utilizar o formato de agência, tanto no Projeto apresentado pelo Deputado Carlos Eduardo Cadoca, como pelo projeto de iniciativa do Executivo. Ainda, conforme se extrai da justificativa do projeto apresentado pelo executivo, a intenção manifestada é implementar “uma política de defesa da concorrência contemporânea, que, efetivamente, tenha condições de zelar pelo livre funcionamento dos mercados [...]”.¹²⁰ Contudo, há que se ter cuidado com o uso indiscriminado de terminologias sem a devida análise do significado, principalmente no tocante a transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em tribunal autárquico com função judicante.

Uma parte da doutrina administrativa brasileira conceitua Tribunais Administrativos como órgãos que atuam e “decidem no âmbito da Administração

¹¹⁸ A proposta separa as funções de decisão final e de fiscalização interna ao CADE, exercidas no âmbito do Tribunal, de decisão preliminar, execução e fiscalização das decisões do Tribunal, exercidas pela Superintendência-Geral. Um dos exemplos está no art.10 do Projeto, em que o Presidente do Tribunal determina que a Superintendência-Geral tome as providências para o cumprimento das decisões do Tribunal, enquanto que o dispositivo similar da Lei 8.884/94 atribui ao Presidente a tarefa de cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/518696.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2009.

¹¹⁹ Matéria publicada na Revista Consultor Jurídico e exibida na página do CADE na internet: Presidente do Cadê defende reforma do sistema. – Defesa da Concorrência -O presidente do **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)**, Arthur Badin, tem reunião marcada na semana que vem com diversos senadores. Na pauta, o projeto (PLC 6/09) que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ele levará a tiracolo o presidente da Autoridade da Concorrência de Portugal, Manuel Sebastião. Badin espera que Sebastião — que participará de um seminário sobre defesa comercial no Banco Central — sensibilize os senadores sobre a importância de reestruturar a atual estrutura de defesa da concorrência no Brasil. Em 2007, Portugal fez uma reforma semelhante à que é proposta no projeto que tramita, atualmente, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado. “Temos de ter senso de oportunidade e aprovar esse projeto ainda este ano. Em 2010, ano eleitoral, é mais difícil”, afirmou o presidente do Cade à revista Consultor Jurídico. São três os principais pontos do projeto. A unificação do chamado “triplo guichê”, a análise prévia dos atos de concentração e o aumento da estrutura do Cade. A unificação dos guichês deve conferir muito mais rapidez à análise dos atos de concentração, pois dispensa a necessidade de três pareceres nos processos. Hoje, emitem parecer a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e o Cade. Com a reestruturação, a instrução do processo e o parecer serão únicos. [...] Haidar; Rodrigo.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cbf4edb35ea01021421390e26>>. Acesso em: 8 jan. 2010, 11:12.

¹²⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/339118.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2010.

ativa, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos a revisão do Ministro de Estado que, em tais casos, representa a última instância administrativa”, reconhecendo-lhes uma função “quase judicial”.¹²¹ Daí talvez a confusão dos termos judicante, jurisdicional, dando a falsa impressão de que o CADE funciona como uma Corte que julga de forma irrecorrível processos relacionados com a defesa da concorrência no Brasil. É nítido no texto do Projeto em tramitação que com a proposta de reforma o Executivo passa a considerar o CADE como órgão estratégico para desenvolvimento de sua política de defesa da concorrência, criando, para tanto, um órgão com “aparência” de tribunal jurisdicional. Bastante apropriada é a lição de Canotilho, ao comentar a Constituição portuguesa, afirmando que “tribunais são constitucionalmente considerados como órgãos de soberania (art.113-1). Todavia, tem um estatuto constitucional distinto, visto que não integram, como aqueles, o sistema de governo”. E como tal prossegue “não participando, portanto, nas funções de definição e direcção política do Estado”.¹²²

Essa ideia de se instituir no Brasil um Tribunal de Defesa da Concorrência chegou a ser cogitada durante o Governo Itamar Franco. O projeto de lei previa a criação de um órgão híbrido que serviria como “órgão autônomo e auxiliar do Poder do Judiciário, vinculado ao Ministério da Fazenda [...]”.¹²³ Na oportunidade, o projeto audacioso encomendado ao Ministro Alexis Stenpanenko não chegou a sair do papel, porém não é difícil de imaginar as inúmeras questões controvertidas que surgiriam ao tentar-se instituir por lei ordinária a competência jurisdicional de um órgão de defesa da concorrência vinculada ao poder executivo.¹²⁴

¹²¹ Os *Tribunais Administrativos* são órgãos do Poder Executivo com competência Jurisdicional específica para assuntos indicados em lei, a serem decididos nos recursos próprios. Não integram o Poder Judiciário, nem proferem decisões conclusivas para a Justiça Comum (CF, art. 5º, XXXV). Atuam e decidem no âmbito restrito da Administração Ativa, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos a revisão do Ministro de Estado que, em tais casos, representa a última instância administrativa. (MEIRELLES, 2001, p.726).

¹²² CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora, 1991, p. 223.

¹²³ ROSO, Jayme Vita. *Novos Apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: Editora LTR, 1998, p.99.

¹²⁴ O projeto do Tribunal de Defesa da Concorrência estava contido no livro III do anteprojeto e tinha a seguinte redação: Do Tribunal de Defesa da Concorrência. Título I – Da Instituição e da jurisdição – Capítulo I – Da Instituição: Art 32. O tribunal de Defesa da Concorrência é órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, na apreciação, prevenção e repreensão dos abusos do poder econômico e vinculado ao Ministério da Fazenda, enquanto não conseguir formar receita e patrimônios próprios, apenas no que se refere ao provimento de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento. Parágrafo Único. O Tribunal de Defesa da Concorrência elaborará, com base em dotações específicas, sua proposta orçamentária, a ser aprovada na forma da legislação vigente, segundo classificação adotada no orçamento da União. Art. 33. A jurisdição do Tribunal de Defesa da Concorrência abrange todo o território nacional, tendo como sede a Capital Federal. Título II – Da Composição e Organização do Tribunal de Defesa da Concorrência – Capítulo I – Da composição: Art. 34. O Tribunal compor-se-á de sete juizes nomeados, em caráter efetivo, pelo Presidente da República, dentre brasileiros de notável saber jurídico ou econômico, reputação ilibada e com mais de quinze anos de efetiva e ininterrupta atividade profissional. [...] (ROSO, 1998, p. 119).

Aliás, referida fusão de competência [do Poder Judiciário] com atribuição [do Poder Executivo], ao vincular um tribunal a um ministério de governo, sequer parece possível de ser instituída por ferir a “cláusula pétrea” prevista no inciso III, do § 4.º do artigo 60 da Constituição de 1988, que veda a deliberação de “proposta tendente a abolir a separação do Poderes e os direitos individuais”. Por abolir, na lição de José Afonso da Silva,¹²⁵ não há que se entender ser necessário que o referido termo conste expressamente do texto. É, portanto, inconstitucional a criação de um órgão misto, a fim de exercer função jurisdicional, por contrariar o artigo 2.º da Constituição que afirma que são “independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Não obstante, fere a cláusula que afirma ser impossível excluir “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, inserida entre os direitos e garantias individuais previsto no artigo 5.º, inciso XXXV.

Outro detalhe a ser observado é que o CADE como conselho vinculado diretamente ao Presidente da República, só por si não tem previsão constitucional, uma vez que a Seção V do Capítulo II da Carta Política de 1988 prevê a existência de somente dois órgãos de consulta do Presidente da República, respectivamente: a) O Conselho da República; b) O Conselho de Defesa Nacional. Entretanto, maior cuidado deveria ter-se ao transformar a autarquia em Tribunal pelo fato de que em nossa legislação referida terminologia é utilizada para o órgão encarregado de proferir julgamentos cuja criação, também, está prevista na Constituição Federal (art. 92, CF), mesmo tratando-se das Cortes de Contas que no âmbito Federal é representado pelo Tribunal de Contas da União (art. 70 a 75, CF/88).

Outro fato curioso é a composição orçamentária *sui generis* prevista para o Tribunal, cuja verba pode ser composta por convênios ou acordos firmados com entidades nacionais e internacionais e até mesmo doações,¹²⁶ o que não é nada compatível com a postura imparcial exigida de um Tribunal. No tocante às multas aplicadas, a lei acertadamente prevê que elas continuam revertendo ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Não menos interessante era a previsão do artigo 6.º, §

¹²⁵ É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa do Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou, ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...” A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual [...] basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição. [...] Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação dos poderes. (SILVA, 2009, p. 67).

¹²⁶ Artigo 28, inciso IV e V do Projeto.

6.º do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, (suprimida pela segunda emenda aprovada no Senado Federal) de que o Presidente do Tribunal, de forma discricionária, poderia nomear servidor em exercício do CADE para o cargo de Conselheiro em caso de vacância.¹²⁷

O Projeto de Lei após aprovação na Câmara dos Deputados foi remetido ao Senado Federal, onde foi autuado como Projeto de Lei Complementar n.º 06/2009 e recebeu mais de trinta emendas. O Relatório elaborado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle, de relatoria do Senador João Pedro, apresenta um resumo detalhado do Projeto e faz comparações importantes deste com o ordenamento vigente. O Relator esclarece que a Superintendência-Geral, além de assumir as atribuições da SDE, tem papel mais destacado em relação aos atos de concentração econômica podendo propor acordo no sentido de alterar os termos no negócio, com o objetivo de obter a aprovação do Conselho. Outra mudança é o *quorum* de instalação que passa de cinco para quatro membros e a deliberação, em vez de maioria absoluta, passa a ser por maioria, necessitando do voto de no mínimo três conselheiros para aprovação.¹²⁸

Entre as alterações adicionadas pelo Senado ao Projeto, merecem destaque as emendas apresentadas pelo Senador Aluísio Mercadante, que reduz de 1% para 0,1% do faturamento a multa mínima prevista no inciso I do artigo 37, e que deverá ser paga pelas empresas condenadas pela prática de infrações da ordem econômica. A justificativa é manter a proporcionalidade entre a conduta tipificada e a penalidade aplicada, a fim de evitar questionamentos judiciais.¹²⁹ Outra emenda apresentada pelo parlamentar é a que mantém em R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) o faturamento mínimo das sociedades empresárias que devem submeter seus atos de concentração à análise do CADE, anteriormente reduzida

¹²⁷ A aplicação de multas pela administração pública, como muitas vezes é objeto de recurso ao Poder Judiciário, necessita de critérios claros e objetivos. Nesse sentido, também é importante que os administrados consigam ter algum nível de previsibilidade sobre a ação do Poder Público. Um critério que utilize como base de cálculo da multa a noção de mercado relevante não garante essa objetividade, tendo em vista tratar-se de definição em casos concretos frequentemente passíveis de análises econômicas dispares. Desse modo, acredito eu, a redução do patamar mínimo de 1% para 0,1% já será suficiente para garantir a proporcionalidade necessária entre a conduta tipificada e a penalidade aplicada, mantendo o critério objetivo baseado no faturamento bruto. Por fim, excluí os impostos do cálculo da multa também para manter a proporcionalidade da multa. [...] Emenda n.º 36 – Plenário ao Projeto de Lei Câmara n.º 6, de 20 09. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70633.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2010, 8:31h.

¹²⁸ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70633.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010, 7:15.

¹²⁹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=72323>>. Acesso em: 10 jan. 2010, 6:55.

nos termos do artigo 88, inciso I, do Projeto, para R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), sob a justificativa de que isso “certamente faria o CADE analisar operações que não possuem nenhum impacto concorrencial, desperdiçando recursos públicos”.¹³⁰

O Projeto segue em discussão no Senado e a questão é bastante controversa, merecendo cautela no que diz respeito à utilização no presente trabalho. Não se pode precisar o futuro do trâmite da matéria dentro do Congresso Nacional, principalmente pelo fato de se estar em ano eleitoral e o assunto envolver políticas de Governo e ocupação de posições estratégicas em cargos públicos, o que, conforme se abordou no início do capítulo, é uma herança cultural do Brasil. Talvez o momento seja oportuno para se propor novas alterações no Projeto, no sentido de adequar-se à legislação com a tendência de se quebrar o monopólio jurisdicional, adequando o CADE, de uma forma clara e correta, aos métodos alternativos de solução de controvérsias.

¹³⁰ O faturamento mínimo de R\$ 400.000.000,00 corresponde ao critério atual de submissão dos atos de concentração ao CADE e a utilização desse critério tem levado o órgão a aprovar, sem restrições, aproximadamente 90% desses atos. A diminuição desse limite para R\$ 150.000.000,00 certamente faria o CADE analisar operações que não possuem nenhum impacto concorrencial, desperdiçando recursos

2 A DIMENSÃO INTERNACIONAL DO ANTITRUSTE

Ao fazer uma abordagem internacional do direito antitruste, procederemos a um resgate histórico do que representa o Direito Internacional moderno desde Grotius. As iniciais práticas do comércio, a forma contemporânea de desenvolvimento das atividades econômicas com o surgimento da economia de mercado frente à globalização fazem com que o direito internacional antitruste seja de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio social. Nas palavras de Anzilotti, há que se buscar um ideal ético para a ordem jurídica, no sentido de impedir não o domínio dos mais fortes, mas que os motivos determinantes das forças sejam os elementos intelectuais e morais, e a vontade dos mais fortes seja substituído pela vontade normativa.¹³¹ Haverá um regramento e uma disciplina das relações no organismo social.

Se o direito internacional tem como fonte o direito natural e o direito divino, seria muita pretensão querer afirmar que o homem pode criar o direito. O direito, afirma Anzilotti, “não pertence ao mundo dos fatos, mas àquele dos valores, não ao ser, mas ao dever ser, que não é uma lei física”, o que nos faz pensar que o homem cria a norma numa tentativa de regular a relações sociais, quer seja entre os indivíduos, quer seja entre uma pluralidade de estados. A multiplicidade de estados é fundamental para a existência do Direito Internacional, não significando que exista uma união personificada dos estados, sendo a relação entre estes e os fenômenos econômicos tendo como base a tutela da livre concorrência, um dos objetos de estudo no presente capítulo.

Essas observações são importantes, a fim de entrelaçar os conceitos de Estado e soberania com as teorias das Relações Internacionais. Para muitos, no senso comum, o direito internacional pressupõe uma regra suprema que se

públicos. Emenda nº 37 – Plenário ao Projeto de Lei da Câmara nº6 de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=72323>>. Acesso em: 10 jan. 2010, 6:55.

¹³¹ “Neste sentido, é verdade que a ordem jurídica internacional é o produto da vontade dos mais fortes, como o é, de resto, mesmo se de modo menos aparente, a ordem jurídica interna: não porque exista um direito da força, mas porque nos conflitos entre grupos sociais, que se constituem por si o direito regulador das suas relações e são por isso juntos legisladores e súditos, é inevitável e é também eticamente justo que a vontade normativa seja, de fato, o produto daqueles grupos, que, tendo atitude para se impor, mostram, como esse mesmo fenômeno tem qualidades superiores àquelas de grupos a qual se impõem. Não é tarefa da civilização impedir o domínio dos fortes, mas fazer com que a força seja determinada sempre mais por elementos intelectuais e morais e a ordem jurídica se aproxime assim, progressivamente, do ideal ético, com o qual nunca poderá ser confundida, nem ser trocada”. Anzilotti. *Il concetto Moderno dello Stato e Il Diritto Internazionale*. (Tradução DAL RI JUNIOR, Arno. Aula Magna. p. 10).

sobrepõe ao direito dos estados. Há, ainda, quem defenda ser a soberania dos estados responsável pela “autonomia” de uns em relação aos outros, dentro do Direito Internacional. E não se pode querer compreender a aplicação do direito antitruste dentro de um país, levando em consideração os atos praticados no exterior, sem ter o completo domínio da questão, até porque, como é sabido, já se pretendeu agregar a codificação do direito internacional ao Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

2.1 A origem do direito internacional: uma abordagem

Antes de analisar os sistemas americano e europeu, abordando-se a teoria dos efeitos globais dentro do direito antitruste, resgataremos os tradicionais conceitos de Estado e soberania, bem como as teorias que se relacionam com o direito internacional. Afinal, o direito antitruste é uma modalidade do direito econômico, o qual, após a globalização e o surgimento do conceito de mercados, ganha cada vez mais espaço dentro do Direito Internacional Público por envolver questões de “extraterritorialidade” na aplicação das normas de defesa da concorrência. A evolução do Direito Internacional sempre esteve ligada à questão econômica, pelo fato de ser o comércio uma forma garantidora de um bom relacionamento entre *as gentes*. E esse entrelaçamento entre Economia, Política, Estado e Soberania é abordado por Rousseau em sua obra “Tratado sobre Economia Política” [1755], ao conceituar que a fusão de *oikos* e *nomos* a princípio significava a administração de uma casa,¹³² sendo depois transformada em uma economia pública, que chamou de *governo*, a qual é distinta da autoridade suprema, denominada por ele de *soberania*.¹³³

¹³² A palavra economia vem do grego *oikos*, “casa”, e *nomos*, “lei” e a princípio significava apenas a administração prudente e legítima de uma casa, tendo em vista o bem comum de toda a família. Posteriormente, o sentido do termo foi ampliado para denotar o governo da grande família representada pelo Estado. Para distinguir essas duas acepções, elas são denominadas de economia geral ou política e economia privada ou doméstica, e só a primeira é considerada no primeiro estudo. Rosseau, Jean-Jaques – Rosseau e as Relações Internacionais – São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003. p. 4

¹³³ Neste ponto preciso pedir aos meus leitores que façam uma distinção entre a economia pública, que é o meu tema e que chamo de governo, e a autoridade suprema que chamo de soberania, distinção que consiste no seguinte: esta última tem o direito de legislar, sendo, em certos casos obrigatória para todo o conjunto da

Na visão de Rosseau, manter “a riqueza estatal é só um meio, freqüentemente, mal compreendido, de manter os indivíduos em paz e bem estar”,¹³⁴ sendo, portanto, a economia um elemento utilizado pelo Estado para promover a pacificação social. Hodiernamente, a economia ganha um novo contexto e passa a transcender os limites do próprio Estado, tendo em vista que a “reestruturação do capitalismo” conduz o mundo a uma mudança de paradigma entre o que alguns autores elencam o enfraquecimento do conceito de Estado-Nação. Por outro lado há um fortalecimento dos aspectos econômicos, organismos multilaterais e conglomerados nacionais,¹³⁵ fazendo com que o Direito Internacional se afaste de seus preceitos originais. Esse fato, contudo, não pode ser considerado como uma invenção dos séculos XX e XXI, uma vez que foi previsto por alguns estudiosos ao longo da história. O Direito Internacional sofreu transformação ao longo do tempo e modifica-se à medida que há uma expansão das atividades econômicas impulsionadas pela globalização.

Esse mesmo Direito Internacional, que hoje compreende aspectos ligados às atividades econômicas, em sua origem tinha como um dos seus pressupostos o livre comércio. Na lição de Hugo Grotius, as fontes do direito internacional emanam do direito de natureza e da vontade divina, sendo esta representada pela expressão *jus*, “utilizada pelos latinos para designar o direito”, cuja origem pode ser atribuída à dissecação do nome Jupiter.¹³⁶ Uma advertência feita por Dal Ri Júnior é no sentido de que não pode ser considerada unânime a afirmação da existência de um “direito internacional entre as cidades-estado gregas”,¹³⁷ pelo fato de que a totalidade dos elementos do *jus gentium* não era completamente desenvolvida. “A mãe do direito

nação, enquanto a primeira só tem poder executivo, obrigando exclusivamente determinados indivíduos. Idem p. 6.

¹³⁴ ROSSEAU, 2003, p. 4. Tratado Sobre a Economia e Política.

¹³⁵ As cinco consequências da “reestruturação do capitalismo” aqui apresentada com o propósito de permitir uma avaliação do impacto da globalização sobre o direito são: [...] 5) o empalidecimento da idéia de Estado-nação, em decorrência de uma crescente e complexa trama de relações motivadas por interesses distintos entre organismos multilaterais, conglomerados mundiais, centros de expertise e organizações não-governamentais (ONGs). FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³⁶ Nesse sentido é que Crisipo e os estóicos diziam que a origem do direito não deveria ser procurada em parte alguma a não ser no próprio Júpiter. E é deste nome Júpiter que vem provavelmente a palavra empregada pelos latinos para designar o direito. (e cita em nota de rodapé: A menos que não seja mais verdadeiro dizer, procedendo por dissecação, que como de ossum se chegou a os, assim como de jussum se chegou a jus, juis e depois júris, como de Papisii se obteve Papiirii. A respeito ver Cícero, livro, Livro IX, epístola XXI. GROTIUS, Hugo. Direito da guerra e da paz. Tradução Ciro Mioranza. Editora UNIJUI, 2005, p. 41.

¹³⁷ A afirmação da existência de um direito internacional entre as Cidades-Estado gregas não encontra, até os nossos dias, uma unanimidade entre os principais pesquisadores do direito internacional. Segundo afirmam Hans Kelsen e Umberto Campagnolo, tal afirmação é incerta. Isto devido ao fato de os gregos terem tido uma

natural”, segundo Grotius, pode ser apontada como uma situação natural humana que nos conduz a praticar o comércio “recíproco com nossos semelhantes”.¹³⁸ Ao desenvolver sua “hipótese impiíssima”,¹³⁹ Grotius apresenta como fórmula de pacificação social a sábia utilização da economia, afirmando ser a economia uma parte do direito. A propósito, Francisco de Vitória foi um dos precursores da afirmação de que o comércio faz parte do Direito das gentes, quando discorre sobre a possibilidade de os espanhóis comerciarem com os índios.¹⁴⁰ É certo que além de fazer comércio por questões religiosas, os espanhóis desenvolveram uma operação de guerra em face dos índios da América. A obra de Vitória analisa, também, o direito da população indígena de ter sua própria cultura, não sendo lícito guerrear contra eles pelo fato de não praticarem a religião pregada pela Igreja Católica. A prática do comércio, as relações de troca, com o respeito à autodeterminação indígena, caso efetivamente tivesse existido, conforme será abordado, são elementos do direito internacional.

O conceito de direito internacional, Público, na lição de Verdross, deriva da expressão romana *jus gentium*, utilizada pelos povos da Antiguidade clássica para designar o direito comum dos povos. Posteriormente a doutrina moderna ampliou

consciência muito pouco desenvolvida dos elementos que viriam a compor o *jus gentium* romano e medieval, ou o mesmo do moderno direito internacional. DAL RI JÚNIOR, Arno, 2004, p. 21.

¹³⁸ GROTIUS, 2005, p. 43.

¹³⁹ A isso se refere ainda o que diz respeito a uma sábia economia, falando individualmente, na distribuição gratuita das coisas que são próprias a cada homem ou a cada sociedade, como a partilha segundo a preferência dada ora ao sábio sobre o que tem menos sabedoria, ora ao parente sobre o estranho, ora ao pobre sobre o rico, segundo os atos de cada um e segundo a natureza que o objeto comporta. Desde longo tempo já muitos autores fazem dessa economia uma parte do direito, tomando em sentido próprio e estrito, embora esse direito propriamente assim denominado tenha uma natureza bem diferente, porquanto consiste em deixar aos outros o que já lhes pertence ou em cumprir com eles a obrigação que nos podem ligar a eles. 11. O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objetos de seus cuidados. O contrário nos tem sido inculcado em parte por nossa razão, em parte por uma tradição perpétua, e nos tem sido confirmado por numerosas provas e milagres atestados através dos séculos disso se segue que devemos obedecer a Deus, sem exceção, como ao Criador e ao qual nós somos devedores daquilo que somos e de tudo o que possuímos, tanto mais que de muitas maneiras ele se tem mostrado extremamente bom e poderoso. Disso devemos concluir que ele pode conceder aos que lhe obedecem recompensas generosas, mesmo eternas, sendo ele mesmo eterno, e ele o prometeu de modo expresso. Nisso nós, cristãos, acreditamos convencidos de que somos testemunhas por nossa fé indubitável. GROTIUS, 2005, p. 40.

¹⁴⁰ Segunda proposição: “É lícito aos espanhóis comerciar com eles (índios), porém sem prejuízo para sua pátria, por exemplo importando as mercadorias das quais eles carecem e exportando dali ouro ou prata e outros produtos que abundam entre eles. E os príncipes não podem impedir aos súditos de comerciar com os espanhóis; os príncipes espanhóis também não podem proibir de comerciar com eles”. Prova-se pela primeira proposição porque isso parece também ser pertinente ao Direito das gentes. Prova-se, em segundo lugar, do mesmo modo, porque é lícito também por Direito divino. Logo, uma lei eu proibisse isso seria sem dúvida irracional. Em quarto lugar, porque parecem agir contra aquele ditado: “Não façam a outro o que não queres que te façam”. Em suma, é certo que os índios não podem proibir aos espanhóis o comércio, mais do que podem os cristãos impedi-lo a outros cristãos. É evidente, pois, que se os espanhóis proibissem os

esse conceito para *jus inter gentes*, passando a se entender que o termo “gentes” somente se aplicava a Estados, tendo sido proposto por Kant, que a tradução mais correta seria Direito dos Estados, o que por analogia deu origem às muitas expressões: *Droit Intenational*, *international Law*, *diritto Internazionale*, *zwischenstaatliches Recht*. Etimologicamente a expressão significa um direito entre nações, criado para regular as relações entre “Estados e outras comunidades jurídicas soberanas”¹⁴¹. No que diz respeito às bases sociológicas do Direito Internacional Público, Verdross elenca quatro requisitos: a) uma pluralidade de Estados; b) soberania estatal; c) comércio internacional; d) convicções jurídicas coincidentes. A análise de cada um desses requisitos faz-se necessária para a compreensão do presente estudo.

A pluralidade a que faz menção Verdross, além de comportar a multiplicidade de estados, como requisito para a existência do direito, está diretamente ligada à necessidade de cooperação entre eles.¹⁴² Afinal, se existisse apenas um Estado global, seria desnecessária a existência de um Direito Internacional. E essa multiplicidade pode ser considerada como fruto de um direito divino, sendo inclusive encontrada na passagem bíblica que narra que ao tentar construir uma torre que tocasse o Céu, o povo de Babel teve sua língua confundida e foi espalhado por toda a terra.¹⁴³ Não seria direito das gentes, portanto, centrar-se num Estado único, devendo desenvolver mediante o *jus* uma forma de cooperação.

Como consequência, cada um desses Estados deve guardar certa independência em relação ao outro, daí porque a utilização do termo soberania. Conceituar soberania é um trabalho delicado que está diretamente ligado à independência de um Estado. Em sua obra, Verdross utiliza-se do conceito de Vattel para designar soberania como “Governo próprio”, ou seja: “Toda nação que se governa ela mesma sob qualquer forma, sem dependência alguma do estrangeiro, é

franceses de comerciar na Espanha, não pelo bem da Espanha e sim porque ordena o rei ou outro, essa lei seria iníqua e contra a caridade. [...] VITÓRIA, p. 96.

¹⁴¹ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 5 ed. Madri: Aguilar, 1967, p. 3.

¹⁴² VERDROSS, 1967, p. 8.

¹⁴³ Gen. 11: [...] **6** E o Senhor disse: Eis que o povo é um, e todos têm uma mesma língua; e isto é o que começam a fazer; e agora, não haverá restrição para tudo o que eles intentarem fazer. **7** Eia, desçamos e confundamos ali a sua língua, para que não entenda um a língua do outro. **8** Assim o Senhor os espalhou dali sobre a face de toda a terra; e cessaram de edificar a cidade. **9** Por isso se chamou o seu nome Babel, porquanto ali confundiu o Senhor a língua de toda a terra, e dali os espalhou o Senhor sobre a face de toda a terra.

Disponível em: <<http://www.chamada.com.br/biblia/index.php?pesq=gen+11&modo=0&ver=ACRF>>. Acesso em: 8 jan. 2010.

uma nação soberana”.¹⁴⁴ Fala-se em nação soberana quando o governo é exercido com independência pelo Estado. Ainda segundo o autor, essa noção corresponde ao conceito moderno de soberania, o qual, para Vattel está subordinado às normas da moral e de Direito Internacional positivo.¹⁴⁵

Assim, pode-se dizer que o conceito de soberania se confunde com a noção de Estado em relação a seus membros, abrindo espaço para afirmações como as de Kelsen, no sentido de que “não há diferença essencial alguma entre um Estado e um município, pois ambos estão submetidos a um ordenamento superior: o município ao Estado e o Estado ao [D.I]”, Direito Internacional. Em seu comentário, Verdross discorda de tal premissa, afirmando que as atividades dos membros do município não estão reguladas unicamente pelo direito municipal, sendo esta uma rara exceção. Já os Estados são para os seus membros uma autoridade suprema, “cujas decisões não cabem recurso a um órgão superior supraestatal”.¹⁴⁶

Afinal, se houvesse a possibilidade de se recorrer a um órgão jurídico internacional contra as decisões do Estado, “deixariam automaticamente de existir os Estados como comunidades jurídicas com plenitude de autonomia”. Seguindo esse raciocínio, com o surgimento dessas comunidades jurídicas o Direito Internacional deixaria de existir, “dando lugar a um direito político universal mais ou menos desenvolvido”. E conclui ter comprovado que Direito Internacional Público “pressupõe a soberania [...] relativa, dos Estados”. Ressalta, porém, que nessa noção de soberania relativa os Estados sob a base do Direito Internacional Público podem assumir qualquer obrigação inclusive renunciar sua independência e se incorporar a outro Estado.¹⁴⁷ E cita como exemplo a Comunidade Europeia, que naquela época afirma ser “a primeira pedra de um novo Direito Internacional [D.I.] que mediatiza os Estados Particulares e os reúne em blocos chamados a receber deles os direitos mais importantes da soberania”.¹⁴⁸

Essa pluralidade de estados soberanos tende a estabelecer relações de troca, nascendo assim o comércio internacional. Ao elencar este como pressuposto

¹⁴⁴ VERDROSS, 1967, p. 9.

¹⁴⁵ Com isso chegamos ao conceito moderno de Estado soberano como comunidade que se governa plenamente a si mesma, ou seja, como comunidade independente. Esclarece que para Vattel esse governo próprio não exclui sua subordinação com respeito às normas da moral e de Direito Internacional positivo. (idem, p. 9)

¹⁴⁶ VERDROSS, 1967, p. 10.

¹⁴⁷ VERDROSS, 1967, p. 11.

¹⁴⁸ VERDROSS, 1967, p. 12.

do Direito Internacional Público, Verdross o faz com base na expressão “*ubi commercium, ibi jus*” afirmando que onde existe comércio regular, existem normas que o disciplinam. E ilustra que “as crescentes necessidades de comércio pacífico deram nova vida e amplitude, desde fins do século XVII”, transmitindo a ideia de que a partir das relações de troca o mundo teve novo dinamismo, entrando em franca expansão.¹⁴⁹ Para o autor, “a nova constituição mundial não tem sua raiz em uma necessidade de paz de índole passageira”, mas pelo contrário, foi “preparada por um extenso processo econômico e espiritual motivado por necessidades permanentes da humanidade”. O comércio, portanto, que hodiernamente deve ser entendido com atividade econômica, é responsável pela satisfação das necessidades humanas, servindo como elemento pacificador. E para se conhecer o Direito Internacional Público há “que se conhecer os múltiplos e complexos fundamentos sociológicos”.¹⁵⁰

Se para Grotius o comércio faz parte da natureza do homem, Verdross aceita a ideia defendida por Kant de que os indivíduos, e também os estados, têm uma natureza dual, a qual chamou a “*sociabilidade insociável*” (“*ungesellige Geselligkeit*”) ou seja: “reconhecem certamente a necessidade de uma ordem e ao mesmo tempo resistem a consequência de seu egoísmo”. Para tanto, será necessário vencer obstáculos “negativos e perturbadores, como o nacionalismo exacerbado, o imperialismo, a ‘libido dominandi’ [...]”, tendo presente que, para Kant, a existência de uma “*política realista*” de Direito Internacional Público deve levar em conta essa dualidade, quais sejam, “*as forças associativas e destrutivas*”.¹⁵¹ Essas afirmações são realidades que não podem ser ignoradas, uma vez que são presentes no momento atual, tampouco no presente trabalho, em que o objetivo é o estudo de práticas anticompetitivas, tendentes a exercer poder de mercado, consistindo basicamente em dominar mercado relevante.

O que Verdross considera “convicções jurídicas coincidentes”, é o fato de que o Direito Internacional Público “não pode se desenvolver senão sobre a base de [...]” existência de uma “natureza humana comum e geral [...]”. E como exemplo dessas convicções, utiliza a declaração firmada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 1.º, segundo o qual “todos os seres

¹⁴⁹ VERDROSS, 1967, p.13.

¹⁵⁰ VERDROSS, 1967, p. 13.

¹⁵¹ VERDROSS, 1967, p. 13.

humanos nascem livres e iguais em relação a dignidade e a seus direitos, estando todos ‘dotados de razão e consciência’”.¹⁵² E vai concluir afirmando que na “consciência da natureza humana comum subsistirá sempre um mínimo de valores comuns”.¹⁵³ Daí a possibilidade de se fazer um raciocínio no sentido de afirmar que a evolução da antiga forma de se fazer comércio para o atual desenvolvimento das atividades econômicas globais é objeto do estudo do Direito Internacional. Afinal, já em 1923, Karl Heinrich Triepel considerou que: “Talvez a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque grandes grupos econômicos em lugar dos Estados, e produza, por conseguinte, um direito internacional inteiramente novo”.¹⁵⁴ E diante da nova visão de mercados internacionais,¹⁵⁵ verifica-se que sua afirmação estava correta. Como formas de disciplinar esse novo Direito Internacional, pode-se elencar as tentativas frustradas de promover-se a Organização Internacional do Comércio (ITO), cuja intenção ficou tão somente na Carta de Havana,¹⁵⁶ de se instituir o *GATT à la carte*¹⁵⁷ e, finalmente, após a *Uruguay Round*, a bem sucedida “instituição da Organização Mundial do Comércio (OMC/WTO) com um novo sistema de solução de controvérsias, pautado por regras precisas e munido do poder de emanar decisões vinculantes para os Estados-membros.”¹⁵⁸

¹⁵² VERDROSS, 1967, p. 14.

¹⁵³ VERDROSS, 1967, p. 14.

¹⁵⁴ TRIEPEL, p. 13.

¹⁵⁵ El derecho económico sufre una importante evolución em Europa. Se modifica paulatinamente em um sistema donde os mercados ocupam um lugar preponderante. [...] GÓMEZ, Maria Cecília Masia. *Derecho Económico Internacional*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

¹⁵⁶ A Carta de Havana, que deveria ter instituído a Organização Internacional do Comércio, surgiu como fruto direto deste grande evento realizado na capital cubana. Em outras palavras, foi o ato final, o documento que encerrou esta Conferência das Nações Unidas. O modo como a Carta foi estruturada refletia o interesse da maioria dos governos reunidos em Havana em instituir uma espécie de Código para o Comércio Internacional. Nesta perspectiva, o documento se contextualizava como um complexo orgânico de normas jurídicas, de comandos e proibições, ao quais os Estados firmatários assumiriam o compromisso de se submeter. A Organização Internacional do Comércio (ITO), ao contrário, seria uma entidade dotada de personalidade jurídica internacional, com o poder de adotar importantes decisões para os Estados-membros e de aplicar sanções aos países que não se adequassem a tais decisões. DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional; Comércio e Moeda; Cidadania e Nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p.125.

¹⁵⁷ Entretanto, maculavam o GATT algumas limitações sistêmicas que reduziam o grau de segurança jurídica e fortaleciam o aspecto diplomático negocial. A primeira destas limitações se referia ao próprio mecanismo dos painéis, cujo relatório poderia ser bloqueado por qualquer das Partes Contratantes, inclusive pelo Estado vencido na demanda. Outra limitação se referia à possibilidade de que cada Estado escolhesse o acordo específico de que quisesse participar (o denominado “*GATT à la Carte*”) além de poder invocar regras internas pré-existentes ao GATT (o “direito de avô”). [...] BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC os*

2.2 Acerca do monismo e dualismo: teorias do direito internacional

A fim de complementar o estudo acerca de Estado e soberania, há que se abordar o conceito de monismo e dualismo. E a doutrina de Triepel tem papel importante na aplicação das normas de Direito Internacional por entender, em seu confronto com o monismo de Hans Kelsen, ser uma “patente contradição assimilar o direito internacional ao direito interno, afinal, afirma aquele autor, uma regra de origem internacional pode ser convertida em conteúdo de uma regra de direito interno”.¹⁵⁹ Certamente que o termo “pode” indica uma faculdade e não uma obrigatoriedade, o que significa que a regra de direito interno não deriva imediatamente da regra de direito internacional, tampouco a norma de direito internacional deriva imediatamente da norma de direito interno. É com base nessa afirmação que Triepel anuncia a sua teoria dualista das relações internacionais, a qual, afirma, obteve aprovação na Alemanha, França e Itália.¹⁶⁰

A base da discussão entre o dualismo defendido por Triepel¹⁶¹ e o monismo defendido por Kelsen¹⁶² é que aquele diferencia os direitos tutelados pelo direito interno e pelo direito internacional, enquanto este afirma que o direito interno e o direito internacional são partes de um mesmo sistema. Ponto de vista semelhante àquele autor pode ser encontrado na “Teoria das duas caras”, desenvolvida por George Jellinek, segundo a qual o Estado se dividia em concepções sociológicas e jurídicas, sendo aquelas representadas por relações internas de vontade entre os indivíduos¹⁶³ e esta a representação *geográfica* desses

interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000, p. 25.

¹⁵⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno, p.153.

¹⁵⁹ TRIEPEL, p. 16.

¹⁶⁰ Deve-se, então, dizer: uma fonte de direito internacional é também incapaz de criar, por si mesma, uma regra de direito interno, tanto quanto uma fonte de direito interno não se encontra em condições de produzir, por si mesma, direito internacional. A doutrina que acaba de ser exposta pode ser denominada: “teoria dualista das relações entre o direito internacional e o direito interno”. Em geral, salvo certas modificações, tem sido aprovada na Alemanha, na França e na Itália, onde foi defendida por Anzilotti, nosso ilustre colega de Roma. (TRIEPEL, p. 18.)

¹⁶¹ Durante as décadas de 1920 e 1930 [...] Praticamente qualquer desvio da tradição era acusada de estar associada a uma doutrina alemã; e toda a doutrina alemã em última instância era uma apologia da força. Jhering, Jellinek y Triepel eram tachados de defensores imorais do absolutismo do Estado a teoria, e o domínio (“Herrschaft”) alemão na prática. (KOSKENIEMI, p. 310).

¹⁶² Inclusive, Kelsen foi acusado de justificar a opressão do indivíduo pelo Estado. KOSKENIEMI, p.311.

¹⁶³ A positividade do direito está sempre baseada na análise final sobre a convicção de sua validade. Todo o ordenamento jurídico está construído sobre este elemento puramente subjetivo. Uma norma jurídica se considerava “válida” quando atuava como motivação para a vontade de um sujeito legal. [...] Era esta relação que tinham em mente aqueles que duvidavam da realidade do direito internacional: não havia relação de superioridade ou inferioridade entre os Estados. (KOSMENIEMI, p. 199).

indivíduos com o objetivo de perseguir determinado objetivo.¹⁶⁴ E a existência de uma vontade interna também era defendida por Otto Von Gierke, no sentido de garantir a liberdade individual responsável pela formação do Estado e fixação dos seus limites, contrapondo aqueles que defendiam que estes eram fixados “pela história, [por] interesses de comunidades autônomas ou [por] uma teoria independente de direitos subjetivos”.¹⁶⁵ A conclusão da análise dessas teorias é de que se o Estado tem uma vontade interna, é esta a responsável pela fixação de seus limites, não havendo, portanto, uma imposição superior de caráter internacional, como defende Kelsen.

Muito embora a obra de Triepel traga oposições importantes a respeito de Kelsen, são de Koskenniemi as narrativas que retratam com detalhes o pensamento da época em relação ao monismo.¹⁶⁶ Afirma o autor ser “uma crítica eficiente à tradição do direito público alemão que havia tentado imaginar que o nacional e o internacional podiam conviver harmoniosamente como ordenamentos normativos independentes”¹⁶⁷ e prossegue narrando que Kelsen se dizia desiludido com Jellinek e sua teoria,¹⁶⁸ pois como visto entendia haver uma unicidade entre ordenamento jurídico internacional e interno. O problema criado tanto pelo monismo como pelo dualismo é saber se, mesmo com as limitações impostas pela vontade interna dos Estados, existe um caráter organizacional capaz de estabelecer um elo, ou de vinculação ou de subordinação entre eles.

¹⁶⁴ Jellinek desenvolveu [...] a teoria das duas caras do Estado – o estado como concepção sociológica e com concepção jurídica, uma distinção que refletia a dicotomia kantiana entre o mundo com ser (“sein”) e como (“dever”). No âmbito sociológico, o Estado podia ser retratado como um conjunto de relações de vontade que tinham a aparência de reinado (“Herrschaft”), o uso do poder de uns sobre outros. Ou aparecia como uma comunidade de indivíduos baseada em aspectos geográficos que perseguisse determinados objetivos. KOSKENIEMI, p. 200.

¹⁶⁵ Afirma Koskenniemi que segundo OTTO VON GIERKE (1841-1921) e outros liberais os limites estavam determinados pela vontade interna do Estado, e não pela história ou interesses de comunidades autônomas (*genossenschaften*) ou uma teoria independente de direitos subjetivos. Este debate trouxe à superfície a tensão existente entre os ramos autoritários e individualistas na teoria do Estado. Por uma lado, o Estado aparecia como uma estrutura hierárquica e o cidadão seu objeto passivo; por outro lado, o Estado personificava a busca da autodeterminação da nação, sem a qual a liberdade individual não importaria. (KOSKENIEMI, p. 184).

¹⁶⁶ A história do direito internacional na Alemanha entre 1871 e 1933 é um relato sobre os intentos recorrentes de enquadrar (“cuadrar”) o círculo do Estado em uma ordem jurídica internacional por parte de advogados especialista de direito público, com freqüentes inclinações filosóficas e procedentes das mais variadas convicções políticas. Em nenhuma parte se estabeleceu o desafio ao direito internacional com mais intensidade que na Alemanha. (KOSKENIEMI, p. 181).

¹⁶⁷ KOSKENIEMI, p. 235.

¹⁶⁸ Para ele, a teoria das duas caras era pura ficção, o caso de uma metáfora que havia tomado vida própria [...], o mecanismo pelo qual o instrumento de conhecimento é reconhecido como o objeto de conhecimento. Igual ao “éter” para a física ou “alma” para a psicologia o Estado era usado com fundamento detrás de relações e qualidades morais. (KOSKENIEMI, p. 237).

Ao buscar-se a abordagem do problema na Escola Italiana, pode-se iniciar por Santi Romano que, ao questionar sobre ser [ou não] a ordem jurídica internacional uma instituição, profere lições no sentido de esclarecer a dúvida existente em relação às afirmações de que a “sociedade internacional não é uma pessoa jurídica”, tampouco “tal sociedade é juridicamente organizada”.¹⁶⁹ Para o autor não só existe uma “comunidade dos Estados que é concebida na sua unidade integral”, como é esta uma “Instituição na qual os novos Estados que surgem são admitidos – após o prévio “reconhecimento” – e que, portanto, a cada admissão se amplia sem se renovar, conservando a sua própria identidade”.¹⁷⁰ Porém, Santi Romano é cauteloso ao recordar que o direito internacional que antecedeu ao moderno esteve subordinado ao poder espiritual da Igreja.¹⁷¹

Um importante nome da Escola Italiana e que não se pode deixar passar é Piero Ziccardi, que a respeito da discussão sobre monismo e dualismo, referindo-se ao fracasso ocorrido em se tentar criar a Liga das Nações, além de fazer considerações importantes sobre Kelsen e Verdross,¹⁷² afirma que “havia um grande desvio na visão das perspectivas do Direito Internacional, e sobretudo das instituições nascentes, então a Liga das Nações, às quais as tendências monistas” desejavam exercer poderes coercitivos sobre os Estados, inicialmente para impedir que recorressem às armas para a solução de conflitos.¹⁷³ Considera, ainda, “já consolidada a convicção de que não mais é concebível a ilimitada liberdade dos Estados – estes são efetivamente submetidos a princípios, regras e instituições que os sobrepujam e que, limitando-os, permitem sua coexistência”.¹⁷⁴ Essa consideração de Ziccardi deve ser vista com base no contexto histórico e em conformidade com as afirmações de que a soberania é uma forma relativa de liberdade dos estados. Já no direito internacional contemporâneo, Ziccardi considera

¹⁶⁹ ROMANO, O conceito de instituição e ordenamento jurídico internacional, p. 2.

¹⁷⁰ ROMANO. p. 10.

¹⁷¹ *Do ponto de vista histórico deve ser recordado o fato do direito internacional anterior ao moderno se fundamentar no princípio oposto, ou seja, aquele da subordinação ao poder temporal do Império e ao poder espiritual da Igreja, isto sem falar de outras subordinações particulares a alguns destes.* (ROMANO, p. 5).

¹⁷² Em um período posterior, especialmente depois das catástrofes e das devastações infligidas pela I Guerra Mundial, e em concomitância com a fundação da Liga das Nações, à mencionada concepção – de uma insuperável separação entre ordenamentos nacionais e internacionais -, era oposto o princípio da unidade do mundo do Direito e da proeminência do Direito Internacional sobre o direito dos Estados, vigorosamente sustentado pela escola da *reine Rechtslehre*, de Hans Kelsen, e com amplos e originais desenvolvimentos ao Direito Internacional por Alfred Verdross, e depois por outros mestres dessa escola, em particular Kunz e Guggenheim (para citar somente os mais importantes). (ZICCARDI, p. 210).

¹⁷³ ZICCARDI, p. 210.

a criação das Nações Unidas uma inovação dentro do Direito Internacional, pelo fato de não representar um organismo acima dos estados no plano geral.¹⁷⁵

Afinal, nenhum Estado jamais gozou de liberdade plena no âmbito do direito internacional e, como relembra Ziccardi, inicialmente havia uma subordinação do que seria a comunidade internacional, ou seja, dos Estados pertencentes à *Respublica Christiana*,¹⁷⁶ ao poder espiritual da Igreja.¹⁷⁷ O objetivo principal da Igreja ao estabelecer essa relação de subordinação foi com a intenção de impedir alianças entre cristãos e muçulmanos, por intermédio do controle político.¹⁷⁸ Durante esse período, o Papa João VIII utilizou de vários “preceitos do Novo e Antigo Testamento com o objetivo de condenar os tratados com finalidades bélicas entre cristão e sarracenos e excomungar os soberanos envolvidos nos mesmos”. As normas emanadas pela Igreja, sob o comando do Papa João VIII, formou uma verdadeira sociedade cristã, cuja base era a doutrina do “Corpo Místico de Cristo” manifestada nas Cartas do Apóstolo Paulo.¹⁷⁹ Esses aspectos históricos merecem ser retratados

¹⁷⁴ ZICCARDI, Piero. *Revista Sequencia*, n. 51, p. 211, Boiteux, 2005.

¹⁷⁵ ZICCARDI, p. 211.

¹⁷⁶ O Professor Arno Dal Ri Júnior explica com propriedade: “A *Respublica Christiana* nasce na Alta Idade Média como fruto do poder temporal exercido pelo papado sobre a política dos pequenos Estados que ocuparam os territórios deixados pelo Império Romano logo após a decomposição deste último. É importante salientar, neste sentido, que a agregação destes pequenos Estados feudais sob a autoridade do pontífice, levou a origem e formação de um marco fundamental para o surgimento de uma verdadeira comunidade jurídica internacional. Como já afirmado em outro contexto, o fato de que estes Estados tenham se encontrado e relacionado entre eles através de uma só religião, o cristianismo, e por um único elemento de coesão política, a Igreja, gerou os fundamentos necessários para a parcial unificação do particularismo surgido com o nascimento destes Estados e do universalismo transmitido pela cultura romana. As bases desta comunidade jurídica se encontram principalmente na obra filosófica *De Civitate Dei* [...] escrita por Agostinho de Hipona. Notas de rodapé, DAL RI JÚNIOR, p. 37

¹⁷⁷ A primeira delimitação da noção de soberania, no século XIII, correspondem as primeiras manifestações de uma concepção igualitária das relações entre os Reinos, mas o direito objetivo que os regula se vale da unidade jurídica de fundo que perdura na configuração do *ius publicum europaeum*, como direito de uma complexa e descentralizada *Res Publica Christiana*. A afirmação no Renascimento da ciência política e a formulação que esta produziu do princípio de soberania teve o significado de substituir à legitimação jurídica do poder soberano por aquela da sua efetividade, que significa, em termos jurídicos, a sua origem territorial. Nascia, naquele ponto, a exigência de identificar um novo fundamento para as regras jurídicas vigentes nas relações entre Estados, que não podiam ser reconduzidas a um direito público comum. A renovada escola do direito natural oferecia a resposta para tal exigência, assim como para a outra – advinda da oposição aos princípios do absolutismo –, de reconduzir o Estado sob a ação e as valorizações do direito. A noção de soberania, transferida para a esfera jurídica, se tornava uma característica do Estado – sendo aquela preeminente –, e, deste modo, o Estado, na sua mesma concepção moderna, se tornava novamente noção jurídica e entidade pertencente ao mundo do direito. O direito referente aos Estados, nas suas relações recíprocas, delineava a própria autonomia no que concerne o direito interno dos mesmos. Contudo, inicialmente isso não acontecia no que se refere àquela base de direito universal cuja vivaz e polêmica reafirmação como razão do direito das gentes, contra as tendências contrárias que então prevaleciam, constitui o mérito histórico da escola que através de Grotius mostra tentar uma obra de pioneirismo. ZICCARDI – DIREITO INTERNACIONAL EM GERAL, p. 4 (texto enviado por e-mail).

¹⁷⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno. ORO, Ari Pedro (Org.). 2004, p. 215.

¹⁷⁹ Como foi possível observar, a validade desta proibição baseava-se fundamentalmente em fragmentos da história da Sagrada Escritura. Porém, para que se tornasse efetiva e viável, era necessário reforça-la com um segundo elemento teórico importante, ou seja, com a doutrina sobre o “Corpo Místico de Cristo”.

porque representam os laços ocidentais com um passado do Direito Internacional, em que a vontade dos Estados era subordinada à autoridade “divina”, não sendo em nenhum momento levada em consideração a liberdade individual, diferentemente do que se procurou implantar no Direito Internacional contemporâneo.

No mesmo sentido é a posição de Mario Giuliano ao afirmar que, diferentemente do passado, não há na comunidade internacional contemporânea um ente que se sobreponha aos Estados, o que significa estarem todos no mesmo plano existencial, formando uma sociedade sem governo.¹⁸⁰ E, como tal, os membros dessa “sociedade” são entes independentes e soberanos dentro dos limites pré-estabelecidos.¹⁸¹

Fazem-se essas abordagens no intuito de entrelaçar os conceitos de Estado e soberania com as teorias monista e dualista das Relações Internacionais, as quais estão diretamente ligadas à discussão sobre as diferentes formas de integração das normas internacionais. E o Direito Internacional, conforme dito anteriormente, não pode ser visto como [para muitos] uma regra suprema que se sobrepõe ao direito dos estados. E não se pode querer compreender a aplicação do direito antitruste dentro de um Estado, levando em consideração os atos praticados

Segundo esta doutrina, o homem batizado goza da personalidade da Igreja e participa da grande universalidade da casa de Deus. Trata-se de um ideal de cosmopolitismo que tem como base a comunhão dos fiéis, que se realiza através da “Igreja que vive em Cristo”.

Construída dentro de uma dimensão eminentemente religiosa, esta doutrina á tinha sido utilizada para fins políticos pelos Pais da Igreja. Elaborada por São Paulo nos primeiros anos da cristandade, esta foi posteriormente examinada em uma ótica política por Agostinho e Gelásio, em um momento em que se antecipava a grande fragmentação do Império Romano do Ocidente. Uma utilização que reforçou a *Respublica Christiana*, criando um vínculo de conexão entre vários pequenos estados surgidos após a queda de Roma. Este vínculo se perpetuou durante toda a Alta Idade Média.

Baseando-se nas afirmações de São Paulo nas Cartas aos Efésios e aos Colossenses, João VIII iniciou um processo de adequação desta doutrina ao “problema” sarraceno. Neste contexto, afirmava que a Igreja era o Corpo Místico de Cristo e, por essa razão, todos tinham que se adequar às normas por esta emanadas. Em seguida, mencionava o fato de que esta doutrina se baseava sobre uma concepção de sociedade cristã, o que pressupunha valores fundamentais a serem respeitados, tais como os princípios de socialidade eo de solidariedade. [...] (DAL RI JÚNIOR; ORO, 2004, p. 217).

¹⁸⁰ Mas no quadro da comunidade internacional falta, hoje, um ente supra-ordenado ao qual seja possível se referir para a identificação da base subjetiva da própria comunidade. Falta, paralelamente também qualquer identificação espacial que, de m modo ou outro, facilite a tarefa de tal identificação. Tanto é verdade que [...] a doutrina atribui ao ordenamento internacional uma esfera de destinatários particularmente limitada, conseqüentemente limitando também a esfera dos membros da comunidade cujo ordenamento antes citado constitui uma supra-estrutura. Assim, por exemplo, Heffter e Klüber trataram de um “direito internaciona da Europa, e por outro lado, é freqüente junto à doutrina que dedicou a sua atenção à história do direito internacional, a afirmação de que a comunidade internacional teria compreendido por vários séculos somente os Príncipes e os Estados cristãos (constituindo a *Respublica Christiana*), somente mais [tarde] se estendendo a compreender todos os Estados do mundo. GIULIANO, Texto Considerações [...] p.11.

¹⁸¹ A sociedade internacional se resolve justamente, na minha opinião, no sistema das relações entre estas organizações independentes e soberanas, no sistema dos compromissos e das delimitações práticas entre entes que, cada um reclamando para sai mais ampla autonomia de princípio, necessariamente devem encontrar as fórmulas práticas da sua coordenação em função da possibilidade da sua co-existência. GIULIANO, p. 14.

no exterior, sem ter o completo domínio dessa questão. Principalmente, diante da já existente discussão acerca da ideia de codificação do direito internacional da concorrência.

Também, não se pode prosseguir sem conhecer o pensamento de alguns dos mais importantes nomes da Escola Francesa e comparar esta com a impressão que se tem, pelo senso comum, de que o Estado se esforça para preservar as corporações responsáveis pela manutenção do “equilíbrio” econômico dentro da sociedade. Essa mesma impressão foi retratada por Koskeniemi¹⁸² ao reproduzir uma citação de *Scelle*, a qual considerou utópica, de que “o mundo está governado por corporações profissionais: Os Estados - e a política – foram extintos”, o que repassa a ideia de já naquela época os estudiosos tinham o entendimento de que as “corporações estariam representadas em relação ao volume de suas atividades econômicas para garantir assim que seu aporte corresponda à sua utilidade social (*utilité sociale*).”¹⁸³

2.3 Uma visão sistêmica do direito internacional

Há que se fazer um raciocínio acerca do conceito de Estado, diferenciando os termos “política” e governo, para chegar-se a outro objetivo que é a análise daquele dentro do novo cenário internacional. O Estado na visão tradicional é uma comunidade personificada juridicamente no sentido de representar os interesses dos indivíduos que a constituem. Para Kelsen, o Estado é visto como uma corporação que “difere das outras corporações pelo seu elemento normativo”.¹⁸⁴ Vergotini diferencia formas de Estado e de Governo, afirmando em sua obra que o objetivo ao

¹⁸² Podem todavia surgir ocasionalmente questões que interessem às nacionalidades em particular e seriam tratadas através da cooperação entre as seções nacionais e alianças inter-profissionais. Dado que a direção desta formação majoritária está também controlada pela distribuição de posições nas diferentes corporações, a tomada de decisões continua espelhando a utilidade social. (KOSKENIEMI, p. 260).

¹⁸³ KOSKENIEMI, p. 260.

¹⁸⁴ O Estado, então, é tomado em consideração apenas como fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação. Sua natureza, desse modo, está determinada, em princípio, pela nossa definição anterior de corporação. A única questão que resta é a de que modo o Estado difere de outras corporações. A diferença deve ser encontrada na ordem normativa que constitui a corporação do Estado. O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contra-posição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 261.

estudar a forma primeira (Estado) é individualizar os princípios organizativos e de funcionamento de uma comunidade política, e a forma segunda (governo) objetiva a definir os critérios normativos utilizados no interior dessa comunidade, utilizando a divisão apresentada por Aristóteles: Monarquia (governo *di uno*); democracia (governo *Del popolo corrispondente Allá politia di Platone*); [Aristocracia] *stocrazia* (governo *dei migliori*).¹⁸⁵ Bobbio também vai utilizar-se de Aristóteles para afirmar que “constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por ‘um só’, por ‘poucos’ ou por ‘muitos’”. O termo “polítia”, segundo Aristóteles, surge quando a massa governa visando ao bem público.¹⁸⁶

Não se pode discorrer sobre o Estado sem analisar o conceito de Estado nas visões de Tomas Hobbes e John Locke, os quais se utilizam da teoria do contrato social para justificar o pacto firmado pelos homens no sentido de unir vontades e constituir uma comunidade. Na visão de Borges da Silva e Tavares Neto: “O contrato social para Locke é um pacto de consentimento, enquanto para Hobbes o contrato social é um pacto de submissão que objetiva a preservação da vida”.

Para Hobbes no seu *Leviatã* os homens tendem a se “associar” para fugir do estado de natureza, nomeando uma pessoa que irá representá-los, qual seja, o Soberano. Essa “multidão” associada e organizada institui o Estado do qual derivam “direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder Soberano é conferido” [...].¹⁸⁷ Locke é incisivo ao afirmar não se poder acreditar que “uma criatura racional

¹⁸⁵ VERGOTINI, p. 121.

¹⁸⁶ Um tema a respeito do qual Aristóteles não cessa de chamar a atenção do leitor é a de que há muitas constituições diferentes; portanto, uma das primeiras tarefas do estudioso da política é descrevê-las e classificá-las. Aristóteles enfrenta o problema no § 7 do Livro III, em passagem, que, por sua importância histórica, merece ser reproduzida por inteiro:

“Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por ‘um só’, por ‘poucos’ ou por ‘muitos’. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando o exercem no seu interesse privado, temos desvios... Chamamos ‘reino’ ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; ‘aristocracia’, ao governo de poucos..., quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a *politia*, palavra com a que designamos em comum todas as constituições... As degenerações das formas de governo precedentes são a ‘tirania’ com respeito ao reino; a ‘oligarquia’, com relação à aristocracia; e a democracia no que diz respeito à ‘*politia*’. Na verdade a tirania é o governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse dos ricos; a democracia, ao dos pobres. Mas nenhuma dessas formas mira a utilidade comum” (1279 a-b) BOBBIO, p. 56.

¹⁸⁷ Do contrato social surge a pessoa do soberano, a figura dos súditos e o Estado *leviatã*.

‘ Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e *pacuta cada um com cada um dos outros*, que a qualquer *homem* ou *assembléia de homens* a quem seja atribuído pela maioria o *direito de representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem protegidos dos restantes homens.

mude suas condições de vida para ficar pior”, no sentido de justificar que a renúncia que os homens fazem para formar a sociedade se dá no seu próprio interesse.¹⁸⁸ Sem pretender fazer um silogismo aristotélico, essa forma de instituição ou auto-organização dentro do sistema serve, também, para justificar a formação da Comunidade Internacional. Para Triepel o Estado é responsável pelo ato de seus súditos¹⁸⁹ e, como tal, dentro do Direito Internacional, o súdito deve ser entendido como aquele que habita no território governado por determinado “poder soberano”.

Ainda segundo Kelsen o Estado é a personificação da ordem jurídica representada por “uma hierarquia de diferentes níveis de normas”.¹⁹⁰ Apesar das críticas que recebeu, seu pensamento não teria sobrevivido ao longo de décadas, se não tivesse, em parte, correto. A visão racional de Kelsen, apesar de “cartesiana”, serve muito bem para emprestar uma ordem hierárquica necessária, frise-se, dentro dos limites internos do Estado. Porém essa hierarquia é linear e não pode ser aplicada no âmbito do direito internacional. Até porque, diferentemente dos estados, como ensina Santi Romano, apesar de existir “organização” na Sociedade Internacional, não se pode reconhecer a existência de uma personalidade,¹⁹¹ o que, só por si, contraria as argumentações da apresentada inicialmente por Hans Kelsen.

E desta instituição do Estado derivam todos os *direitos e faculdades* daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.’ (HOBBS, 2000, p.145). (MEZZARROBA, 2008, p. 185).

¹⁸⁸ Se por um lado os homens, para formar a sociedade civil, precisam renunciar a alguns de seus direitos, eles o fazem para consolidar ainda mais os direitos naturais no estado civil:

Mas embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade,remediando aqueles três defeitos acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante. (MEZZARROBA, 2008, p.186).

¹⁸⁹ A responsabilidade do Estado nasce mais freqüentemente de atos de seus súditos, para falar com maior exatidão, de atos de pessoas que se encontrem em seu território; porque é certo que a responsabilidade do Estado, em razão de atos dos particulares, hoje não é mais baseada no fato de ter o autor do ato a nacionalidade do Estado que qual se atribui o mal sucedido. TRIEPEL, p. 61.

¹⁹⁰ A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade. p. 181, Teoria geral do direito.

¹⁹¹ Não atribuímos outro sentido para a expressão “organização” quando a utilizamos para trazer o conceito de instituição. Não obstante possui ainda um significado análogo a qualificação que freqüentemente é atribuída aos Estados ou seja, de “membros” de tal comunidade, se é verdade que somente é possível ser membro de um “corpo” ou de um “organismo”. Com isso pode-se também deixar de recordar o fato de não ser raro o caso de órgãos comuns a diferentes Estados ou de órgãos de vários Estados a serem reunidos em um só

Por outro lado, segundo palavras de Mario Giuliano,¹⁹² Ziccardi trata do Direito Internacional Econômico como um sistema organizado, formando um “ordenamento jurídico positivo”. Nota-se que as expressões sistema, organismo, organização dão a ideia de existência de vida dentro das comunidades jurídicas, quer seja dos Estados ou da “comunidade jurídica internacional”. E essa ideia de vida é real, uma vez que as relações sociais existentes dentro da comunidade são formadas pelos indivíduos. Assim, pode-se ampliar o foco das relações sociais, partindo dos indivíduos para o todo, qual seja a organização ou interação dos estados e organismos internacionais, que formam o Direito Internacional, ou diminuir esse mesmo foco perfazendo o caminho inverso. A ideia que se quer retratar é semelhante às experiências realizadas na área da biologia, em que se observa um organismo pela lente de um microscópio.

É necessário recuperar o conceito de Direito como sendo parte das ciências jurídicas. E mais uma vez Giuliano,¹⁹³ citando Ziccardi, vai abordar o assunto, afirmando ser necessário libertar o ordenamento jurídico internacional da dogmática que limita de forma arbitrária o Direito. Ao analisar-se essa afirmação, encontra-se uma relação no âmbito do Direito Internacional que compreende muito mais do que monismo e dualismo, conduzindo a um raciocínio no sentido de justificar a existência de um sistema que se auto-organiza ou, por que não dizer, de uma Teoria Sistêmica do Direito Internacional. E foi Kant o primeiro a utilizar o termo “auto-organização” “para definir a natureza dos organismos vivos”, ensina Capra, no sentido de afirmar que cada parte produz outra.¹⁹⁴ E, assim, são os exemplos das

corpo ou repartição. Fenômeno este que implica em uma organização da sociedade internacional, mas, sempre, sem chegar a reconhecer a sua personalidade. ROMANO, p. 3- 4.

¹⁹² Segundo Ziccardi, aquele particular valor que se constitui pela juridicidade não poderia ser deduzido de características próprias das normas ou valorações, mas somente de características de todo o sistema, do ordenamento, do qual cada norma individualmente constitui somente uma parte. O caráter essencial que faria de um sistema de normas um “ordenamento jurídico positivo” se constituiria pelo fato de aquele sistema ser um sistema de normas e valorações atualmente *organizado*. Por sua vez, tal “organização” de um sistema de normas se resumiria pelo fato de nele serem presentes normas capazes de organizar todas as outras: tendo a tarefa – em outras palavras – de assegurar a existência, a certeza e a garantia de realização das valorações que compõem o sistema. GIULIANO, p. 2.

¹⁹³ [...] deve ser reconhecido na concepção acolhida e defendida por Ziccardi o indubitável mérito de constituir uma das mais radicais tentativas até aqui desenvolvida de reconduzir a construção do ordenamento jurídico internacional sobre o sólido terreno da experiência; para liberá-la não somente das mais graves posições *a priori* que restringiam a perspectiva do mesmo, mas ainda daquelas outras posições que limitavam e limitam arbitrariamente as funções da ciência jurídica a uma mera obra de deduções de um outro ou mais pressupostos aceitos axiomáticamente ou da qual fundamentação se deveria desinteressar, terminando deste modo com a redução da ciência jurídica a pura dogmática ou a construindo exclusivamente como uma ciência normativa, de acordo com os princípios da escola kelseniana. GIULIANO, p. 4.

¹⁹⁴ Em sua *Crítica do Juízo*, Kant discutiu a natureza dos organismos vivos. Argumentou que os organismos, ao contrário das máquinas, são totalidades auto-reprodutoras e auto-organizadoras. De acordo com Kant, numa

organizações que surgem conforme as necessidades dos estados, tendo como referências: a) a manutenção da Paz mundial [ONU] ou de uma posição geográfica específica [OTAN]; b) continentes comuns [OEA]; c) desenvolvimento do comércio mundial [OMC] ou regional [ALCA, NAFTA e MERCOSUL]. Não obstante, a auto-organização pode ter em vista interesses que se podem aglutinar por intermédio de acordos bilaterais ou multilaterais, dependendo do número de signatários.

Existe uma tendência nas ciências sociais de importar e adaptar os conceitos e as terminologias das outras áreas; conforme relatado no capítulo anterior, as ciências econômicas importaram por intermédio de Quesnay e sua Fisiocracia muitos dos conceitos hoje utilizados. De forma semelhante, o termo sistema foi utilizado pela primeira vez pelo bioquímico Lawrence Hendersen “para denotar tanto organismos vivos como sistemas sociais”.¹⁹⁵ Conforme CAPRA, etimologicamente o termo deriva da palavra grega *synhistanai* e significa “colocar junto”, dando ideia de compreender-se um fenômeno dentro de um todo maior.

E nessa ideia de sistema, ao contrário do que afirma Kelsen, não podem existir linhas retas, tampouco o direito como ciência pode ser simplesmente alinhado de forma hierárquica. A Teoria de Kelsen tem seu valor no sentido de organizar as normas dentro de um sistema em grau de importância, dentro dos limites do Estado. Seria como comparar metaforicamente o funcionamento de uma célula em que a membrana citoplasmática é o seu limite para com as demais na formação do tecido. Dentro dos limites dessa célula, inclusive no seu núcleo, existe uma determinada organização, e a composição dos tecidos vai ocorrer conforme a necessidade do organismo.¹⁹⁶ Porém, a estrutura formada pelos estados dentro do Direito

máquina, as partes apenas existem uma *para* a outra, no sentido de suportar a outra no âmbito de um todo funcional. Num organismo, as partes também existem *por meio de cada outra*, no sentido de produzirem uma outra.

“Devemos pensar em cada parte como um órgão”, escreveu Kant, “que produz as outras partes (de modo que cada uma, reciprocamente, produz outra). [Devido a isso [o organismo] será tanto um ser organizado como organizador. Com esta afirmação, Kant tornou-se não apenas o primeiro a utilizar o termo “auto-organização” para definir a natureza dos organismos vivos, como também utilizou de uma maneira notavelmente semelhante a algumas concepções contemporâneas. p. 36.

¹⁹⁵ O bioquímico Lawrence Henderson foi influente no seu uso pioneiro do termo “sistema” para denotar tanto organismos vivos como sistemas sociais. Dessa época em diante, um sistema passou a significar um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes, e “pensamento sistêmico”, a compreensão de um fenômeno dentro do contexto de um todo maior. Esse é, de fato, o significado raiz da palavra “sistema”, que deriva do grego *synhistanai* (“colocar junto”). Entender as coisas sistemicamente significa, literalmente, colocá-las dentro de um contexto, estabelecer a natureza de suas relações. CAPRA, 2006, p. 39.

¹⁹⁶ Fritjof Capra em sua obra “A Teia da Vida”, traz nas páginas 137 e 139 um modelo de arranjo celular e sua organização, apresentando como um organismo vivo capaz de reparar ou produzir novos componentes.

Internacional passa por um processo próprio, em que os vários núcleos [Estados] se conservam, e as regiões periféricas comunicam-se e até se rompem de forma racional, permitindo a comunicação das informações nela contidas, a exemplo do que acontece, por exemplo, na estrutura celular humana durante a reprodução em que uma mesma célula contém dois núcleos independentes [meiose].¹⁹⁷

Há que se afastar a forma atual de projeção humana e compreender que na natureza, fonte inspiradora do Direito das Gentes, *não há* “acima” ou “abaixo”, e “não há hierarquias”.¹⁹⁸ Também, pode-se afirmar que o dilema entre as partes e o todo, mereceu atenção até mesmo do Apóstolo Paulo, que discorre sobre o assunto em sua doutrina sobre *O Amor* [ou caridade como prefere a versão Católica da Bíblia] da qual se extrai, em sua parte final: “Agora conheço em parte; então, conhecerei plenamente [todo], da mesma forma como sou plenamente conhecido”.¹⁹⁹ Na mesma passagem Paulo aborda o dilema entre crer no sobrenatural [fé] ou no racional [ciência], afirmando serem ambos apenas parciais. Com isso se verifica não ser *cartesius* o responsável pela forma isolada como se busca o conhecimento, mas uma tendência “natural” do ser humano, motivo pelo qual é necessário o despertar de uma consciência individual, ou coletiva, no sentido de realmente promover-se uma mudança global.

O problema maior para a compreensão do “sistema”, que também envolve as relações internacionais, é o fato de se estar habituado a ver as coisas isoladamente, o que Capra define como “ansiedade cartesiana”, certamente referindo-se ao método criado por René Descartes. Justiça seja feita, talvez a

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

¹⁹⁷ A meiose é um processo de divisão nuclear, através do qual, um núcleo diplóide (46 cromossomas) origina quatro núcleos haplóides (23 cromossomas). Este processo é constituído por vários estádios – profase I, metafase I, anafase I, telofase I, profase II, metafase II, anafase II e telofase II.

Disponível em: <<http://www.instituto-camoes.pt/glossario/Textos/Medicina/HTM/anomalia.html>>. Acesso em: 3 abr. 2010, 11:56 h.

¹⁹⁸ Em outras palavras, a teia da vida consiste em redes dentro de redes. Em cada escala, sob estreito e minucioso exame, os nodos da rede se revelam como redes menores. Tendemos a arranjar esses sistemas, todos eles aninhados dentro de sistemas maiores, num sistema hierárquico colocando os maiores acima dos menores, à maneira de uma pirâmide. Mas isso é uma projeção humana. Na natureza, não há “acima” ou “abaixo”, e não há hierarquias. Há somente redes aninhadas dentro de outras redes. p. 45.

¹⁹⁹ O texto de 1ª. Coríntios 13 (versão Thompson) nos diz: [...] 2 Ainda que eu tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência e ainda que eu tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes e não tivesse amor nada seria. [...] 8 O amor nunca falha. Mas havendo profecias, cessarão; havendo línguas, desaparecerão; havendo ciência passará. Pois *em partes* conhecemos e em parte profetizamos. [...] 11 Quando eu era menino, falava como menino, pensava como menino, raciocinava como menino. Mas logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino. 12 Agora vemos em espelho, de maneira obscura; então veremos face a face. Agora conheço em partes; (segue versão NVI)

responsabilidade pela instituição de um “sistema cartesiano” seja mais das gerações que o sucederam do que do próprio Descartes, o qual, em seu “Discurso do Método”, apenas elencou e discorreu acerca da forma utilizada por ele para a solução dos problemas que lhe eram apresentados.²⁰⁰ Afinal, como o próprio nome da obra sugere, o autor discorre em primeira pessoa, passando a ideia de que essa era a sua forma pessoal de pesquisa, sem desenvolver nenhuma teoria.²⁰¹ Tampouco procurou ensinar “o método que cada um deve seguir para bem conduzir sua razão, mas apenas mostrar de que maneira” conduziu a sua.²⁰²

Porém, sem dúvida alguma, a realidade mostra-nos que as afirmações de Capra não estão equivocadas no sentido de que observar “os objetos separados, inclusive de um eu em separado, e em seguida acreditar que elas pertencem a uma realidade objetiva, que existe independente de nós”, de fato nos distancia da ciência.²⁰³ O grande prejuízo desse modo de pensar é que ao realizar a

então conhecerei plenamente, da mesma forma como sou plenamente conhecido. 13 Assim, permanecem agora estes três: a fé, a esperança e o amor. O maior deles, porém, é o amor. (I CO 13)

²⁰⁰ [...] assim, também acreditei que, em vez do grande número de preceitos de que a lógica se compõe, seriam suficientes os quatro seguintes, contanto eu tomasse a firme e constante resolução de não deixar uma única vez de observá-los. O primeiro era não aceitar jamais alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal: isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e nada incluir em meus julgamentos senão o que se apresentasse de maneira tão clara e distinta a meu espírito que eu não tivesse ocasião de colocá-lo em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas possíveis e que me fossem necessárias para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis e conhecer, para subir aos poucos, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, fazer em toda parte enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir. Discurso do método, p. 54.

²⁰¹ Mas não receio dizer que penso ter tido muita sorte de ter-me encontrado desde a juventude em certos caminhos, que me conduziram a considerações máximas com as quais formei um método que penso ser um meio de argumentar gradualmente meu conhecimento, e de elevá-lo aos poucos ao mais alto ponto que a mediocridade de meu espírito e a curta duração de minha vida permitam atingir. Pois dele já recolhi tantos frutos que, muito embora nos julgamentos que faço de mim mesmo eu tenda sempre para o lado da desconfiança e não o da presunção, e muito embora, examinando com um olhar de filósofo as diversas ações e os empreendimentos dos homens, não haja quase nenhum que não me pareça vão e inútil, não deixo de sentir uma extrema satisfação com o progresso que penso ter feito na busca da verdade e de conceber esperanças quanto ao futuro; [...]. DESCARTES, p. 38.

²⁰² DESCARTES, p. 39.

²⁰³ A origem de nosso dilema reside na nossa tendência para criar as abstrações de objetos separados, inclusive de um eu separado, e em seguida acreditar que elas pertencem a uma realidade objetiva, que existe independente de nós. Para superar nossa ansiedade cartesiana, precisamos pensar sistematicamente, mudando nosso foco conceitual de objetos e relações. Somente então poderemos compreender que a identidade, a individualidade e a autonomia não implicam separatividade e independência. Como nos lembra Lynn Margulius: Independência é termo político, e não científico”.

O poder do pensamento abstrato nos tem levado a tratar o meio ambiente natural – a teia da vida – como se ele consistisse em partes separadas, a serem exploradas comercialmente, em benefício próprio, por diferentes grupos. Além disso, estendemos essa visão fragmentada à nossa sociedade humana, dividindo-a em outras tantas nações, raças grupos religiosos e políticos. A crença segundo a qual todos esses fragmentos – em nós mesmos, no nosso meio ambiente e na nossa sociedade – são realmente separados alienou-nos da natureza e de nossos companheiros humanos, e, dessa maneira, nos diminuiu. Para recuperar nossa plena humanidade, temos de recuperar nossa experiência de conexão com toda a teia da vida. Essa reconexão, ou religião, ‘*religio*’ em latim, é a própria essência do alicerçamento espiritual da ecologia profunda. p. 230.

fragmentação do pensamento, a sociedade humana fica dividida “em outras tantas nações, raças, grupos religiosos e políticos”, possibilitando a exploração econômica de tantas quantas subdivisões existirem. Da mesma forma, o direito antitruste, como parte de um direito econômico, deve ter seus efeitos analisados em âmbito internacional, de forma sistêmica e não apenas como comportamentos isolados no âmbito de cada Estado.

Voltando à Escola Francesa, Koskenniemi, ao comentar Louis Renault, afirma que sua obra “estabeleceu na França o espírito da corrente dominante na Europa, representada pelo trabalho do Instituto de direito internacional”.²⁰⁴ Para aquele autor, na visão de Renault, o direito internacional não seguia tão somente uma forma de se organizar despretensiosamente os poderes dos vários Estados, estando acompanhados de “argumentos sociológicos e econômicos: França enviava seu vinho e sua arte para todos os lados para receber em troca algodão e café, ouro e prata”.²⁰⁵ Para o filósofo Antoine Pillet, aponta Koskenniemi: “O Direito internacional não surge dos interesses do Estado, nem tampouco os reflete. Nasce de atividades nas quais os Estados em suas relações externas buscam realizar os objetivos de suas comunidades nacionais”.²⁰⁶ Verifica-se existir uma convergência de ideias em um mesmo sentido que não só o apontado no início do capítulo como sendo a “reestruturação do capitalismo”, mas um caminho natural que conduz os estados, em uma visão liberal, a buscar uma melhor satisfação de seus objetivos sociais.²⁰⁷

As afirmações de Renault e Pillet, a visão de Verdross e as considerações da Escola Italiana devem ser utilizadas para refletir-se acerca da nova concepção de relação entre Estado e Economia: o ordenamento econômico e o surgimento da economia de mercado. E, por conseguinte, do projeto de criação do Draft

²⁰⁴ Idem, (ksk), 269.

²⁰⁵ Idem, (KsK), p. 269.

²⁰⁶ KOSKENIEMI, p. 274.

²⁰⁷ A economia globalizada flutua livremente em escala planetária, o que lhe permite maximizar o poder empresarial diante dos Estados, estimulando a competição entre eles e os jogando uns contra os outros, principalmente os periféricos e semi-periféricos. Países e empresas têm dimensões distintas, que são medidas em escalas próprias – os primeiros, por meio do Produto Interno Bruto (ou seja, pelo valor adicionado total gerado dentro de suas fronteiras), e os segundos, por seu faturamento. Convergindo as escalas, o levantamento promovido pela Unctad revela que entre as 100 maiores economias mundiais, em 2001, 71 eram países e 29 eram conglomerados transnacionais. Um deles a Exxon, vinculada ao setor petrolífero, tinha um faturamento estimado em cerca de US\$ 63 bilhões, maior que o PIB do Paquistão e pouco abaixo do PIB das Filipinas e do Chile. Outro importante conglomerado transnacional, a General Motors Co., registrou um faturamento de US\$ 168 bilhões – cerca de US\$ 9 bilhões a mais do que a soma do produto interno bruto da Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicarágua, Panamá, Equador, Peru, Bolívia, Paraguai e Uruguai (Unctad, 2004 e 2006). FARIA, 2008, p. 26.

Internacional Antitrust Code,²⁰⁸ em que um dos objetivos seria o de funcionar como uma autoridade internacional da concorrência.²⁰⁹ Essa nova *concepção*, segundo Dal Ri Júnior,²¹⁰ nasce a partir do pós-guerra com a Escola Ordoliberal Alemã, trazendo elementos sociológicos para dentro do direito internacional econômico, vindo a modificar as políticas totalitárias e liberais em prática na Comunidade Econômica Europeia. O objetivo principal era criar um sistema multilateral no sentido de normatizar o direito internacional econômico, visando a impor limites ao poder econômico e conter uma concorrência sem *limites éticos*, recebendo inclusive o apoio de intelectuais ligados à Igreja Católica.²¹¹ Um dos mecanismos desenvolvidos foi a criação de um código internacional da concorrência, que fosse integrado ao Sistema de Soluções de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), o qual recebeu a denominação de *Draft International Antitrust Code* (DIAC), também conhecido por Código de Munique, local onde se reuniam periodicamente os intelectuais que o idealizaram.²¹² O DIAC, segundo Lima e Silva,²¹³ foi idealizado

²⁰⁸ Existe a pretensão de realizar uma ordem internacional da concorrência mediante a transposição de normas de Direito Internacional, haverá de se responder à questão da possibilidade de controle. IMMENGA, 2001, p. 57.

²⁰⁹ No *Draft International Antitrust Code* se desenvolveu um sistema para a aplicação do Direito sem precedente algum, que aparecia orientado sobre a base da conexão do Direito nacional com as obrigações internacionais dos Estados. Se articula, deste modo, uma autoridade internacional anti-trust que, só por si, carece de competências decisórias próprias, ainda que habilitada para iniciativas em matéria de procedimento. Ademais, deve se configurar um Painel antitruste, de caráter internacional, com poderes para arbitrar conflitos.[...] A questão litigiosa poderá ser apresentada ao Painel pela autoridade internacional antitruste ou por um Estado, parte do Tratado. IMMENGA, 2001, p. 58.

²¹⁰ No âmbito político-filosófico, o período do pós-guerra é marcado pelo surgimento de uma nova concepção de sociedade internacional como fenômeno econômico. Pelas mãos da Escola Ordoliberal alemã, tal concepção nasceu e passou a influenciar diretamente as políticas econômicas da Europa continental, vindo a ter um papel de relevo também no nascimento do direito econômico europeu. Através desta, a sociedade econômica internacional passou a ser vista como composta por inúmeros elementos de caráter sociológico, até então totalmente desconsiderados pelos seguidores do liberalismo e do totalitarismo. Pode-se afirmar, nesta perspectiva, que a política e o direito internacional econômico colocados em prática pela Comunidade Européia nestes últimos cinquenta anos são intimamente ligados a tal concepção econômica da sociedade. DAL RI JUNIOR, História do direito internacional, 2004, p. 114.

²¹¹ Esta nova concepção recebeu também o apoio e ambientes intelectuais ligados à doutrina social da Igreja Católica. Em outros termos, é possível constatar que a própria Igreja demonstrou-se favorável à criação de um quadro normativo multilateral com normas precisas, voltadas a limitar os ímpetus antropofágicos do capitalismo. A discordância com qualquer tipo de possibilidade de radicalização liberal que viesse a levar, no âmbito econômico, a uma concorrência desenfreada e sem limites éticos pode ser observada concretamente já em 1931, quando, no parágrafo 89 da encíclica *Quadragesimo Anno*, é afirmado que a ordem econômica não pode ser abandonada à livre concorrência das forças. O parágrafo 110 da mesma encíclica aprofundou tal raciocínio afirmando que a filosofia social cristã apoiava as iniciativas dos órgãos públicos voltadas a limitar a potência econômica ou a livre concorrência, nos casos em que estas pudessem vir a ameaçar o bem comum ou a justiça social. DAL RI JUNIOR, 2004, p. 116.

²¹² Uma das principais propostas apresentadas para o tratamento multilateral da concorrência, e também a mais ambiciosa, é o Anteprojeto do Código Antitruste Internacional (*Draft International Antitrust Code-DIAC*), também conhecido como código de Munique. Em 1993, um grupo de estudiosos de vários países, que se reunia periodicamente em Munique, Alemanha, apresentou uma proposta para a criação de um código internacional da concorrência, a ser tratado como parte integrante da OMC, então em fase de negociações. Os redatores tinham a intenção de que o Código fosse ratificado dentro o pacote unificado de acordos aos quais todos os membros aderiram, ou alternativamente, que ele fosse inserido no Anexo 4 do Acordo da

com o objetivo de respeitar a dicotomia entre direito interno e internacional, não podendo vincular diretamente os sujeitos de direito acusados de cometerem ilícitos concorrenciais, os quais deverão ser processados nos tribunais de seus respectivos estados. Uma crítica que a autora faz ao DIAC é no sentido deste não solucionar o problema da sempre delicada questão da extraterritorialidade, pelo fato de a aplicação do direito antitruste dar-se pelas autoridades estatais do infrator. E, também, por utilizar o princípio da cortesia por parte dos países para solucionar alguns impasses, a qual, segundo a mesma autora, afirma “já se demonstrou exaustivamente [...], não é efetivamente aplicada pelos Estados quando eles tenham interesses relevantes em jogo”.²¹⁴ Isso, aliás, Smith já havia afirmado quando desenvolveu a teoria da sua “mão invisível”, conforme comentado no primeiro capítulo, de que todo o indivíduo tende a buscar o seu próprio interesse. As pretensões do DIAC parecem um tanto utópicas em suas intenções não somente nas acima relatadas, como também no desejo de que as decisões tenham apenas

OMC, relativo aos acordos plurilaterais, assinados em apartado pelos Estados que assim o desejassem, ou finalmente, que fosse introduzido no próprio corpo do Acordo Geral um artigo sobre o direito da concorrência, reportando-se este a um anexo relativo ao tema, ser considerado como parte integrante do Acordo Geral. (LIMA E SILVA, p. 475).

Embora a adoção desse Código seja defendida, sobretudo, pelos países europeus, ele encontra grande resistência por parte de outros países dentre, os quais se destacam os Estados Unidos. Em primeiro lugar, partindo-se de uma análise sistêmica, apesar do DIAC haver sido elaborado por doutrinadores de diversos países, incluindo Japão e Estados Unidos, ele é essencialmente o pensamento da doutrina européia, com representação particularmente forte da doutrina alemã. Conseqüentemente, tanto a estrutura multilateral concorrencial criada como os conceitos e as finalidades a serem perseguidas são fundamentalmente europeus, como reconhece o próprio DIAC em diversos de seus comentários explicativos. p. 478.

²¹³ Note-se que a Autoridade Antitruste Internacional não pode emitir diretamente ordens às pessoas e empresas acusadas de cometer um ilícito concorrencial, devendo processá-las nos Tribunais do Estado prejudicado. Isso porque o DIAC é fundado na aceitação das políticas nacionais, utilizando como métodos legais o tratamento nacional e o princípio dos critérios mínimos: de acordo com este, o legislador nacional possui discricionariedade para lidar com as questões de política nacional na esfera da política concorrencial. Assim sendo, somente as autoridades nacionais podem administrar a aplicação do DIAC dentro do limite geográfico de seus respectivos Estados. (LIMA E SILVA, p. 477).

²¹⁴ Por esse motivo, o Código não soluciona a questão da jurisdição extraterritorial, nem ao menos quando há interesse por parte de dois ou mais Estados em exercê-la. Todos os princípios e parâmetros mínimos para regras substantivas que se encontram previstas no DIAC devem ser aplicados pelas Autoridades Antitruste Nacionais dos países. O Código recomenda, ainda, a aplicação da cortesia para a resolução de um eventual impasse (art.3 *comment* 2), quando já se demonstrou exaustivamente que a cortesia não é efetivamente aplicada pelos Estados quando eles tenham interesses relevantes em jogo. A possibilidade de conflito interestatal, portanto, permanece, sem que o DIAC forneça alternativas consistentes para dirimir o problema. § Outro órgão internacional criado pelo DIAC é o painel Antitruste Internacional competente para resolver na esfera internacional as controvérsias sob a égide do Código (art.20). Não somente a Autoridade Antitruste Internacional pode a ele recorrer, mas também os Estados signatários, quando acreditarem que outros Estados-Membros estejam violando as obrigações estabelecidas sob o Código. Os procedimentos a serem seguidos são os constantes no Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC. As decisões do órgão devem ser tomadas sob bases puramente legais, excluindo-se, portanto, de realização de análises de caráter político. Caso o Painel Antitruste Internacional entenda que houve violação às regras do Código, ele simplesmente confirma a ocorrência de tal violação, e o Estado deve providenciar a modificação de suas leis. Caso ao o faça, pode ser iniciado um *novo painel*, dessa vez para rejeitar a decisão nacional por ser inconsistente com os termos do DIAC. A possibilidade de deslegitimação, pelo órgão de solução de

fundamentos legais, não se pautando em questões políticas, bem como a decisão na esfera nacional poder ser deslegitimada pelo órgão multilateral de solução de controvérsias.

No que diz respeito à Economia de Mercado, afirma Immenga, seu marco inicial foi a introdução em 1869, *da liberdade de “indústria na Alemanha e posteriormente a lei contra as restrições da concorrência de 1958”*.²¹⁵ Com isso surge no cenário jurídico o direito de mercado, um quase desconhecido pelo fato de [mais uma vez] ser tratado pela doutrina de forma isolada.²¹⁶ O direito de mercado tem como pressuposto um mercado livre, que se funda em uma ‘economia de mercado’, a qual deve garantir a liberdade de concorrência entre os competidores. E, como tal, o objetivo principal dessa economia é evitar “acordos contratuais de caráter horizontal (cartéis) ou, também, verticais (por exemplo, contratos de exclusividade), tendentes a restringir a concorrência”,²¹⁷ limitando o poder econômico por intermédio do direito antitruste.²¹⁸ E essa cautela ganha dimensão internacional quando vista sob o enfoque de que os mercados tendem a expandir-se frente ao processo da globalização. Esse sistema tem como forma de contrapeso a economia social de mercado. Segundo Benecke, a economia social de mercado funciona como um subsistema dentro do sistema já existente, que comporta a atual política econômica. Esta, por sua vez, possui elementos [neo] liberais que não são de todo nocivos, uma vez que têm o intuito de alcançar as metas da política de processo, como a queda do índice de inflação, o equilíbrio do orçamento público, a redução do

controvérsia multilateral, da sentença proferida na esfera nacional, faz com que se aumente a probabilidade de cumprimento da decisão. (LIMA E SILVA, p. 477).

²¹⁵ *Además, la República federal alemana, sobre la base de decisiones relevantes, há situado al mercado como principio de ordenación política. Piedra angular para una Economía de Mercado entendida de este modo fue ya la introducción, em 1869, de la libertad de industria em Alemania; de ello es confirmación normativa la ley contra las restricciones de la competencia de 1958.* Immenga, p.19.

²¹⁶ Este conceito – Direito do Mercado – é quase desconhecido, pois na doutrina somente foi tratado de maneira isolada. As relações de mercado como objeto possível do Direito são matérias de discussão, porém, inferior ao conceito de Direito Econômico. Por sua vez este último nos aparece de maneira difusa. Consta de uma pluralidade de enfoques, se funda no Direito de empresa e na qualificação do Direito econômico como Direito de direção. O Direito econômico se entende, também como a descrição de um determinado desenvolvimento jurídico. Neste sentido caber lhe compreender como critério decisivo para levar a cabo a crítica do Direito Privado. Dele se deduz uma materialização (politização) do Direito privado. Immenga. p. 17.

²¹⁷ Immenga, 2001, p. 26.

²¹⁸ Deste modo, o Direito do Mercado, especialmente na sua forma de Direito Antitruste, vincula-se diretamente ao seu objetivo básico de impedir a formação de posições de poder nos mercados. Franz Böhm já caracterizou a concorrência como “o instrumento de desapoderamento mais genial da História”. O aprofundamento da concorrência mediante o Direito de Mercado reside, através dele, na limitação do poder econômico. Immenga. p. 24.

déficit no balanço de pagamentos.²¹⁹ O autor afirma que a globalização veio prejudicar os menos favorecidos pelo fato de promover *pressões externas* sobre as economias e reduzindo o espaço do ordenamento aos níveis nacionais e regionais.²²⁰ Para tanto, justifica ser a implantação de um direito da concorrência fundado nas experiências da Alemanha e Comunidade Europeia fundamental para o desenvolvimento da economia da América Latina.²²¹

Ainda dentre os que defendem as questões sociais, afirma Boaventura de Santos Souza que a globalização é uma imposição hegemônica dos países centrais aos países periféricos.²²² Segundo essa visão, a tendência é o enfraquecimento das economias locais ou periféricas e a consequente dominação das economias centrais, uma vez que elas tendem a ser vencidas pelas economias centrais. No caso específico do Brasil, há a necessidade de se avaliar os efeitos gerados pelos atos de concentração ocorridos fora de seu território, utilizando como paradigma as experiências de economias centrais como as dos Estados Unidos e União Europeia.

²¹⁹ Na verdade, elementos liberais ou neo-liberais foram empregados na formulação da política econômica, como a privatização, a abertura d comércio exterior, o redimensionamento da administração pública. Isso aconteceu, sobretudo, com o intuito de alcançar as metas da política de processo, como a queda do índice de inflação, o equilíbrio do orçamento público, a redução do déficit no balanço de pagamentos; mas isso não deve ser visto como um fator negativo, pois medidas políticas de processo são necessárias, mas não suficientes para definir um sistema. É pré-requisito fundamental da Economia Social de Mercado, a existência de um ordenamento Econômico Social de Mercado, a existência de um ordenamento econômico dentro do qual a política econômica é um sub-sistema que deve ser compatível com a ordem democrática e corresponder aos princípios éticos e políticos da sociedade. Uma determinação política de ordenamento manifesta-se, também, nas metas e meios do processo de reforma que pode ser reduzida ao lema “menos Estado, mais iniciativa privada”. p. 51.

²²⁰ Esse processo intensificou-se através da globalização, que aumenta a vantagem competitiva dos ricos, instruídos, qualificados, assegurados e prejudica, progressivamente, os desfavorecidos. Ao mesmo tempo, a globalização dificultou o debate sobre a construção nacional de uma política de ordenamento, visto que a pressão externa, supostamente reduz o espaço da política econômica ao nível nacional ou regional. p. 51.

²²¹ Disposição de produção de mercado: trata-se – aliada à disposição empresarial – da autorização legal para o funcionamento dos mercados de bens e fatores, da transparência de mercado, da proteção ao consumidor, do acesso ao mercado, da proteção a concorrência destrutiva e desleal e contra o abuso de poder das empresas dominadoras do mercado. Um elemento especialmente bem capacitado é a classe média. O futuro da economia latino-americana se decidirá no âmbito da concorrência, onde as experiências alemãs e européias têm um peso especial. p. 62

²²² A produção sustentada de localismos globalizados e globalismos localizados determina ou condiciona de foram crescente as diferentes hierarquias que constituem o mundo capitalista global, convergindo numa divisão cada vez mais tenaz entre o Norte Global e o Sul Global. A divisão internacional da produção da globalização assume o seguinte padrão: os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha entre várias alternativas de globalismos localizados. O sistema mundo é uma trama de globalismos localizados e localismos globalizados e das resistências que eles suscitam. SANTOS, Boaventura de Souza, - A Gramática do Tempo, p.438

2.4 O paradigma americano

A forma de aplicação do moderno direito antitruste, conforme acentua Picone (1982),²²³ tem seu nascimento na forma encontrada pelos norte-americanos para compor o primeiro sistema de normas organizadas relativas à matéria, representados inicialmente pelo Sherman Act de 1890 e pelo Clayton Act de 1914. Conforme anteriormente abordado, este trabalho procurou evitar o estudo da história em um contexto isolado, e uma constatação importante a ser consignada é o fato de que os Estados Unidos classificam o antitruste como uma política de Estado, uma herança no sentido de garantir igualdade de oportunidades e produtividade econômica forte. Na afirmação de Singer: objetivos econômicos e política antitruste não são coincidências.²²⁴

A História mostra-nos que desde o seu descobrimento, os Estados Unidos destacaram-se pelo seu desempenho, levando Adam Smith a afirmar não haver “nenhuma outra colônia cujo desenvolvimento tenha sido mais rápido do que o das colônias inglesas da América do Norte”.²²⁵ Como causa dessa riqueza, o autor

²²³ *“Il primo sistema organico di norme in tema di disciplina della concorrenza è dato dalla legislazione << antitrust >> statunitense., venuta in essere originariamente attraverso una serie di atti (Sherman Act Del 1890 e Il Clayton Act de 1914) entrati in vigore tra la fine del secolo scorso e l’inizio dell’attuale(2) . Tali atti risultano ispirati, come è noto, Allá filosofia econômica per cui è necessário mantenere e/o restaurare el mercato condizioni per così dire <<classiche>> di concorrenza. A tal fine, lo Sherman Act vieta sia i <<contratti, le combinazioni e le conspirazioni in limitazione del commercio >> (e cioè una serie de accordi tra imprese tra cui acquistano soprattutto rilievo i .cd. <<cartelli>>), sia le << pratiche monopolistiche >> poste in essere da un gruppo di imprese o da una sola impresa; e il Clayton Act (emendato in senso ulteriormente restrittivo nel 1950, all’art. 7, dal O’Makoney, Kefauver Celler Act) estende i divieti attività del concentrazione, quando gli acquisiti di azioni o (in seguito al ricodato emendamento) di attività specifiche (impianti) di un’impresa da parte di un’altra impresa, producano egualmente l’effetto di ridurre << sostanzialmente >> la concorrenza o tendano a creare un monopolio. PICONE, Paolo; SACERDOTI, Geogio. Diritto internazionale dell’economia. Raccolta sistemática dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi e note. Milano: Franco Angeli, 1982. p. 865-6.*

²²⁴ SINGER, 1968, p. 3.

²²⁵ “A colônia francesa de São domingos foi fundada por piratas e fuzileiros que, durante muito tempo, não recorreram a proteção da França, nem reconheceram sua autonomia; e quando essa raça de bandidos de tal modo adquiriu um caráter de cidadãos a ponto de reconhecer essa autonomia, durante muito tempo foi necessário ainda exercer tal autoridade com extrema gentileza. No decorrer desse período, houve um crescimento muito rápido da população e desenvolvimento dessa colônia. Mesmo a opressão da companhia exclusiva, a que por algum tempo a colônia esteve sujeita, assim como todas as outras colônias da França, não foi capaz de interromper por completo seus progressos, ainda que os tenha indiscutivelmente retardado. O curso desse desenvolvimento foi retomado tão logo a colônia se libertou dessa opressão. Hoje é a mais importante das colônias açucareiras das índias ocidentais, e sua produção , segundo se afirma, supera a de todas as colônias açucareiras da Inglaterra, tomadas em conjunto. Em geral , todas outras colônias açucareiras da França são bastante prósperas. No entanto, não há nenhuma outra colônia junto cujo o desenvolvimento tenha sido mais rápido do que as das colônias inglesas da América do Norte. As duas grandes causas de prosperidade de todas novas colônias são ao que parece , a abundância de terras férteis e a liberdade de governar a seu modo. Quanto às terras nas colônias inglesas na América do norte, ainda que lá existiam em abundância , sua fertilidade é todavia inferior a das terras das colônia espanholas e portuguesas, e não é superior a algumas das colônias que os franceses possuíam antes da última guerra.

elencas “a abundância de terras férteis e a liberdade de governar seus próprios negócios a seu modo”. Quanto à abundância de terras férteis nas colônias Inglesas, Smith afirma não serem de forma alguma superiores às portuguesas e espanholas, porém, atribui o sucesso ao fato de que as “instituições políticas das colônias são mais favoráveis à melhoria e ao cultivo dessa terra do que as instituições políticas de qualquer uma das três outras nações”.²²⁶

A interpretação que se dá para essa afirmação é a de que o motivo principal da prosperidade das colônias da América do Norte está no fato de possuírem uma política voltada a tornar as terras produtivas, muito mais do que simplesmente uma garantia de posse. Na sequência da narrativa, o autor comenta sobre o objetivo de evitar-se o acúmulo de terras improdutivas nas mãos de uns poucos,²²⁷ determinando, por intermédio da lei da colônia, que o proprietário tinha a obrigação de promover o cultivo, assim como a melhoria da produção em determinada proporção de suas terras.²²⁸ Como a economia da época dependia em grande parte da produção agrária, verifica-se já naquele momento a preocupação em evitar-se a concentração da produção nas mãos de poucos, mantendo para isso regras específicas, cujo objetivo era promover um ganho de eficiência no cultivo. Isso talvez explique porque os Estados Unidos, após as transformações sofridas na economia, tiveram a sensibilidade necessária para desenvolver um sistema efetivo

Mas as instituições políticas das colônias inglesas são mais favoráveis a melhoria e ao cultivo dessa terra do que as instituições políticas de qualquer uma das três outras nações.” SMITH, 2003, p. 722.

²²⁶ SMITH, 2003, p. 722.

²²⁷ “A tradução traz o termo açambarcamento que representa monopólio, porém se procurou trazer a tradução do original para não induzir o leitor a erro.” Disponível em: <<http://www.adamsmith.org/smith/won-b4-c7-pt-2.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2007, 11:11.

²²⁸ “Em primeiro lugar, se o açambarcamento de terras incultas é um abuso que não se pode impedir totalmente nas colônias inglesas, pelo menos nelas foi mais restrito do que em quaisquer outras colônias, A lei colonial que impõe a todo proprietário a obrigação de melhorar e cultivar, dentro de prazo determinado, uma certa proporção de suas terras, e que no caso de insucesso, declara que essas terras negligenciadas poderão ser concedidas a qualquer pessoa executada talvez não venha sendo estritamente executada, ainda assim produziu algum efeito. Em segundo lugar na Pensilvânia não existe direito de primogenitura, e por isso as terras se dividem, como os bens móveis, em partes iguais entre todos os filhos da família. Nas três províncias da Nova Inglaterra o mais velho tem apenas a dupla parte, como na lei mosaica. Assim, embora nessas províncias uma grande quantidade de terra seja às vezes açambarcada por único indivíduo, é provável que no curso de uma ou duas gerações essa terra se encontre de novo suficiente dividida. É certo que nas outras colônias inglesas vigora o direito de Primogenitura, como na lei da Inglaterra. Mas, como em todas as colônias inglesas a posse de terra é assegurada por mero censo – o que facilita a alienação -, em geral, o concessionário de uma grande extensão de terra considera que seja de seu interesse alienar, o mais rápido possível a maior parte dela, reservando para si um pequeno foro, em lugar de todos os serviços. Nas colônias espanholas e portuguesas, assim chamado direito de majorazzo (jus majora tus) tem lugar e na sucessão de todas as grandes propriedades fundiárias a que esteja vinculado algum título honorífico. Essas propriedades são todas transmitidas a uma única pessoa, e efetivamente intransferíveis e inalienáveis. É verdade que as colônias francesas são regidas pelo costume de Paris, o qual na herança da terra, é muito mais favorável aos filhos mais jovens do que a lei da Inglaterra. Nas colônias francesas, porém uma parte qualquer de um bem de raiz, cuja a posse se deva ao título nobre de cavalaria. SMITH, 2003, p. 723.

com o objetivo de aplicar sanções às práticas realizadas pelos “pools”,²²⁹ visando a promover arranjos [arrangements] entre competidores, com o intuito de afastar a concorrência.

A necessidade de implantar uma política antitruste nos Estados Unidos, explica Eleanor Fox (2004), deu-se com a transformação da economia nacional pela revolução industrial do século XIX e, posteriormente, foi aprimorada com a revolução tecnológica do século XX. A estrutura industrial americana no início do século XIX era simples e baseada nas atividades individuais ou até mesmo desenvolvida por meio de parcerias cujo intuito era o desenvolvimento da vida em comunidade.²³⁰ À medida que surgem outras formas de negócios, faz-se necessário uma melhor organização, partindo-se para as sociedades industriais e corporações.

As ferrovias são identificadas como o primeiro negócio em grande escala, passando, também, a representar os primeiros casos em que a competição poderia afetar negativamente os lucros dos investidores, tendo em vista as altas quantias despendidas para iniciar-se o negócio, assim como os altos custos de sua manutenção. Para o negócio tornar-se rentável, era necessário haver grande volume de operações, uma vez que os preços deveriam ser razoavelmente baixos para se tornarem acessíveis.²³¹ Para sobreviver no negócio, as ferrovias passaram a formar cartéis, nos quais os competidores uniram forças para dominar sistemas regionais de transportes. Porém, a pretensão das *railroads* teve vida curta, sofrendo um colapso quando as empresas de petróleo se recusaram a aceitar a trapaça. Houve, também, pressão para que fossem aplicadas sanções legais às conspirações. Por ironia do destino, as companhias petrolíferas americanas foram consideradas como as líderes das mais infames práticas lesivas à concorrência.²³²

Conforme salienta Fox, “na segunda metade do século XIX, a industrialização mudou a face dos negócios”. E no pós-guerra, durante o período de 1865-1900, os Estados Unidos, de forma rápida, atingiram o *status* de líder da

²²⁹ O termo cartel, segundo EDWARDS, nem sempre é eficiente para definir as práticas e conspirações ilegais firmadas entre aqueles que deveriam ser competidores. EDWARDS, Corwin D.; KREPS, Theodore J. *Acartel Policy for the United Nations*. Columbia: Columbia University Press, 1945, p. 3.

²³⁰ Before 1850, American industrial structure was simple. The typical business was owned and managed by an individual or partners who worked and provided employment in the community where they lived. Traders specialized in particular goods and used a single production process. Tiers of independent middlemen linked the initial producer with the final consumer. Most factories were small, drawing labor from family members or local young people training to become independent producers. FOX, 2004, p.3.

²³¹ FOX, 2004, p. 4.

²³² FOX, p. 7.

indústria mundial.²³³ Indiscutivelmente a transformação da economia norte-americana e a produção em grande escala fizeram com que a nação prosperasse, sendo detectada, contudo, uma falha estrutural, representada pela presença de cartéis, tendo em vista que as corporações, ao se utilizarem de combinações, passaram a promover um verdadeiro controle de mercado reduzindo a competição, aniquilando e impedindo a entrada de novos competidores. O “trust” passou a representar um verdadeiro movimento no final do Século XIX, expandindo-se para os setores de “óleo, prata, energia elétrica e outras indústrias de utilidade pública espalhando medo acerca das implicações do movimento combinado”²³⁴ e dividindo a opinião dos americanos: a) muitos atribuíam ao poder das combinações o rápido crescimento da economia americana; b) outros “acreditavam que a preservar a livre competição era essencial para a larga prosperidade e eficiência” ocorrida no século XIX.²³⁵

As discussões envolviam, também, afirmações de que o truste era contra as leis da seleção natural,²³⁶ em que deveria sobreviver o mais eficiente, podendo uma imposição artificial atrapalhar o progresso. Por outro lado, os “evolucionistas” afirmavam que o truste era inevitável e ditado pelas mesmas forças que ditavam a “evolução biológica do mundo”. Essas afirmações, no que diz respeito à “lei da seleção natural” e da “evolução” [baseada na teoria de Darwin], dão conta de que: a) o equilíbrio mantido em um mercado se dá pela eficiência dos competidores que sobreviverão naturalmente de acordo com sua capacidade, não admitindo interferências externas; b) que a evolução das relações econômicas conduz a uma mutação nos mercados e na forma de agir dos competidores, fazendo com que a eficiência e a sobrevivência ocorram pelo agrupamento e combinação de preços e estratégias para a obtenção de melhores resultados.

Há, também, como se fazer uma analogia nessa mutação com a já mencionada teoria de Thomas Hobbes, em seu *Leviatã*, sobre a necessidade do

²³³ Idem, ibidem.

²³⁴ FOX, 2004, p 6.

²³⁵ Idem, ibidem, p.6.

²³⁶ No centro do pensamento darwinista está a intuição segundo a qual todos os organismos vivos são apresentados com ancestrais comuns. Todas as formas de vida emergiram desses ancestrais por meio de um processo contínuo de variações ao longo de todos os bilhões de anos da história geológica. Nesse processo evolutivo, são produzidas muito mais variações do que as que podem sobreviver, e, dessa maneira, muitos indivíduos são eliminados por seleção natural, conforme algumas variantes apresentam crescimento excessivo e sufocam a produção de outras. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

homem em cuidar da sua própria conservação, fugindo dos perigos do estado de natureza, sempre agindo no interesse próprio e, por isso, vivendo nos Estados.²³⁷ A associação no caso seriam os *pools*, em que os competidores, visando à própria sobrevivência, formulariam arranjos [arrangements] em forma de *trust*, no sentido de afastar a concorrência. Algumas linhas menos radicais dos evolucionistas aceitavam a existência do truste, desde que tivessem responsabilidade social. Segundo Fox, “eles abraçaram a idéia do bem geral do Estado em oposição ao Estado do ‘deixa fazer’”²³⁸. O *laissez-faire* representaria a Teoria da Evolução Natural no sentido de se permitir os ajustes, uma vez que garantiam uma forma de sobrevivência dos empreendedores dentro do mercado. Já o “*general welfare state*”, também, contemplava a Teoria de Darwin adaptando-a no sentido de garantir o bem geral do Estado. Com o aumento das pressões para frear os trustes, começam a surgir ideias de ataque às praticas anticompetitivas: a) O truste poderia ser atacado por leis emanadas pelo Estado com características “ultra vires”, o que importaria em desfazer, ou não autorizar, atos das corporações; b) O Estado poderia decretar ou elaborar uma legislação antitruste específica.

O fato é que houve um amadurecimento do movimento do truste nos Estados Unidos, até o ponto de perceber-se a importância de assegurar-se a livre concorrência e desenvolver-se uma regulamentação do que viria a ser o direito antitruste. Sem dúvida que a evolução histórica da economia estadunidense, ao vivenciar e sopesar os efeitos positivos e negativos dos ajustes entre os competidores, foi responsável por transformar o País em paradigma mundial na área da defesa da concorrência. A regulamentação do direito antitruste começa a ganhar força no ano de 1888, com a eleição de William Henry Harrison para a Presidência dos Estados Unidos, cujas declarações classificaram o truste como “intolerável mal”.

²³⁷ O desígnio dos homens, causa final ou fim último – que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros – introduzindo restrições a si mesmos conforme os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Enfim, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a conseqüência necessária – conforme demonstrado – das paixões naturais dos homens, quando não há poder visível capaz de manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis naturais que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. As leis naturais – como a justiça, a equidade a modéstia, a piedade, ou mesmo, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam – por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes.[...] HOBBS, Tomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.127.

²³⁸ Other evolucionists accepted the existence of the trust but not their imperviousness to social reponsability. They embraced the Idea of the “general welfare state” in opposition to the concept of the laissez-faire state.

O passo seguinte seria dado em 1889 pelo Senador John Sherman, ao introduzir na legislação norte-americana o “Sherman Act”, conhecido como o primeiro mecanismo eficaz de combate aos cartéis.²³⁹

A parte expositiva do Sherman Act esclarece ser o “Sherman Act” “um ato para proteger o comércio e os negócios contra práticas ilegais restritivas [da concorrência] e monopólios”.²⁴⁰ A história mostra que o “Sherman Act” efetivamente desencorajou a formação de cartéis durante as primeiras décadas, não sendo, contudo, suficiente para conter os “ajustes” formados diante do surgimento de novos negócios a exemplo das instituições financeiras e de seguros que criaram uma espécie de mercado em particular com o crescimento dos investimentos financeiros.²⁴¹

Após a inquietação causada pela aplicação da regra da razão (*rule of reason*) no caso Standard Oil Company, mais uma vez o tema ganha conotação política, sendo a questão ligada ao antitruste decisiva para o desfecho da eleição de 1912, travada em três fortes concorrentes, conforme aponta Fox: *William Howard Taft, Theodore Roosevelt, and Woodrow Wilson*. A eleição desse último representou o sentimento nacional da época em relação à necessidade de ampliação da legislação antitruste.²⁴²

A partir daí, o direito antitruste americano começa a construir a atual configuração que possui. Muito mais do que simplesmente analisar atos de concentração ou práticas desleais, o direito antitruste americano foi estruturado com objetivo de promover e fazer cumprir uma política de concorrência em que a competitividade é garantia, entre outras coisas, de liberdade.

They thought that “private self-interest is too powerful too ignorant or too immoral to promote the common good without compulsion. [...] FOX, 2004, p. 8.

²³⁹ FOX, 2004, p. 9

²⁴⁰ FOX, 2004, p. 11.

²⁴¹ Idem, Ibidem, p. 25.

²⁴² “Standard Oil’s rule of reason produced anxiety. Its stress on intent increased both judicial discretion and business uncertainty. The decision displeased some because it stress on intent would make antitrust lawsuits even more difficult to win. It displeased others, even large firms, because it gave them guidance as to what they could or could not legally do. Also distrust of judicial discretion remained high. During the 1912 presidential campaigning, moderates in both parties called for more explicit definition of illegal business conduct. The election of Woodrow Wilson seemed to Express a national sentiment in favor of legislative amplification of antitrust. The election of 1912 was a heated battle between three contestants: William Howard Taft, Theodore Roosevelt, and Woodrow Wilson. Antitrust was an import campaigning issue”. FOX, Eleanor M; SULLIVAN, Lawrence A.; PERITIZ, Rudolph J. R. Cases and materials on u.s. antitrust in global context. Second Edition. United States: West Publishing CO, 2004. p. 48.

O que se percebe ao analisar a forma pela qual o direito antitruste é aplicado desde o século passado na maior economia do mundo é que o objetivo principal é garantir a eficácia da competitividade dentro do mercado interno: “encorajar novas entradas, proteger pequenos negócios, fazendo crer na liberdade econômica.”²⁴³ Afinal, não há como se falar em competição quando o mercado não garante a entrada de novos competidores, bem como quando não se proporciona a esses competidores igualdade de condições sem que existam elementos de monopólio. E de nada adiantaria garantir sua entrada sem garantir a sobrevivência dos competidores. Ganha força, portanto, as afirmações de Schumpeter de que a garantia da introdução de novos produtos e inovações nos processos produtivos estimulam a competitividade em “um perene vendaval de destruição criativa”.²⁴⁴ Então se conclui que impedir a entrada de novos competidores em nada favorece o desenvolvimento de novas ideias.

A necessidade de competição que impulsiona o desenvolvimento também, por consequência, promove o ajuste das forças econômicas. Para Singer, o modelo de mercado ao qual denomina competição pura, com total ausência de elementos de monopólio, deve seguir um padrão: a) com um grande número de compradores e vendedores; b) produtos padronizados; c) liberdade de entrada e saída; d) ausência de interesse de compradores ou vendedores individuais para influenciar preço; e) total abstenção de [collusion] acordo secreto no sentido de limitar a competição.²⁴⁵

A fórmula aplicada nos Estados Unidos é a regulamentação do direito antitruste por intermédio de termos gerais²⁴⁶ que compreende três importantes estatutos, conforme identifica Singer.²⁴⁷ a) o “Sherman Antitrust Act”; b) o “Federal Trade Commission Act”; c) o “Clayton Act”. Segundo o autor, o “Sherman Act”, aprovado em 1890, na Seção 1, de forma geral, considera ilegal a existência de contrato, combinação ou conspiração com o pré-requisito de burlar a lei.²⁴⁸ Já a

²⁴³ Idem, ibidem.

²⁴⁴ SINGER, 1968, p. 6.

²⁴⁵ Idem, p. 15.

²⁴⁶ CUCINOTTA, 2002, p. 60.

²⁴⁷ Essa mesma configuração foi adotada porque está presente no acordo bilateral firmado entre Brasil e Estados Unidos, onde se reconhecem os mesmos atos com sendo a base do direito antitruste americano e que será estudada no tópico onde se faz a convergência entre os três sistemas: (i) do Brasil; (ii) dos Estados Unidos; (iii) da União européia.

²⁴⁸ This section requires generally the existence of two or more persons, since a contract, combination, or conspiracy must be formed as a prerequisite to a finding of illegality. Agreements between competitors to fix

Seção 2 é dirigida especificamente à má-conduta que tenha como objetivo a prática de monopólio, tentativa de monopólio, conspiração com um ou mais pessoas para monopolizar²⁴⁹. Ainda, na configuração apresentada pelo autor, os outros dois atos que foram aprovados no ano de 1914, tendo o “Federal Trade Commission Act”, recebido uma emenda na Seção 5, datada de 1938, trata da possibilidade de se declarar ilegais os métodos, ou os atos desleais de competição no comércio.²⁵⁰ E, finalmente, o “Clayton Act”, que, para fins do presente trabalho, vale registrar, após a emenda de 1936, foi editado em resposta às reclamações dos atacadistas independentes de que as redes de lojas estavam obtendo de seus fornecedores vantagens indevidas na forma de abatimento no preço, apoio publicitário ou descontos.²⁵¹ Observação importante é feita por HANDLER, contrariando a teoria anteriormente apresentada, ao afirmar que “em ambas as situações, tanto antes quanto a partir de 1890 [o direito antitruste americano] é criação dos Juízes e que o Congresso meramente afirmou que a crença na competição é a principal força reguladora na [...] economia”.²⁵² Apesar de possuírem afirmações contrárias, as duas teorias entrelaçam-se no âmbito do presente estudo, cujo objetivo é abordar a estrutura do direito antitruste norte-americano e demonstrar que os três estatutos formam um arcabouço a ser complementado de forma mais efetiva pela aplicação de “regras” de interpretação. Estas, apontam os doutrinadores, são representadas pela dicotomia “*rule of reason*” e “*per se doctrine*”, que são, por assim dizer, fórmulas de interpretação que têm como principal elemento de diferenciação a possibilidade de flexibilizar a aplicação do direito antitruste. E, como tal, mais uma vez se adverte que é da cultura brasileira promover a importação não só de legislações como de conceitos e traduções equivocadas, o que, por via de consequência, transformou a

prices, allocate geographic markets, or boycott third parties are practices condemned by this section of the Sherman Act. SINGER, Eugene M. ANTITRUST ECONOMICS. Selecte Legal Cases and Economic Models. PRENTICE-HALL, INC. New Jersey: 1968. p. 9.

²⁴⁹ Section 2 of Sherman Act is directed toward actual or attempted monopolization and provides in part that: 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 guilty of misdemeanor. Idem, ibidem.

²⁵⁰ Section 5 of the Federal Trade Commission Act, as amended, provides in part that: Unfair methods of competitions in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared illegal. Idem, ibidem.

²⁵¹ The ROBINSON-PATMAN PRICE DISCRIMINATION ACT AMENDMENT TO SECTION 2. Section 2 of the Clayton Act was amended in 1936 by the Robinson-Patman Act. The Act was passed in response to the complaints of independent wholesalers, that chain store were obtaining from their suppliers unwarranted advantage in the forms of lower prices, greater advertising allowance, and discounts. Idem, ibidem.

“*rule of reason*” em regra da razão. Na verdade, pela referida fórmula, o que ocorre é a análise dos processos, como bem observa Salgado (1997, p. 26), “guiados pela regra da razoabilidade”.²⁵³ Já o termo “*per se*”, que deriva do latim, significa [aplicável] “por si”, não comportando traduções ou interpretações extensivas.

Ao abordar a dicotomia entre as duas regras interpretativas, Singer afirma que a regra da razoabilidade possibilita sopesar as “provas de defesa das justificativas compatíveis com os propósitos das leis antitruste”, possuindo, portanto, grande flexibilidade na aplicação da norma, ao contrário da *per se doctrine*, que considera que a norma deve ser aplicada com exatidão, não admitindo qualquer forma de interpretação extensiva.²⁵⁴

2.4.1 A Escola de Chicago

A aplicação do direito antitruste nos Estados Unidos sofreu outra mudança nos Anos 70, com o triunfo da Escola de Chicago, como aponta Cuccinota, “suplantando o reinado do antitruste ortodoxo”, por intermédio do desenvolvimento das “idéias de pensadores e escritores, economistas e juristas associados à escola de Chicago”, dentre os quais destaca Robert Bork, Aaron Director, Frank Easterbrook, Richard Posner e Geoge Stigler. Principalmente pela ideia desse último, ganhador do Prêmio Nobel de economia, era difundida a ideia de que não é apropriado presumir que um pequeno número de firmas em um mercado “poderia

²⁵² ALTHOUGH WE ARE accustomed to think of antitrust as part of its doctrines, both before and since 1890, are the creation of judges. HANDLER, Milton. *Antitrust in perspective: The Complementary Roles of Rule and Discretion*. New York: Columbia University Press, 1957, p. 3.

²⁵³ “A regra da razoabilidade teve início com a decisão do Juiz Taft no caso US VS. Addyston Pipe e as opiniões do Juiz White no caso Standad Oil Co. A idéia de restrições auxiliares aplicada no primeiro caso colocou as bases para a distinção entre restrições legais e ilegais. Para Taft, um teste de “razoabilidade” deveria ser aplicado, de acordo com o direito consuetudinário, a restrições auxiliares a uma transação econômica, mas na a restrições diretas como fixação de preços, denominadas por ele de restrições nuas. White expande a aplicação da regra da razoabilidade como padrão de análise a restrições diretas de modo a considerar ilegais apenas as restrições que incluíssem contratos, acordos ou combinações com a natureza, o propósito ou efeito de reduzir a competição”. SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997. p. 26.

²⁵⁴ “[...] Both the *per se doctrine* and *rule of reason* are essential elements in the interpretation o four presente antitrust laws. “Antitrust reflects” in the wordsof Professor Oppenheim, “the never-ending conflict between the desire for certainty and the desire for flexibility that is as old as the processes of the Law itself.” The *per se doctrine* offers greater certainty to the antitrust Law, but sacrifices the vital elements of flexibility which are associated with the rule of reason. [...]”.SINGER, Eugene M. *Antitrust economics: Selected Legal Cases and Economic Models*. New Jersey: PRENTICE-HALL, INC, 1968.

encontrar um caminho para elevar os preços acima de um nível competitivo”²⁵⁵ e, portanto, outros fatores deveriam ser considerados. Essa ideia contraria a posição da Escola de Harvard, conforme adverte Lucia Helena Salgado, que defende que o mercado somente é realmente competitivo com a “pulverização” do poder, a fim de que não exista concentração “nas mãos de poucos”.²⁵⁶ Conforme afirmação da mesma autora, para a Escola de Chicago, “o foco da política antitruste deve estar sobre cartéis e fusões horizontais grandes o suficiente para criar monopólio diretamente,[...], ou para facilitar a cartelização ao reduzir de forma significativa o número de vendedores no mercado”.²⁵⁷ De forma semelhante à dicotomia das regras “per se” e da razoabilidade, a divergência de ambas as escolas está na flexibilização da interpretação e aplicação das normas antitruste, dando maior discricionariedade [conveniência e oportunidade] às autoridades para o deslinde das questões, o que nem sempre está em consonância com os ideais democráticos.

Outra forma de aplicação flexível ocorreu, também, no que diz respeito à possibilidade de levar-se em consideração os atos praticados além das fronteiras dos Estados Unidos, para o julgamento de práticas anticompetitivas. A doutrina considera como marco da aplicação da extraterritorialidade das normas antitruste a utilização da teoria dos efeitos no caso “United States vs. Aluminum Company of America (Alcoa)”, por entender que esta monopolizou o mercado estadunidense de

²⁵⁵ The Chicago School supplanted the reigning antitrust orthodoxy in an antitrust revolution led from the top – mainly by the Supreme Court – beginning in the mid-1970s. The triumph of the Chicago School was a revolution in ideas developed and spread by a remarkable collection of thinkers and writers, economist and lawyers, associated with the University of Chicago, including such luminaries as Robert Bork, Aaron Director, Frank Easterbrook, Richard Posner and George Stigler.

Stigler, a future winner of the Nobel Prize in economics, took on the structural story in the most fundamental way. In an article published in 1964, he explained why it was not appropriate to presume that the firms in any market, even when they are few in number, would find a way to raise price above the competitive level. There are two key ‘cartel problems’ that colluding firms must solve, and success in doing so is not assured. First, the sellers must reach a consensus on the prices to charge and firm market shares. This may not be easy, as the firms will invariably have divergent interests. All may wish to see the market price rise, but, even if they are similar, each would surely prefer a high market share for itself (and thus a low share for its rivals) at that high price. Second, even if the firms are able to reach consensus, notwithstanding their divergent interests, they must deter cheating on that consensus.[...] CUCCINOTA, p. 65.

²⁵⁶ A primeira interpretação econômica de maior impacto sobre a legislação antitruste é a leitura “harvardiana” de Areeda e Turner (1978), que conjuga elementos das interpretações pró-eficiência e pró-liberdades. Os autores reconhecem os dois tipos de objetivos – econômicos e “políticos” – presentes na legislação antitruste. Os símbolos da preocupação com a dispersão do poder econômico são os da democracia Jeffersoniana, em que a preponderância de empresas individuais, locais e pequenas, garante a preservação da democracia, certamente orientaram o Congresso e são em boa parte consistentes com os objetivos da eficiência. Realmente os mercados competitivos são aqueles onde o poder não está concentrado na mão de poucos, há alternativas reais para consumidores e fornecedores e oportunidade de negócios para novas empresas. SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997. p.16.

²⁵⁷ SALGADO, 1997, p. 38.

alumínio, ao realizar uma operação internacional com a sua afiliada Canadense “Aluminum Limited”, restringindo a importação do produto naquele mercado.²⁵⁸

Há que se fazer um esclarecimento no que diz respeito à aplicação da extraterritorialidade das decisões antitruste, a fim de se afastar a ideia de que haverá a invasão da legislação de um Estado em outro, o que efetivamente é inadmissível no âmbito do direito internacional, conforme amplamente estudado ao longo do capítulo. A extraterritorialidade deve ser entendida como a aplicação do direito interno, em situações cujos atos tiveram origem em outros países. Tal como ocorre no direito estadunidense e na União Europeia, tal fato é possível mediante a utilização da “Teoria dos Efeitos”, o que já foi considerado possível no âmbito do Direito Internacional. Para tanto, antes de prosseguir-se na análise de referida teoria, procederemos à análise da aplicação do direito antitruste na União Europeia.

2.4.2 Paradigma da União Europeia

A atual configuração da União Europeia, ao contrário dos Estados Unidos e até mesmo do Brasil, é recente, e o processo de integração iniciou no ano sucessivo ao segundo conflito mundial, afirma Giuseppe Tessauro. Como passagem significativa, o autor cita o discurso de Churchill na Universidade de Zurique em setembro de 1946: “Nós devemos construir os Estados Unidos da Europa”.²⁵⁹ Na visão de Enzo Milanese, os objetivos democráticos de respeito recíproco, paz e liberdade, em contraponto à guerra, ditadura e imperialismo estavam em conformidade com as novas perspectivas da Organização das Nações Unidas. Para o autor, existia a preocupação em melhorar as condições de vida da população, bem como “o antagonismo político, ideológico e econômico existente na Europa que [...]

²⁵⁸ In the late 1930s the United State brought suit against Aluminum Company of America (Alcoa) and its Canadian affiliate, Aluminum Limited. The suit charged that Alcoa monopolized the U. S. market for aluminum, and also that Aluminum Limited, with foreign co-conspirators, operated an international cartel that restrained imports and kept all but a small amount of foreign aluminum out of the United States. FOX, p. 179.

²⁵⁹ Volendo ripercorrere molto rapidamente i passaggi principali del processo de integrazione, sempre piu sviluppata e solida, tra i Paesi membri della Comunità, va osservato che, per quanto non fossero mancante in un passato anche piu remoto Le ipotesi e Le riflessioni soprattutto negli anni successivi al secondo conflitto mondiale che l’idea è stata perseguita concretamente ed è stata finalmente realizzata. Si evoca spesso come uno dei passaggi più significativa della nascita dell’Europa comunitaria, il discorso di Churchill all’Università di Zurigo del settembre de 1946: <<...Noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d’Europa... Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea dev’essere una partnership tra Francia e Germania>>. TESSAURO, Giuseppe. *Diritto comunitario*. Quinta Edizione –Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani CEDEM, 2008. p. 4.

dominava o mundo”.²⁶⁰ E não se pode esquecer, conforme abordado ao longo do capítulo, que anteriormente houve uma espécie de integração dos países da Europa, representada pela *respublica Crhistiana*, em que o elo principal era a questão religiosa.

Nessa nova configuração, o aspecto principal é econômico e coincide com o fato de que, a partir de 1945, inicia-se em âmbito mundial a fase de internacionalização da economia, conforme afirma Picone, surgindo a necessidade de regulamentar-se as formas de aplicação de normas que comportem extraterritorialidade, bem como o desenvolvimento de uma política econômica de defesa da concorrência.²⁶¹

No dia 25 de março de 1957, foi instituída a Comunidade Econômica Europeia (CEE), por intermédio do Tratado de Roma, firmado por Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Holanda, tendo como um dos objetivos específicos “promover mediante a instauração de um mercado comum [...] um desenvolvimento harmonioso da atividade econômica”,²⁶² possuindo a partir de então uma legislação que comportava de forma mais específica a tutela da concorrência, a qual era considerada fundamental para a manutenção do equilíbrio econômico, importando

²⁶⁰ Il processo d'integrazione degli Stati che compongono l'odierna Unione europea trae Le sue origini nei fermenti politici e ideali che pervadono gran parte del continente nel secondo dopoguerra.

Si volevano pace e liberta; non più guerre, imperialismi, dittature ma collaborazione fra i popoli, rispetto reciproco, democrazia. Su scala mondiale, si guardava alle nuove prospettive aperte dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU). A livello europeo, si ragionava intensamente su forme di cooperazione e aggregazione, in grado di imprimere una drastica svolta rispetto al passato. Solo queste avrebbero permesso di superare Le immense difficoltà del presente, di ricostruire un'economia stravolta, di porre nuovamente le condizioni per migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Il 1900 è storicamente caratterizzato, nella sua prima metà, da antagonismi politici, ideologici ed economici fra la nazioni di un'Europa che, agli albori del secolo, dominava il mondo. Ne occupava i territori, con colonie e protettorati; NE controllava Le fonti delle materie prime essenziali, i mercati di vendita, Le vie di collegamento, i commerci. [...] MILANESE, Enzo Moavero. *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2004.

²⁶¹ Le condizioni per un più intenso manifestarsi dei conflitti tra Stati nella materia considerata si verificano invece a partire dalla fine della seconda guerra mondiale: e cio malgrado il ravvicinamento verificatosi nel contenuto delle legislazioni sulla concorrenza vigenti nei vari paesi contenuto delle legislazioni sulla concorrenza vigenti nei vair paesi capitalistici, come conseguenza dell'entrata in vigore, in molti paesi europei, di nuove legislazioni sulla concorrenza largamente influenzate dal moello statunitense. A partir dal 1945 inizia infatti la fase storica in cui la forma sempre più prevalente e determinante di << internazionalizzazione>> dell'economia è costituita dalle esportazioi di << capitale >> a fini di investimento diretto all'estero e dall'attività delle imprese multinazionali. In tali, condizioni, è chiaro che la determinazione dell'ambito di apllicazione <<extraterritoriale>> di una legislazione idonea a perseguire indirizzi ob obiettivi fondamentali di politica econômica, quale quella riguardante la disciplina della << concorrenza >>, diventa um lemento centrale nella complessiva strategia econômica << Internazionale >> di uno Stato: si trata infatti di decidere se e in che limiti << accompagnare >> l'esportazione del capitale nazionale all'estero, sottoponendo alle regole sulla concorrenza nazionali la disciplina delle forme, o almeno di alcune forme essenziali, degli stessi processi produttivi che Esso ponga in essere nell'ambito di Stati stranieri. PICONE, Paolo; SACERDOTI, Giorgio. *Diritto internazionale dell'economia*. Raccolta sistemática dei principio atti normativi internazionali ed interni com testi introduttivi e note. Milano: Franco Angeli Editore, 1982, p. 869.

para o presente estudo a atual configuração que se deu após ser firmado Tratado da União Europeia, publicado no Jornal Oficial no dia 29 de julho de 1992,²⁶³ tendo como um de seus objetivos a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma União Econômica e Monetária [...].²⁶⁴

Para Milanese, essa união compreende estabelecer uma economia de mercado, garantindo a liberdade de concorrência que “não por acaso constam dos artigos 98 e 105 do Tratado”.²⁶⁵ Há, então, de forma efetiva, um entrelaçamento entre os conceitos de mercado e liberdade de concorrência. E a definição mais simples de mercado para o autor, no “hodierno mundo da atividade empreendedora e profissional, voltada a produção, comercialização e fornecimento de bens e serviços [...]” é onde se manifesta o encontro da “demanda e a oferta de bens e serviços”. Nesse espaço desenvolve-se a atividade econômica, a qual, possibilitando a liberdade de escolha por parte dos sujeitos ou *protagonistas*, configura a liberdade de mercado, elemento fundamental no moderno sistema econômico,²⁶⁶ que compreende a liberdade de iniciativa privada, como um dos requisitos para manter-se o equilíbrio nesse ambiente. Segundo Abriani Cottino Ricolfi, a livre iniciativa é de fundamental importância dentro de uma economia de mercado e de um sistema jurídico e tem suas bases na economia clássica, permitindo uma perfeita combinação de oferta, ao garantir no mercado a presença de um número “suficientemente grande de operadores”, os quais, de acordo com seus desempenhos, serão premiados ou expulsos desse cenário competitivo, a menos que se utilizem de algum artifício como o monopólio ou cartel, quando, então,

²⁶² KORAH, Valentine; PAVESIO, Carlo; VALGIURATA, Lucio Zanon di. Il diritto della concorrenza nella cee. Milano: Edizioni del solo 24 ore, 1984, p. 9.

²⁶³ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm#founding>>. Acesso em: 7 de mar. 2010, 18:53h.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>. Acesso em: 7 mar. 2010, 18:53h.

²⁶⁵ MILANESE, 2004, p. 20.

²⁶⁶ Noção de mercado: Nell’odierno mondo delle attività imprenditoriali e professionali, volte alla produzione, alla commercializzazione e alla fornitura di beni e servizi di ogni genere e valore, si parla di <<mercato>> - volendolo definire nei termini più semplici possibili – in relazione a un qualsiasi ambito in seno al quale si manifesta l’incontro fra la *domanda* e l’offerta di detti beni e servizi. È questo incontro che consente gli scambi, permettendo di individuare il *prezzo* che gli acquirenti sono disposti a pagare e correlativamente, i venditori a ricevere. Quando tutto ciò avviene nel pieno rispetto dell’autonomo discernimento di ciascun protagonista, allora si può dire di trovarsi in un sistema di *libero mercato*, di libero scambio. Questo costituisce una delle possibili configurazioni di un moderno sistema economico. MILANESE, 2004, p. 5-5.

estarão exercendo poder de mercado,²⁶⁷ o que, por assim dizer, é contra as leis “naturais”.

Quando se parte para a aplicação das leis antitruste dentro da União Europeia, a regra principal, que são os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Europeia, considera fundamental a definição de mercado, a fim de estabelecer os limites da competição entres os agentes, bem como os efeitos dentro do ambiente competitivo. Afinal, é dentro desse ambiente perfeitamente identificado que irá se analisar se algum competidor está comportando-se de forma a exercer “pressão” ou restrição em relação aos outros.²⁶⁸

Segundo Fox, a forma utilizada mundialmente para analisar o comportamento dos competidores segue “mais ou menos” o padrão estabelecido por esses dois modelos, o norte-americano e o europeu.²⁶⁹ O objeto da proteção não são os competidores, mas a competição “ligada à proteção da estrutura dos mercados competitivos”.²⁷⁰ Os mercados seguem a tradicional divisão em mercado relevante de produto e mercado relevante geográfico. Compreende como ponto inicial para a definição do primeiro, segundo van Bael e Bellis, a possibilidade de substituição

²⁶⁷ La libertà dell’iniziativa economica privata è uno dei cardini delle economie di mercato e dei sistemi giuridici che ad esse si ispirano. La ragion d’essere della sua tutela consiste nella convinzione che il meccanismo concorrenziale, inteso come congegno basato su di un numero indefinito di scelte economiche decentralizzate, dia un contributo essenziale all’allocazione efficiente delle risorse. Gli economisti classici, da Adamo Smith in poi, avevano fatto riferimento all’«mano invisibile» del mercato che trasforma le decisioni egoistiche dei singoli operatori economici nella massimizzazione della ricchezza delle nazioni. [...] Resta però la convinzione, alimentata da conforme teoriche ed empiriche continue ed indiscusse, che il meccanismo concorrenziale può produrre i suoi frutti quando sia presente sul mercato un número sufficientemente grande di operatori e questi siano in competizione fra di loro: allora gli operatori efficienti possono essere premiati, quelli inefficienti espulsi dal mercato e gli utilizzatori possono fruire di libertà nelle loro scelte e di una combinazione ottimale fra quantità offerta e prezzo praticato. In questo quadro, l’impresa in posizione monopolistica e le imprese che partecipano ad un cartello, spartendosi gli affari per percepire una rendita eccedente il profitto competitivo, sono poteri privati privi di legittimazione. Queste imprese hanno un potere di mercato. ABRIANI, Niccolò; COTTINO, Gastone; RICOLFI, Marco. *Trattato di Diritto Commerciale*. PADOVA: CEDAM, 2001, p. 522.

²⁶⁸ Market definition plays a fundamental role in competition analysis under EC Law, whether under Article 81, Article 82 or the Merger Regulation. Market definition is a basic tool to identify and define the boundaries of competition between firms and to analyse the practical effects of their behaviour on the competitive environment. The primary objective of defining a market is to identify the market power of the business under investigation by identifying actual competitors of that business that are capable of constraining its behaviour and of preventing it from behaving independently of effective competitive pressures. VAN BAELE & BELLIS, p. 133.

²⁶⁹ Section 2 of the Sherman Act provides that no person may “monopolize, attempt to monopolize, or conspire to monopolize.” Article 82 of Treaty of Rome establishing the European Economic Communities provides: “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position shall be prohibited as incompatible with the Common Market...” These two provisions are more or less the models for the world of Law to control the behavior of dominant firms. [...] FOX, 2004, p. 178.

²⁷⁰ Indeed, as the new Millennium, U.S. antitrust has a favorite epithet: Antitrust Law protects competition, not competitors; it is not a prescription against unfairness. [...] we begin with the flagship case of monopoly Law – Alcoa; a case that the government should protect competition (and economic democracy) through protection of the competitive structure of markets. FOX, 2004, p. 179.

entre os produtos por parte do consumidor,²⁷¹ enquanto o segundo diz respeito à área onde as partes interessadas na “oferta e procura” de produtos e serviços podem desenvolver suas atividades em condições de competitividade homogênea.²⁷² Esse espaço, tratando-se da União Europeia, foi geograficamente limitado entre os Estados Membros, podendo, entretanto, ser afetado pelos efeitos anticompetitivos, exemplificam os autores, de uma empresa incorporada fora do Mercado Comum que possa vir a exercer conduta abusiva ou estar em posição dominante em seu interior,²⁷³ conforme será analisado a seguir.

2.5 A globalização dos mercados e a teoria dos efeitos

A possibilidade de aplicar-se as normas antitrustes em atos de concentração praticados além das fronteiras territoriais de um Estado tem como ponto de partida a decisão proferida pelas autoridades norte-americanas que, ao julgarem o já citado “*ALCOA CASE*”, deram origem ao que é hoje conhecido por Teoria dos efeitos ou “The effects doctrine”.²⁷⁴ Essa mesma teoria foi adotada pela União Europeia que, segundo Dal Ri Júnior, “a partir de 1969 [...] iniciou a operação

²⁷¹ According to the Notice on Market Definition, ‘[t]he relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by consumer, by reason of the products’ characteristics, their prices and their intended use’. The Notice on Market Definition treats so-called ‘demand-side substitutability’ (i.e., the degree of substitutability between products from a customer’s perspective) as the starting point for the definition of relevant product markets. VAN BAEL & BELLIS, p. 135.

²⁷² The relevant geographic market comprises the área in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring áreas because the conditions of competition are appreciably different in those áreas.

It follows that defining the relevant geographic market involves identifying the área where the objective conditions of competition applying to the product in question are similar for all traders, though not necessarily perfectly homogenous. VAN BAEL & BELLIS, p. 141.

²⁷³ Article 81 and 82 both contain a geographic limitation in that ‘trade between Member States’ must be affected and that, in the case of Article 81, the anticompetitive effect or the agreement or practice must occur ‘within the common market’ or, in the case of Article 82, the dominant position must exist ‘within the common market or within a substantial part thereof’. However, restrictions on competition and abusive conduct that affect trade between Member States may originate outside EU may, for instance, fix prices or divide the markets inside the EU between them. Furthermore, a company incorporated outside the EU may have a dominant position in the common market, or a substantial part thereof, and engage in abusive conduct that violates Article 82. VAN BAEL & BELLIS, p. 150.

²⁷⁴ The extent of the extraterritorial reach of US antitrust Law has been dealt with on many occasions by US antitrust authorities. Anti-competitive conduct that affects US domestic or foreign commerce may violate US antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the party concerned. In fact, the US courts were the original pioneers of the development of the effects doctrine. In *United States v. Aluminium Co of America (Alcoa)* Judge Learned Hand said ‘it is settled Law [...] that any State may impose liabilities, even upon persons not within its borders which the State reprehends; and these liabilities other States will normally recognize. VAN BAEL, Ivo & BELLIS, Jean-François. *Competition Law of the European Community*. fourth edition. Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 152.

destinada a delinear a sua política fundamentada na extraterritorialidade das normas comunitárias da tutela da concorrência”.²⁷⁵

A referida política de aplicação das normas anticompetitivas ganhou dimensão internacional a partir “do crescimento da interdependência das economias e da globalização dos mercados”, explicam van Bael e Bellis (2005), à medida que os efeitos das práticas ocorridas num Estado, passa a produzir efeitos em outros, o que sofreu um incremento considerável com a liberalização e incentivo do comércio internacional pelos países ao redor do mundo e foi favorecido pelos avanços tecnológicos que favorecem a realização de negócio em escala global, fato que merece grande atenção e cooperação das autoridades no sentido de preservar-se a concorrência.²⁷⁶ Contudo, a prudência sugere, advertem os autores, que sejam firmados convênios entre os Estados para uma melhor e menos conflituosa aplicação das regras antitruste.

No mesmo sentido, Dal Ri Júnior adverte sobre a necessidade de elementos de convergência na aplicação do direito antitruste em ambos os lados do Atlântico, a fim de manter estáveis as relações entre Estados Unidos e União Europeia. O autor adverte para o fato de que “o processo de formação de ambos os sistemas são muito diferentes entre si”, principalmente no caso americano, em que a Escola de Chicago é acusada de “utilizar a técnica como elemento ideológico,

²⁷⁵ “Em 1969, a Comissão iniciou a operação destinada a delinear a sua política fundamentada sobre extraterritorialidade das normas comunitárias de tutela da concorrência. Para isto, baseou-se em uma variante da “teoria dos efeitos”, até então desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais americanos. Tal teoria salienta a importância do critério do efeito sobre o comércio entre os Estados-Membros como principal fator para a caracterização de uma conduta restritiva da concorrência. Esta nova perspectiva vem lançada com a emanção da decisão relativa ao caso *Matières colorantes*. Em tal documento, a Comissão afirmou que o direito comunitário da concorrência aplica-se “[...] a todas as empresas participantes de práticas concordadas, sejam essas estabelecidas no interior do mercado comum ou fora deste; que, conforme o artigo 85, parágrafo 1(...) as regras de concorrência do tratado se aplicam a todas as restrições da concorrência produtoras no interior do mercado comum dos efeitos citados pelo artigo 85, parágrafo 1 [...] que não existe este modo motivo para examinar se as empresas responsáveis pelas citadas restrições da concorrência possuem a própria sede no interior ou fora da Comunidade.” DAL RI JÚNIOR, Arno. *A Extraterritorialidade das Normas “Antitrust” da Comunidade Europeia*. DEL’OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). *Curso de direito internacional contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 85-86.

²⁷⁶ The international dimension of the Community’s competition Law and policy is of increasing importance. Due to the growing interdependence of economies and the globalization of markets, the economic effects of anti-competitive behaviour in one country will often have repercussions in other countries. Technological advances and the progressive liberalization in countries of trade and sectors previously closed off from market forces have accentuated this. Companies are taking advantage of the new openness of markets and are increasingly competing on a worldwide scale. At the same time, the interdependence, globalization and liberalization of markets have increased the importance of international cooperation between competition Law enforcement authorities, in an effort to deal with the problems that the global dimensions of competition Law are creating. This international cooperation has aspects. [...]

reduzindo o papel fundamental da concorrência como bem comum da democracia americana”.²⁷⁷. Essa diferença de sistemas, segundo PICONE,²⁷⁸ é resultado das diferentes estruturas, o mesmo ocorrendo com o sistema brasileiro, conforme vimos anteriormente, onde o direito antitruste é aplicado por autoridades administrativas.

Ao analisar os três sistemas, qual seja o brasileiro, o norte-americano e o europeu, encontra-se no primeiro um sistema que partiu de uma colônia elitista para uma democracia elitista e conservadora e nos outros dois uma cultura nascida da busca de ideais que melhorassem a vida dos cidadãos. Em razão disso, então, a preocupação com a liberdade de concorrência como fator de aplicação humanista que possibilite o desenvolvimento dos cidadãos por intermédio da igualdade de oportunidades.

The extraterritorial application requires competition authorities from different countries to cooperate with one another. This can take the form of bilateral agreements [...] or multilateral agreements. VAN BAEL E BELLIS, p.150.

²⁷⁷ Se até o presente momento os conflitos de jurisdição entre a CE e os EUA não se exasperaram, não se pode esperar que tudo continue sempre deste modo. Existe um crescimento substancial no número de operações comerciais entre a CE e os EUA, e todas estas operações – segundo a teoria dos efeitos, utilizada para ambos os sistemas jurídicos -, podem ser investigadas e julgadas nos dois lados do Oceano. Seria possível pensar em uma fácil resolução do problema se tais sistemas tivessem consistentes elementos de convergência, coisa que concretamente não possuem.

Na realidade, o processo de formação de ambos os sistemas são muito diferentes entre si. É possível fazer a mesma afirmação sobre as regras substanciais e a estrutura dos órgãos que as aplicam. São formas muito diferentes de conceber e de colocar em prática as normas de tutela da livre concorrência. Nesta perspectiva, a menos que continue a existir uma imensa boa vontade um para com o outro, seria muito difícil que o sistema comunitário de tutela da concorrência aceitasse alguns conceitos tidos como sacrossantos pelo direito antitruste americano. Fenômeno análogo acontece no outro lado do oceano.

O discurso da eficiência econômica como referência para as normas antitrust – utilizado pela Escola de Chicago e amplamente adotado pelo governo americano -, vem constantemente acusado de utilizar a técnica como instrumento ideológico, reduzindo o papel fundamental da concorrência como bem comum da democracia de mercado. Os primeiros a denunciarem tal uso instrumentalizado da concorrência foram os acadêmicos da Escola de Harvard, fundamentados no princípio da ética econômica eu tem caracterizados os seus próprios estudos. DAL RI JÚNIOR, p. 102-103.

²⁷⁸ Contrariamente a quanto si verifica com la legislazione << antitrust >> statunitense, Le legislazioni europee, e soprattutto quella tedesca, per motivi legati alle differenti strutture e caratteristiche dei mercati de alla diversità degli stessi modelli emergenti di politica econômica, non si propongono, già nel momento della loro prima formulazione, agli inizi degli anni venti di ostacolare anche solo in principio tali processi, ma di <<riconoscerli>> e <<disciplinarli>> sul piano giuridico. Esse poi addirittura evolvono, in um secondo momento, dopo la crisi del 1929, con l'avvento de nazionalsocialismo in Germânia ed il consolidarsi del regime fascista n Itália, verso forme di << cartelizzazione obbligatoria >> dell'economia. PICONE. 866-7.

3 O CADE E A APLICAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

No presente capítulo, analisaremos as decisões do CADE a respeito dos atos de concentração e a posição do conselho em relação à extraterritorialidade e o que considera mercado relevante. Para isso, há de levar-se em consideração a previsão da Lei n.º 8.884/94, especialmente no artigo 54, que dispõe sobre a obrigatoriedade de submeter-se à apreciação do CADE os atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, bem como na forma do § 3.º os que visem à concentração econômica, ali considerados, que resultem em vinte por cento de um mercado relevante, ou no qual “qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.²⁷⁹

Para entender-se a possibilidade de aplicação sistêmica e ampliada do que se denomina “Teoria dos Efeitos”, é necessário aplicar-se o método desenvolvido por Descartes e retratado no capítulo II, no sentido de se “dissecar” o artigo da lei, a fim de se conduzir o leitor ao entendimento dos requisitos elencados pela legislação brasileira. O Brasil “importou” essa teoria e a inseriu no artigo 2.º da lei antitruste,²⁸⁰ que se considera aplicável aos atos praticados no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam seus efeitos. A interpretação literal do artigo já é suficiente para dar-nos o entendimento de que os efeitos dos atos

²⁷⁹ 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 forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000, DOU 22.12.2000).

²⁸⁰ Da Territorialidade

Art. 2.º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

praticados fora do território nacional se submetem à apreciação e devem ser analisados pelo SBDC. Assim, não há mistério algum a ser esclarecido, tampouco a necessidade de se fazer exercício interpretativo a fim de se poder cumprir os objetivos do presente trabalho.

Percebe-se que o legislador preferiu restringir o conceito ao utilizar a palavra “atos” no dispositivo legal, ao invés de simplesmente utilizar a expressão “operações societárias”, onde, segundo Ramos, “as sociedades se relacionam entre si, transformando-se, fundindo-se, incorporando [...] ou transferindo parcela de seu patrimônio a outras”.²⁸¹ Dentre as operações, a forma ampla utilizada pelo *caput* do artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, é mais bem interpretada no § 3.º, como 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 forma de agrupamento societário”.

A conceituação utilizada para referidas espécies da qual a operação societária é gênero, foi prevista inicialmente na Lei n.º 6.404/76, que “dispõe sobre as Sociedades por Ações”, como sendo: a) incorporação [art. 227], onde “uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”; b) fusão [art. 228] quando “se unem duas ou mais sociedades para formar nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”. Posteriormente o código civil de 2002 passou, também, a tratar do assunto em seu capítulo X,²⁸²

²⁸¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 475.

²⁸² CAPÍTULO X

DA TRANSFORMAÇÃO, DA INCORPORAÇÃO, DA FUSÃO E DA CISÃO DAS SOCIEDADES

Art. 1113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Art. 1114. A transformação depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, caso em que o dissidente poderá retirar-se da sociedade, aplicando-se, no silêncio do estatuto ou do contrato social, o disposto no art. 1.031.

Art. 1115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Parágrafo único. A falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, se o pedirem os titulares de créditos anteriores à transformação, e somente a estes beneficiará.

Art. 1116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.

§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada.

apresentando uma conceituação diferenciada do que trata a LSA, onde a fusão “determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

O escopo do legislador foi submeter à apreciação do CADE os atos celebrados entre os protagonistas das operações, sempre que delas resultar a possibilidade de prejudicar a livre concorrência ou a dominação de mercado relevante de bens e serviços.

Conforme abordado no capítulo I, esses atos estão sujeitos a arquivamento obrigatório no Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) e na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Esses órgãos, por sua vez, na medida de suas atribuições [internamente], possuem um procedimento a ser obedecido para que referidos atos tenham validade. No que diz respeito ao DNRC, há que ser observado o disposto na Instrução Normativa DNRC n.º 88, de 2 de agosto de 2001, que dispõe sobre “o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis”. E em relação à CVM, o artigo 17 da Instrução Normativa CVM n.º 319, de 3 de dezembro de 1999, considera infração grave “a violação das obrigações e o descumprimento dos prazos previstos [nesta Instrução], e a prática de atos com exercício abusivo do poder de controle”. Seguindo a inteligência do Código Civil de 2002, em seu artigo 166, o negócio jurídico é nulo quando: “(IV) não revestir a forma prescrita em lei; (VII) a lei

Art. 1118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Art. 1119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Art. 1120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se.

§ 1º Em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

§ 3º É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte.

Art. 1121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.

Art. 1122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

§ 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada.

§ 2º Sendo ilícida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

§ 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.²⁸³ Há, portanto, a celebração de um negócio jurídico, em que o ato que não cumprir as formalidades legais, cuja validade depende do crivo do Conselho, pode ter cancelado o seu arquivamento, não revestindo, assim, o negócio jurídico a forma que a lei prescreve, ou declarada a sua proibição, inclusive com imposição de sanção.

A lei traz duas hipóteses obrigatórias de submissão ao Conselho: a) que implique a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante; b) [ou] em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Depreende-se com a presença da partícula alternativa [ou] que as hipóteses não são cumulativas, ao contrário do disposto no § 2.º, o que requer muita atenção na interpretação do artigo, a fim de se fazer uma correta aplicação, tamanhas as possibilidades de construção hermenêutica. Afinal, não distoando da tradição nacional, a legislação antitruste é fruto de uma adaptação de outras legislações, tendo como principal influência os Estados Unidos e, por consequência, com forte influência das teorias defendidas pela Escola de Chicago, principalmente no inciso I do § 1.º do artigo 54, da Lei n.º 8.884/94. Esse fato, somado à possibilidade de aplicar-se aquilo que no Brasil se conhece como regra da razão,²⁸⁴ onde “cada caso é um caso”, cria, em vez de “válvulas de escapes”, verdadeiras escotilhas que permitem uma construção hermenêutica que possibilita a aprovação de qualquer operação desde que possuam “teses jurídicas” bem defendidas. Daí porque a importância de se ter uma correta definição de mercado relevante. Afinal, é assim que funciona na União Europeia, conforme leciona Ridyard, ao questionar logo no início de sua obra sobre o porquê da importância de definir-se o mercado relevante [Why is Market definition important?]. A resposta a essa pergunta é por ele mesmo apresentada após expor a discordância

²⁸³ O Código Civil de 2002, no capítulo V, ao tratar da Invalidez do Negócio Jurídico, assim dispõe:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

²⁸⁴ Ver no Capítulo II o tópico sobre a *reason rule* e sua co-relação com o princípio da razoabilidade.

existente entre a Corte e a Comissão Europeia, em que esta considerou que a análise do mercado relevante pode ser feita de forma superficial.²⁸⁵ Na conclusão do autor, o Mercado Relevante é um “degrau necessário” para proceder-se à análise de qualquer operação. Não que com isso se queira apresentar uma esgotabilidade ao sentido. Pelo contrário, ao falar-se em hermenêutica, não se pode cogitar-se em esgotar o sentido, tendo em vista que a “inesgotabilidade do sentido constitui-se no fundamento filosófico da Hermeneutica, porquanto, se houvesse unicidade de “sentido”, nem mesmo sentido haveria”.²⁸⁶ O que não pode ocorrer é uma distorção total do sentido, tal como retratado por Rubem Alves, em sua obra *Filosofia da Ciência*. O autor retrata um diálogo entre Alice [no País da Maravilhas] e o boneco Humpty-Dumpty a respeito da interpretação e seu significado, levantando a questão sobre ser ou não possível “fazer com que as palavras signifiquem tantas coisas diferentes”.²⁸⁷ A falta de critérios claros, pré-estabelecidos, conduz à possibilidade de diversas interpretações, contrárias e equivocadas. Daí porque a necessidade de ter-se claramente definido o Mercado Relevante, principalmente, para o objetivo do presente ensaio: o Mercado Relevante Geográfico.

O direito antitruste norte-americano, segundo Fox, traz três casos que servem de paradigma para a definição de mercado relevante: a) o Cellofane Case; b) O Eastman Kodak Company; c) US *versus* MICROSOFT CORPORATION.²⁸⁸ Todos eles, entretanto, dizem respeito ao Mercado Relevante de produto. No Caso da Du Pont a questão diz respeito basicamente a existir ou não substituto para o Cellofane. Já no que diz respeito à Kodak, se existiu ou não concentração vertical que

²⁸⁵ No tópico A o autor questiona Why is Market definition important? The facile answer to this question is “because the Courts say so”. Successive ECJ judgments in Article 86 cases have asserted that it is necessary to define the relevant market before identifying a position of dominance. More recently, the Court of first instance has asserted a similar requirement in the context of Article 85 cases. In the Italian Flat Glass judgment, the CFI stated:

The Court cannot agree with the Commission’s view that an analysis of the market would have been superfluous. The Court considers, on the contrary that an appropriate definition of the market in question is a necessary precondition of any judgment concerning allegedly anti-competitive behaviour. Italian Flat Glasses, Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89, CFI Judgment of 10 March 1992. RIDYARD; Derek. WORKING PAPER NUMBER 5 JUNE 1995. DEFINING THE RELEVANT MARKET – A REVIEW OF CURRENT EC COMMISSION PRACTICE – BY DEREK RIDYARD – NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES. Acervo Camb. Univ. Lib L220.b.913.5. p. 1-2)

²⁸⁶ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 243.

²⁸⁷ Eu não sei o que você quer dizer com “glória”, disse Alice. Humpty Dumpty sorriu com desdém. É claro que não, até que eu lhe diga. Significa há um belo argumento decisivo para você”. Mas glória não significa um belo argumento decisivo”, objetou Alice. Quando EU uso uma palavra, disse Humpty Dumpty, num tom de deboche, “ela significa apenas aquilo que eu quero que ela signifique, nem mais, nem menos.” “A questão é”, disse Alice, “se você pode fazer com que as palavras signifiquem tantas coisas diferentes.” A questão é, disse Humpty Dumpty, “quem é o senhor – isso é tudo”.

²⁸⁸ FOX, Eleonora, p. 189-198.

prejudicasse a concorrência. O que mais se aproxima da discussão referente ao presente trabalho é o caso da Microsoft, no qual a autoridade antitruste dos Estados Unidos analisou, principalmente, se a companhia exercia poder de mercado no sentido de representar barreiras à entrada de novos competidores. Contudo, este não é o objetivo do presente ensaio, o qual faz a análise do Mercado Geográfico. É mais interessante ao estudo, dentro do objetivo de demonstrar a importância da definição do Mercado Relevante, considerar as decisões do órgão antitruste brasileiro; a forma de aplicação nos modelos paradigmas foi abordada no Capítulo II.

No Brasil, no polêmico caso envolvendo a Nestlé e a Garoto, o CADE, ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.001967/2002-89, de Relatoria do Conselheiro Thompson Almeida Andrade, trouxe à discussão a definição do Mercado Relevante, tendo sido muitas as variáveis apresentadas pelos órgãos que compõem o Sistema de Defesa da Concorrência (SBDC). O “Juízo de Admissibilidade” deu-se com fundamento no § 3.º do artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, pelo fato de que a Nestlé Brasil Ltda adquiriu a totalidade das quotas sociais da Chocolates Garoto Ltda.

O próprio Conselheiro Relator afirma no Relatório que “a SEAE não chegou a delimitar de forma precisa os mercados relevantes envolvidos na operação, exceto quanto aos mercados de cobertura de chocolates e chocolates em pó (incluindo cacau em pó)”. O embargão foi aumentado pela SDE ao subdividir em dez os mercados relevantes de produto. O CADE, contudo, optou por aceitar como Mercado Relevante de Produto aquele considerado no Voto condutor, qual seja, definir o Mercado Relevante de produto como: a) balas e confeitos sem chocolate; b) achocolatados; c) chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais. Isso demonstra a discrepância de entendimento dentro do SBDC, transmitindo grande insegurança ao mercado, pelo fato de não se ter um parâmetro para a definição não só de Mercado Relevante, como também dos demais itens elencados no artigo 54, possibilitando a existência de alto grau de discricionariedade às decisões do Conselho.

A dúvida a respeito do Mercado Relevante já seria suficiente, no caso em tela, para pleitear-se a nulidade da decisão do CADE, porém, no Voto, encontra-se ainda uma questão acerca de qual realidade ser considerada no Mercado Geográfico Nacional. Frise-se que o caso Colgate-Kolynos, responsável pelo

“ressurgimento” do CADE no cenário nacional, retratado no capítulo I, importou no reconhecimento do Mercado Relevante como sendo o nacional, mesmo que o ato principal de concentração tenha ocorrido em um leilão público na cidade de Nova York. Já no que diz respeito à dimensão, é visível, partiu-se dos princípios utilizados pela União Europeia.²⁸⁹

Da leitura do voto proferido pelo Conselheiro Relator, depreende-se que a lei antitruste brasileira é uma adaptação das teorias americanas e porque não dizer da Escola de Chicago que defende que o ato pode ser “aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências superar a perda trazida pelos aumentos de preços (custo social do monopólio)”.²⁹⁰ Temos que ser realistas e

²⁸⁹ O ato de concentração Kolynos-Colgate, examinado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômico - CADE em 19962, correspondeu à aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company, em processo privado de leilão realizado em Nova York, no qual a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP). Foi dos primeiros negócios mundiais que ultrapassaram a marca do bilhão de dólares e que se multiplicaram na segunda metade da década de 90. A transação correspondente ao Brasil ocorreu em 10 de janeiro de 1995, mediante aquisição do negócio de saúde bucal de Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., por sua vez subsidiária brasileira de American Home Products Corporation. O preço do negócio referente à parte brasileira foi de US\$ 760 milhões, o que representou cerca de 73% do valor da operação mundial. [...]

Com relação à dimensão geográfica do mercado relevante, partiu-se da abordagem adotada pela Comissão Européia, qual seja, “o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalentes em territórios vizinhos”. Adotou-se concepção análoga, de que o mercado geográfico relevante para a análise antitruste - a outra face do conceito de mercado relevante - é aquele onde os fluxos comerciais e a estrutura da oferta e da demanda apresentam características de tal homogeneidade que os distinguem de fluxos comerciais externos. Não se considerou necessário distinguir as condições de competição externas e internas aos mercados geográficos. Muitos mercados domésticos podem não apresentar fortes laços comerciais entre si nem regulamentações de oferta e distribuição análogas e, não obstante, podem apresentar estruturas concorrenciais muito similares, posto que muitas vezes são as mesmas empresas globais que compõem, e mesmo dominam, as respectivas estruturas produtivas. A presença de tal identidade na estrutura produtiva não deve, contudo, iludir a análise como um indício de mercado “global” ou “regional”.

Dado o fato que todas as empresas instaladas no País distribuem seus produtos a nível nacional e que a abertura comercial não gerou ainda um volume de importações substancial, o mercado geográfico relevante foi definido nos quatro casos em questão - creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal - como o mercado nacional de cada uma dessas linhas. A definição do âmbito nacional para o mercado relevante implica a substituíbilidade limitada por produtos importados, mas não exclui uma ameaça para as empresas estabelecidas de um eventual aumento nas importações.

²⁹⁰ O modelo proposto por Oliver Williamson viabiliza a análise dos efeitos líquidos de um Ato ou conduta através do exame dos *trade off* entre ganhos de eficiência alocativas (decorrentes de redução de custo e melhor aplicação de recursos) e os efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado (reduções das quantidades ofertadas e elevação de preços). Segundo este modelo, um Ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (custo social do monopólio). Já o modelo *price standart*, proposto por Fisher e Land, busca garantir que a operação não reduza o bem estar do consumidor, o que implica estabelecer como condição para a aprovação dos Atos que estes gerem uma redução dos custos variáveis de produção de tal dimensão que o preço fixado após a operação, não seja praticado antes da operação.

A principal diferença entre os dois modelos é o de que o modelo de Williamson desconsidera os efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um Ato ou conduta, bastando que o excedente total seja maior do que o dano concorrencial acarretado. De outro modo, o modelo de Fisher (*price standart*) garante que pelo menos o excedente do consumidor não será reduzido, dado que pressupõe

considerar que uma sociedade empresária com ótima saúde financeira e ampla possibilidade de expansão de mercado não tem motivo algum para desfazer-se da sua empresa [atividade econômica]. É balela querer acreditar que as fusões serão realizadas tão somente para trazer um benefício ao consumidor ou contrabalaçar o custo social do monopólio, a não ser que o mundo, como observa Fonseca, fosse habitado somente por seres humanos com a índole de “São Francisco de Assis, Madre Tereza de Calcutá e Mahatma Gandhi”.²⁹¹

E isso somente poderia ocorrer no mundo retratado por Mandeville em sua “fábula das abelhas”, ou na Ilha imaginada por Thomas Morus: Utopia. O custo social pode ser afastado em uma fusão, com a possibilidade de se “oxigenar” as finanças da sociedade empresária, uma vez que a adquirente assumirá, salvo as fórmulas mágicas empregadas, as obrigações da adquirida, o que impedindo a quebra é uma forma de garantia do pleno emprego. Isso desde que haja possibilidade de expansão de mercado, porque a redução alocativa, com fechamento de plantas industriais, além de reduzir custos, traz dano social: o desemprego. Aliás, essa talvez fosse a melhor solução no caso Nestlé/Garoto: manter a fusão e impedir que o novo grupo promovesse a desativação de suas plantas industriais, diminuindo ou evitando o impacto social.

Contudo, a legislação brasileira trata o mercado relevante de forma superficial, dando mais importância para as condições alternativas, do que propriamente procura estabelecer um regramento acerca do que pode ou não ocorrer dentro de um mercado que o Estado considera relevante para promover o equilíbrio econômico do País. Essa missão, por sua vez, incumbe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, à qual a lei faculta autorizar os atos “desde

uma redução de custos na magnitude necessária para que, no processo de fixação de preços (maximização de lucros), estes sejam situados em patamares não situados antes do ato.

Como visto, a lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais de outro. A lei, portanto, obriga que seja levado em consideração na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Nesse sentido, o modelo price standart se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumento de preços.

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821369.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2010. p. 50-51.

²⁹¹ O núcleo lógico do paradoxo mandevilliano consiste numa *reductio ad absurdum* da posição adotada pelos moralistas clássicos. Imagine que algum dia, por verdadeiro milagre, a humanidade não só se disponha a ouvir com a devida atenção a pregação destes moralistas, mas passe também a agir de acordo com ela. Como seria viver numa comunidade inteiramente povoada por gente como São Francisco de Assis, Madre Tereza de Calcutá e Mahatma Gandhi? [...] FONSECA, Eduardo Gianetti. A fábula das Abelhas Vícios

que [...]: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”. E, ainda, comprovem haver benefícios equitativos para os consumidores e participantes, bem como não impliquem eliminação da concorrência de parte de mercado substancial de mercado relevante de bens e serviços, devendo ser observados estritamente os limites necessários para atingir os objetivos sociais visados. Segundo a regra do § 2.º, os atos podem ser considerados legítimos se atendidas ao menos três das condições previstas nos incisos do § 1.º, quando necessários “por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

Com base nessas diretrizes é que o Conselho deve analisar os atos submetidos à sua apreciação, ponderando entre os elementos apresentados e, no que diz respeito ao objeto do presente ensaio, definindo a abrangência dos seus efeitos, sendo a partir de agora analisada qual a noção de Mercado Relevante utilizada.

3.1 As Decisões do CADE e a “Teoria dos Efeitos”

Em relação a essa abrangência, é preciso estudar se tem sido apreciada pelo CADE em suas decisões, motivo pelo qual se passará à análise dos julgados, a fim de verificar qual o entendimento do Conselho a respeito dos atos cujos efeitos transcendem a barreira dos Estados.

Ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.003024/2000-00,²⁹² que tratou da “operação de fusão entre” as atividades da Daimlerchrysler AG

privados, benefícios públicos? Publicado na Braudel Papers – Documento do Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial – n.º 4, p. 4, oct/nov., 1993.

²⁹² **ATO DE CONCENTRAÇÃO** n.º 08012.003024/2000-00

REQUERENTES: Daimlerchrysler AG, Lagardere S.C.A e Sociedad Estatal de Participações Industriales

ADVOGADOS: João Geraldo Piquet Carneiro, Osmar Velloso Tognolo e outros

CONSELHEIRO-RELATOR: Celso Fernandes Campilongo

Relatório

Tratam os autos da operação de fusão entre as atividades da Daimlerchrysler AG (“Daimlerchrysler”) da Lagardere S.C.A (“Lagardère”) e da Sociedad Estatal da Participaciones Industriales (sepi) nos setores aeronáutico, espacial e defesa. Por meio dessa operação, a Daimlerchrysler, a Lagardère e a SEPI verterão as suas subsidiárias “DASA”, “AM” e “CASA”, respectivamente, em uma nova companhia denominada de

(“Daimlerchrysler”) da Lagarde S. C. A (“Lagardère”) e da Sociedad Estatal da Participaciones Industriales (SEPI) nos setores aeronáutico, formando uma nova companhia, a European Aeronautics, Defense e Space Company (EADS), o Conselho entendeu que a “dimensão geográfica do mercado afetado pela presente operação é de âmbito internacional”. No caso em questão, foi aplicada uma multa pela apresentação tardia do ato de concentração para análise do Conselho, mesmo não tendo as empresas produção nacional dos produtos e tendo este concluído não haver riscos à concorrência. Fica evidente que o Conselho considerou os efeitos do ato formalizado pelas empresas além das fronteiras do Estado brasileiro, cujos efeitos produziram efeitos em território nacional, causando inclusive, como observa o Conselheiro Relator, perigo de lesão à livre concorrência, nos termos do artigo 27, inciso V, da Lei n.º 8.884/94.

A operação envolvendo a Luxottica e a Bausch&Lomb incorporated (B&L), foi analisada pelo Conselho no Ato de Concentração n.º 08012.004187/99-42,²⁹³

European Aeronautics, Defense & Space Copany- EADS (Companhia Européia Aeronáutica, de Defesa e Espacial).

[...]

1.MERCADO RELEVANTE

O mercado relevante, na dimensão do produto, consiste nas seguintes áreas: (i) aeronaves especiais, (ii) aeronaves militares, (iii) helicópteros, (iv) sistemas espaciais, (v) eletrônicos de defesa, (vi) sistemas civis de teste, (vii) equipamento de telecomunicação, (viii) mísseis teleguiados e (ix) veículos não tripulados, dado tratarem-se dos segmentos em que existe sobreposição da oferta pelas Requerentes, conforme a definição adotada pela SEAE e seguida pela SDE, com a qual concordo.

[...]

1.2 Geográfico

Entendo que a dimensão geográfica do mercado afetado pela presente operação é de âmbito internacional. Verifica-se que as condições de competição são aquelas ditadas pelo mercado internacional, pois as compras são feitas em escala, geralmente, global.

Ademais, deve-se ter em consideração que os clientes dos produtos acima elencados são empresas de grande porte, além do que existem outros fabricantes e fornecedores no mercado mundial. Vale ressaltar que a produção nacional existente em determinados mercados, todavia, não é suficiente para suprir a demanda nacional. Portanto, o mercado deve ser considerado como maior do que a abrangência do território nacional. Assim, defino o mercado geográfico como sendo o mundial.

[...]

4. CONCLUSÃO

Então, no tocante às empresas em tela, há sobreposição de produtos, principalmente em âmbito internacional, haja vista que não existe produção nacional dos mesmos.

Portanto, em consonância com os órgãos pareceristas e com a Procuradoria do CADE, entendo que a concentração horizontal verificada é incapaz de gerar danos à concorrência, bem como a integração vertical verificada em alguns mercados não caracteriza poder de mercado, sendo, assim, insuficiente para gerar riscos à concorrência ou afronta ao disposto no artigo 5 da Lei 8.884/94.

Isto posto, conheço da operação para aprová-la integralmente, sem restrições. Não obstante aplico a multa por intempestividade, arbitrada em R\$ 17.692,00, pelo fato da operação não acarretar danos à concorrência, devido à ausência de má-fé, mas considerando, igualmente, o mero perigo de lesão à livre concorrência (art. 27, V), decorrente do lapso temporal de apresentação serôdia do ato e a situação econômica das Requerentes (art. 27, VII). [...]

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 9 nov. 2009, 10:35h.

²⁹³ 03.Ato de concentração n° 08012.004187/99-42

Requerentes: Luxottica Group S.p.A e Bausch & Lomb Incorporated

tendo como base a apresentação, por parte da primeira sociedade, da transação realizada em 28 de abril de 1999, formalizada nos Estados Unidos da América.

Advogado: Syllas Tozzini, José Augusto Regazzini, Diogo Rosenthal, Countinho e outros

Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino

Relatório

Da Operação

A Luxottica Group S.p.A (Luxottica), com fulcro no art 54 da lei 8.884/94, de julho de 1994, e baseada no procedimento simplificado determinado pelo art 2 da resolução CADE nº5/98, vem submeter à apreciação do conselho a transação celebrada em 28 de abril de 1999 entre a Luxottica e Bausch & Lomb Incorporated (B&L).

Trata-se da aquisição, nos Estados Unidos da América, da divisão de óculos escuros de B&L por Luxottica, a ser efetivada pelas seguintes etapas:

Aquisição do capital votante de Killer Loop, S.p.A., uma subsidiária italiana da B&L;

Incorporação pela Killer Loop de outras sociedades que constituem a divisão de óculos escuros de B&L, bem como seus ativos.

O contrato foi celebrado em 28 de abril de 1999, envolvendo aproximadamente US\$ 640 milhões, sendo que a Luxottica vai assumir algumas obrigações de B&L relacionadas aos ativos e sociedades envolvidas equivalentes a, aproximadamente, US\$ 62 milhões. O fechamento da operação ocorreu em 25 de junho de 1999. A presente operação foi apresentada aos órgãos da concorrência brasileiros em 19 de maio de 1999.

As requerentes afirmam que a operação consistirá apenas na venda e ativos sem que haja, portanto, alteração da composição do capital social das empresas já existentes.

Como razões consideradas decisivas para a realização da presente operação, as Requerentes apontam a intenção da Luxottica de expandir-se no mercado ótico de óculos escuros, armações e outros produtos correlatos à indústria ótica, ampliando seu *portfolio* de marcas, gerando eficiências e sinergias tanto para a produção quanto para a distribuição mundial de óculos, incluindo *clip-on frames*. A Bausch & Lomb, por sua vez, alega pretender concentrar seus esforços em um novo *core business*: os mercados de lente de contato e de produtos cirurgicos e oftalmológicos.

[...]

3.2 Mercado Relevante Geográfico

A SEAE define o mercado geográfico afetado pela operação como sendo o mercado mundial de óculos escuros de alta qualidade, por entender que caso haja *“uma elevação de preços no produto, existe a possibilidade de os demandantes recorrerem ao mercado internacional (matriz e representantes no exterior), embora esta não seja uma prática rotineira”*.

4. Barreiras à Entrada

A SEAE alerta para o fato de apesar do significativo aumento do grau de participação das Requerentes isto não sinaliza a probabilidade de exercício de poder de mercado, haja vista a possibilidade de um incremento no nível das importações em quantidades e em prazos razoáveis, em resposta a um aumento dos preços domésticos. Destaca, ainda, que a alíquota de importação para óculos escuros é de 23%.

Ademais, a SEAE considera que as barreiras tecnológicas à entrada de novos competidores não são elevadas uma vez que o processo produtivo já é conhecido. Ressalta, no entanto, que a marca comercial é uma barreira a entrantes potenciais, por requerer investimentos iniciais elevados em propaganda, para divulgação e aceitação do produto. No mercado em questão, a SEAE considera que o *“preço não figura como fator preponderante na escolha do consumidor pois, para um determinado nível de renda, o consumidor se torna pouco sensível às variações nos preços, e norteia o seu padrão de escolha para a satisfação de suas exigências, por fatores outros como, por exemplo, a fidelidade às marcas estabelecidas, o que faz com que a demanda para este produto se torne elástica”*.

[...] VOTO [...]

Assim, adotando a metodologia que considera as quantidades vendidas, tem-se que a efetivação da operação resultará em uma concentração de 12,25% do mercado nacional, de acordo com os dados fornecidos pela Abiótica – Associação Brasileira de Produtos e Equipamentos Ópticos.

Dessa forma, considerando (i) o elevado número de importações, exercendo uma disciplina efetiva nos preços domésticos, (ii) as baixas barreiras à entrada de novos importadores, ou mesmo de produtores locais, uma vez que o processo produtivo é amplamente conhecido, (iii) a presença de fortes competidores internacionais e (iv) a existência de grandes produtores nacionais como a Optisol, entendo que a operação não possui aptidão para gerar efeitos anticoncorrenciais, não implicando em ampliação de poder de mercado.

Ante o exposto e por não vislumbrar a possibilidade de que o presente ato limite ou prejudique a concorrência ou resulte na dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94, deve o mesmo ser aprovado sem restrições. [...]

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 29 out. 2009, 10:30.

A leitura do Relatório torna compreensível como as operações realizadas no exterior podem refletir no mercado interno de um país, quando se verifica as etapas do negócio realizado: “(i) aquisição do capital votante da Killer Loop, S.p.A, uma subsidiária italiana da B&L; (iii) incorporação pela Killer Loop de outras sociedades que constituem a divisão de óculos escuros de B&L, bem como seus ativos”.

A interpretação dada pela SEAE, ao identificar o Mercado Relevante, foi considerar o “mercado mundial de óculos escuros de alta qualidade”, entendendo como tal a possibilidade de recorrer-se ao mercado internacional no caso de elevação no preço do produto. Contudo, o Relator entendeu “desnecessária a identificação precisa da área geográfica afetada pela presente operação uma vez que as Requerentes não ganhariam posição dominante” [fls. 505]. Há no Acórdão dois pontos a serem observados no que diz respeito ao poder de Mercado e ao Mercado Relevante, que é a impossibilidade de identificar-se a existência do primeiro, sem a correta definição do segundo. Não obstante, o CADE, como órgão administrativo brasileiro, deve considerar apenas a defesa da concorrência dentro do território nacional, alcançando a extraterritorialidade, tão somente os atos praticados no exterior, cujos efeitos se operam no Brasil.

A aplicação da “Teoria dos Efeitos” está presente, porque um negócio celebrado nos Estados Unidos importou na aquisição do capital votante de uma sociedade italiana, e ambas, adquirente e adquirida, exploram o mercado de óculos escuros de alta qualidade no Brasil. Os produtos comercializados nessas empresas representam as marcas mais significativas do mercado, tendo em vista que, como observa o próprio Conselheiro-Relator, é importante considerar “o fato de que as *griffes* agregam valor ao produto”, o que, segundo a SEAE, constitui barreiras à entrada de novos competidores no mercado. E quando se fala em *griffe*, adentra-se um mercado muito mais específico “o mercado da moda de luxo”, em que não existe poder de escolha, tendo em vista que há muito a moda é ditada ou arbitrada para o mercado, como bem observa Thomas em sua obra *De Luxe*.²⁹⁴ Esse mercado é

²⁹⁴ Ao comentar sobre a indústria do luxo, a autora afirma; “O mestre dessas criações era um jovem inglês chamado Charles Frederick Worth, conhecido de Louis Vuitton, que tinha uma loja e vestidos em Paris na rue de la Paix. Atualmente, Worth é conhecido como o pai da alta-costura. Em vez de produzir vestidos sob encomenda como seus colegas, Worth criava coleções sazonais que suas clientes podiam escolher. Foi um dos primeiros a organizar desfiles de moda a fim de apresentar sua coleções e o primeiro a colocar sua etiqueta nas roupas. Tornou-se o primeiro arbitro verdadeiro do estilo da moda de luxo: ditava o que seria

mundial e dominado por um número certo de marcas, capazes inclusive de escolher e definir pontos de venda, atribuindo serem ou não “de luxo”.²⁹⁵ Assim, há que se ter o cuidado de analisar, tratando-se da indústria da moda, não a concentração de várias *griffes* nas mãos de uma única indústria produtora de óculos de sol, pois não poderia ser considerado poder de mercado. Contudo, como não é objetivo do presente estudo realizar essa análise, mas tão somente identificar o mercado relevante e os efeitos das operações, prosseguiremos sem adentrar o mérito.

Bastante esclarecedora no tocante à análise das decisões do CADE e sua aplicação interna, em convergência com os demais mecanismos de defesa da concorrência ao redor do mundo, é encontrado no Ato de Concentração n.º 08012.001207/2000-82,²⁹⁶ em que são Requerentes: Enron Corp e MG, Plc., apesar

moda e o público seguia. “As mulheres se submeterão a qualquer coisa para serem vestidas por ele”, escreveu o historiador Hippolyte Taine na época. “Essa criatura árida, nervosa e nanica recebe-as com indiferença, esticada em um sofá, com um charuto entre os lábios. Ele resmunga, ‘Ande!Vire!Bom! Volte daqui uma semana e terei uma toalete apropriada para você!’ É ele, e não elas, quem escolhe. Elas ficam contentíssima em serem dominadas por ele – e, mesmo assim, precisam de referências.” THOMAS, Dana. De luxe: como o luxo perdeu o brilho. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21.

²⁹⁵ As marcas de luxo concentraram-se em ruas que antigamente eram repletas e comerciantes locais – a Bond Street em Londres, a Via Condotti em Roma, a Rodeo Drive e a Madison Avenue-, conseqüentemente mudando a paisagem e a economia locais, criando de certa maneira guetos de luxo. Em parte, a concentração tinha como intuito atrair os clientes mais facilmente: vinham ver a Dior e decidiam dar uma espiada na Prada e na Gucci também. Mas havia igualmente uma consideração de cunho financeiro. Grupos como LVMH, Gucci e Prada negociaram quarteirões de imóveis para as várias marcas. Se quisesse Louis Vuitton, teria Dior e Céline, Givenchy ou Loewe e oferecia um bom preço pelo lote. “Quando procuramos uma locação em um shopping [...] definimos qual shopping é o de luxo, pois este precisa de todas as nossas marcas”, disse Arnault.” Idem. p 218-219.

²⁹⁶ **Ato de Concentração °08012.01207/2000-82**

Requerentes: Enron Corp e MG, Plc

Advogados: José Augusto Regazzini, Diogo Rosenthal Coutinho, Camila Pimentel Porto e outros

Conselheiro-Relator: Celso Fernandes Campilongo

Relatório

Tratam os autos da intenção da ENRON de adquirir a totalidade das ações representativas do capital social da empresa Holding controlada do grupo MG.

As Requerentes indicam que a operação ainda não restou formalizada. Entretanto, destacam que a Enron lançou oferta pública, de teor não vinculativo, anunciando sua intenção, em 25 de maio de 2000. O valor da oferta foi de, aproximadamente, R\$ 822 milhões. O presente ato foi apresentado aos órgãos de defesa da concorrência em 12 de junho de 2000.

Adoto o Parecer da SEAE, em anexo, por conter todas as informações necessárias para a formação do juízo quanto ao impacto da operação sobre a concorrência. Alerto que somente os fatos apresentados nos referidos pareceres fazem parte do relatório.

[...]

VOTO

[...]

O Grupo Enron atua no mercado nacional de distribuição de gás natural e de energia elétrica. A MG, por sua vez, é uma das empresas líderes no setor de comercialização de metais, não possuindo subsidiárias com atuação no Brasil. Sua atuação dá-se por meio da exportação para comercialização de cobre e níquel para o Brasil, utilizando-se, para tanto, de um agente intermediário.

Considerando o mercado de atuação de cada empresa, verifica-se inexistência de concentração horizontal. Assim, defino como mercado relevante os setores de atuação da MG (empresa adquirida) no mercado nacional, ou seja, comercialização de cobre e níquel. A operação retrata o ingresso do Grupo Enron no mercado mundial de comercialização de metais não ferrosos.

do voto proferido pelo Conselheiro Celso Fernandes Campilongo definir “como mercado relevante os setores de atuação da MG (empresa adquirida) no mercado nacional, ou seja, comercialização de cobre e níquel,” colhe-se do Parecer da Secretária de Acompanhamento Econômico que a própria empresa requerente admite [de forma tácita] a possibilidade de aplicação da Teoria dos Efeitos, tanto que submeteu o mesmo ato “às autoridades antitruste da União Europeia, dos Estados Unidos e da Turquia, obtendo aprovação em todas elas”.²⁹⁷

Verificou-se não haver integração vertical decorrente da operação, uma vez que nem o níquel nem o cobre podem ser considerados como insumo de suas atividades no mercado seja nacional, ou mesmo internacional.

Trata-se de um mercado competitivo, com a presença de fortes empresas estrangeiras, e sem barreiras significativas à entrada de novos competidores no mercado de comercialização dos referidos metais. Cabe destacar, ainda, que os metais em referência são *commodities*, livremente comercializadas em bolsas de metais, o que dificulta tentativas de dominação de mercado.

Considerando que a operação realizada não modifica as estruturas dos mercados relevantes – dada a inexistência de concentração horizontal ou integração vertical – e a presença de fortes competidores, entendo não haver possibilidade de exercício unilateral ou coordenado e poder de mercado.

Desta forma, concluo que não estão presentes as circunstâncias previstas no caput do art. 54, ou seja, a operação não prejudica ou restringe de alguma forma a concorrência, razão pela qual voto pela sua aprovação, sem restrições.

Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea27bc56d673c6>, Acesso em: 3 nov. 2009, 11:35h.

²⁹⁷ Parecer nº 377/0/COGSI/SEAE/MF

Assunto: ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.001207/2000-82

Requerentes: Enron Corp. E MG, Plc.

Operação: oferta pública lançada pela Enron com a intenção de adquirir a totalidade das ações representativas do Capital social da MG, plc.

Recomendação: Aprovação sem restrições

Versão: Pública

A Secretaria de Direito Economico, do Ministério da Justiça, solicita à SEAE, nos termos do § 4º, art. 54 da Lei nº 8884/94, parecer técnico referente ao ato de concentração envolvendo as empresas ENRON CORP. E MG, PLC., apresentado àquela Secretaria em 1.06.2000.

[...]

NO Mercosul, a ENRON atua nos mercados de distribuição de gás natural e saneamento básico. No Brasil, o grupo atua em distribuição de energia elétrica e de gás. O grupo possui participação societária nas seguintes empresas no Brasil:

[...]

De todas estas empresas apresentadas, a única que não atua no setor de energia é a Auzrix Corp., que exerce atividades no setor de saneamento. No entanto, apesar de ter sido informada como um empresa que o grupo possui participação acionária no Brasil, de acordo com as requerentes, esta empresa não atua no país.

O capital social da ENRON é altamente pulverizado, sendo que o único acionista com participação superior a 5% é a empresa Janus Capital Corporation, que possui 8,21% deste capital. O grupo apresentou no Brasil, em 1999, faturamento de aproximadamente R\$ 1,3 bilhão. Nos demais países do Mercosul, faturou cerca de R\$ 23,5 milhões, e, mundialmente, o faturamento foi de aproximadamente R\$ 65 bilhões, ambos em 1999.

[...]

As requerentes informaram ainda que a operação foi apresentada às autoridades antitruste da União Européia, dos Estados Unidos e da Turquia, obtendo aprovação em todas elas. **Na União Européia, a aprovação baseou-se a inexistência de sobreposição de atividades entre as duas empresas. Na Turquia, as autoridades concluíram que a transação não resultará em posição dominante, nem fortalecimento de posição dominante existente. Por fim, nos Estados Unidos, foi anunciado em 8 de junho de 2000, o *early termination* do período de espera para a conclusão da operação, vinculando à aprovação desta pela autoridade antitruste, uma vez que dela não decorre qualquer prejuízo à ordem econômica.**

IV. Recomendação

A operação efetuada pela ENRON CORP. não possui impactos negativos no mercado de comercialização de metais, uma vez que a adquirente não atuava neste mercado.

Com isso se denota, contrariamente ao entendimento do Conselho, sem adentrar o mérito, tendo em vista a riqueza de detalhes do relatório, para todos os efeitos ser o mercado relevante geográfico o mundial.

Dessa forma foi o voto condutor do Relator Afonso Arinos de Mello Franco, ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.009581/98-18, cujo objeto foi a operação realizada no exterior, entre a GE Medical Systems (GEMS), uma divisão da GENERAL ELETRIC COMPANY (GE), e ELSCINT LTD. (ELSCINT).²⁹⁸ O ato

Diante do Exposto, sugere-se a aprovação do ato em questão.

[...]

Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea27bc56d673c6>. Acesso em: 3 nov. 2009, 11:35h.

²⁹⁸ **Ato de Concentração n.º 08012.009581/98-18**

Requerentes: Elscint Produtos Médicos Hospitalares Ltda, General Eletric do Brasil Ltda.

Advogados: Israel Schleif, Lauro Celidonio dos Reis Neto, Helena Maria Neves Puggina Ferraz e muitos outros.

Relatório

A GE Brasil e a Elscint Brasil, em virtude de operação no exterior entre a GE Medical Systems (GEMS), uma divisãoda General Eletric Company (GE), e a Elscint LTD. (ELSCNIT), celebram um contrato denominado “internation Purchase Agreement” pelo qual a GE Brasl adquiriu da Elscnit Brasil, créditos provenientes de contratos de Prestação de Serviços , estoque de peças para equitamentos de ressonância magnética nuclear. A operação incluiu também a aquisição de marcas de propiedade da Elscnit. Não houve alterações na composição do capital social das referiadas sociedades.

[...]

3. Mercado relevante

[...]

3.2. Geográfico

Com relação à dimensão geográfica do mercado, as Requerentes entendem que, apesar de o mercado brasileiro ser integralmente abastecido por importações, não havendo produção nacional, a necessidade de obtenção de licença para comercialização destes equipamentos no país junto ao Ministério da Saúde, bem como o registro do produto junto ao referido órgão, restringe a aquisição direta desses produtos no mercado internacional, ficando a mesma limitada ao representantes no Brasil. Assim, entende que o mercado afetado pela operação em análise é mercado nacional.

A SEAE e a Procuradoria do CADE compartilham do entendimento das Requerentes, considerando o mercado nacional como o relevante, destacando o fato de que parte importante do padrão de competição nestes mercados recai sobre a capacitação para a prestação de assistência técnica, o que fez com que a manutenção de equipes locais seja um elemento importante para a atuação no mercado local.

A SDE, no entanto, considerou o mercado geográfico como sendo o internacional.

VOTO

[...]

Os mercados relevantes de produto são os de equipamentos de ressonância magnética e os de medicina nuclear, que pertencem à categoria mais ampla de aparelhos de diagnóstico por imagem. Os equipamentos de ressonância magnética e de medicina nuclear não têm as mesmas finalidades específicas de aplicação e nem tampouco base tecnológica comum de projeto e construção, não havendo portanto substituíbilidade na demanda nem na oferta. Não há produção no Brasil de aparelhos de medicina nuclear nem de ressonância Magnética, seja pela GEMS, pela Elscint ou por qualquer outra concorrente, sendo a demanda local atendida inteiramente por importações.

Do ponto e vista geográfico, entendo que o mercado relevante é o mundial, ao contrário do entendimento das requerentes, da SEAE e da Procuradoria do CADE, que consideram o mercado nacional. Segundo estas, a necessidade de obtenção de licenças para comercialização e registro dos produtos junto ao Ministério da Justiça, e a importância dos serviços de assistência técnica e manutenção que acompanha os produtos, impede as importações diretas e faz com que a manutenção de representação no Brasil seja determinação para a atuação no mercado local.

Há que se reconhecer, no entanto, que os requerimentos de licença oficial e de oferta de serviços e assistência técnica e manutenção são comuns a qualquer fornecedor, e que a parcela não recuperável dos custos de instalação de serviços de atendimento ao cliente não constitui barreira relevante à entrada de concorrentes estrangeiros no mercado nacional. A alíquota de imposto de importação é de apenas 3% e as inovações tecnológicas dos produtos são frequentes, alterando as condições de concorrência. A instabilidade

submetido ao Conselho teve como objeto a celebração de contrato no Brasil em virtude de operação realizada no exterior. Muito embora o mercado relevante geográfico tenha sido definido como nacional por parte da SEAE, o Conselheiro Relator entendeu por ampliar o âmbito, considerando as peculiaridades dos produtos fabricados pelas requerentes, ante ao fato de não haver no Brasil a fabricação de aparelhos medico-hospitalares da espécie: a) ressonância magnética; b) medicina nuclear.

Da leitura de todo o julgado, comportando Relatório e Voto, verifica-se haver um grande equívoco, bem como uma divergência interna dentro do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inicialmente, no que diz respeito à definição do mercado relevante geográfico e, posteriormente, como decorrência desse fato, no que diz respeito à própria aprovação do ato, nos termos costumeiros do Conselho, qual seja, sem restrições.

Colhe-se do julgado que, mesmo tratando-se de operação realizada no exterior, ambas as requerentes, juntas, possuem uma fatia do mercado de 17% no que diz respeito à medicina nuclear e 41 % no mercado de aparelhos de ressonância magnética. Não obstante, no mercado nacional, as requerentes possuem 24% do mercado de aparelhos de medicina nuclear e 29% nos de ressonância magnética. O Conselho, contudo, em um exercício interpretativo,

das participações das empresas fornecedoras nos mercados relevantes nacionais de um ano para o outro em 1997 e 1998 é um indício de um alto grau de competição entre as empresas e da sensibilidade da demanda a variáveis de mudança rápida como preços, qualidade e condições de venda e atendimento.

No mercado mundial de equipamentos de medicina nuclear a participação da GEMS era de 11% e a da Elscint de 6% em 199, somando 17% depois da operação. No mercado mundial de equipamentos de ressonância magnética a participação da GEMS era de 38% em 1998, enquanto a da Elscint era de menos de 3%. Nos mercados nacionais, as participações conjuntas em 1998 eram de 24% nos equipamentos de medicina nuclear e de 29% nos e ressonância magnética. A pequena discrepância entre as participações mundiais e nacionais é mais um indício de que a (sic) condições de concorrência do mercado mundial se transmitem para o mercado interno.

Quanto á sugestão da procuradoria do CADE para que estabeleça por meio de compromisso de desempenho a obrigatoriedade de fornecimento de peças, manutenção e assistência técnica aos proprietários de equipamentos da marca Elscint nas mesmas condições anteriores à operação, discordo de sua aplicação. Considero que não há razão para se impor condicionantes de natureza compensatória à aprovação da operação uma vez que esta não é passível de causar danos ou alterações na estrutura do mercado existente. Cumpre ressaltar também que as garantias visadas já estão estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/98 (sic) em seu artigo 32 (acesso a peças de reposição), e além disso, a boa qualidade e reputação do atendimento ao cliente são parte integrante do negócio e portanto interessam diretamente à própria GE, não havendo assim a necessidade de incentivos adicionais.

[...]

Quanto ao mérito, voto pela aprovação sem restrições também desta operação.

É o Voto.

[...]

Acórdão, por unanimidade, aprovar o ato sem restrições...

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea27bc56d673c6>>. Acesso em: 3 nov. 2009, 10:48.

desconsidera o fato de que existe a possibilidade de a Elscint simplesmente desaparecer, ante ao fato da superioridade da marca GE. Aliás, referida superioridade é reconhecida no próprio Voto, quando, ao rebater a orientação da Procuradoria do CADE acerca da necessidade de impor “compromisso de desempenho e obrigatoriedade de fornecimento de peças, manutenção e assistência técnica aos proprietários de equipamentos da marca Elscint”, o Relator afirma que “a boa qualidade e reputação do atendimento ao cliente são parte integrante do negócio e, portanto, interessam diretamente à própria GE”. Maior certificação de qualidade, a GE não poderia obter, vindo o elogio do próprio Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. A interpretação dada pelo CADE, simplesmente, considera que o mercado brasileiro está “fora do mundo”, uma vez que o Relator considera o mercado relevante como mundial e ignora a presunção contida no § 3.º do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94.²⁹⁹ Não obstante, difícil é saber, no caso de uma total supressão da Elscint do mercado nacional por parte da GE, como o CADE vai promover o cumprimento do artigo 32, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a operação não importou em fusão ou incorporação. Tampouco, houve qualquer “alteração na composição do capital social das referidas sociedades”, não importando, portanto, em sucessão de obrigações.

Diferentemente, é a situação ocorrida no Ato de Concentração n.º 08012.001695/2002-90,³⁰⁰ em que a “United Technologies Corporation (UTC)

²⁹⁹ 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:

[...]

§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa, ou grupo de empresas, controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (Redação dada ao § 3º pela Lei nº 9.069, de 29.06.1995, DOU 30.06.1995)

³⁰⁰ **Ato de Concentração n.º 08012.001695/2002-90**

Requerentes: United Technologies Corporation, Derco Holding, Ltd e Tower Avenue Holdings, LLP

Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Custódio da Piedade U, Miranda e outros.

Conselheiro: Fernando de Oliveira Marques

[...]

VOTO

A presente operação versa sobre aquisição pela UTC, por intermédio de sua subsidiária integral Sikorsky Aircraft Corporation (Sirkorsky), a totalidade do capital votante (100%) da Derco Holding, Ltd (Derco), pelo valor aproximado de US\$ 156,4 milhões (cento e cinquenta e seis milhões e quatrocentos mil dólares), aliada

adquiriu por intermédio de sua subsidiária integral da Sirkorsky Aircraft Corporation (Sirkorsky), a totalidade (100%) do capital votante da Derco Holding Ltd.(Derco)”. Evidentemente, nesse caso ocorreu a incorporação da Derco pela UTC. O mercado relevante considerado foi o mundial, tendo em vista que o produto, semelhante ao caso anteriormente narrado, qual seja, peças de reposição são as mesmas em todos os países ou região, e “a maioria dos fornecedores, inclusive os fabricantes de peças originais e os distribuidores independentes, operam em âmbito global”. Porém, a análise é feita no mercado relevante nacional, tendo mais uma vez o conselho aprovado o ato por unanimidade, considerando a participação das requerentes no mercado nacional, atestando esta: a) em 8,43% para o mercado nacional de distribuição de peças de reposição para aeronaves em 2001 e b) 2,23% para o mercado de prestação de serviço de reparo e vistoria de peças de aeronave em 2001. A General Eletric Company (GE) volta ao cenário do Conselho, desta vez sob a análise do Ato de Concentração n.º 08012.000211/20 02-95,³⁰¹ realizado no setor

à aquisição do total da participação (100%) detida pela família Dermond na Tower Avenue Holding LLP (Tower), pelo aproximado de US\$ 6,7 milhões (seis milhões e setecentos mil dólares).

[...]

No aspecto geográfico, no segmento de distribuição de peças originais de reposição de aeronave, devido à natureza do objeto de atuação no mercado, podemos defini-lo como mundial, tendo em vista que v.g.(i) a proximidade ofertante/mercado consumidor não constitui condição necessária à atuação eficiente em dados segmentos; (ii) os custos de transporte não impedem a distribuição dos produtos por longas distâncias; (iii) não se verificam barreiras tarifárias significativas e o custos de frete são reduzidos, representando menos de 1% do valor total das vendas; (iv) as peças de reposição vendidas não variam de acordo com o país ou região para os quais são produzidas, sendo que a maioria dos fornecedores, inclusive os fabricantes de peças originais e os distribuidores independentes, operam em âmbito global.

[...]

É importante lembrar que, a título de mero esclarecimento, no Brasil, os índices de concentração das requerentes é demasiadamente diminuto, restando (a) em 8,43% para o mercado nacional de distribuição de peças de reposição para aeronaves em 2001 e (b) e, 2,23% para o mercado de prestação de serviço de reparo e vistoria de peças de aeronave em 2001.

[...]

VI Conclusão:

Por esse viés, acatando a premissa de que a operação não gera efeitos negativos ao mercado e à livre concorrência, resultando, ao contrário, possibilidades de ganhos a ambos, conheço da presente, nos termos do art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94, declarando-a **tempestiva** e, no mérito, aprovando-a sem restrições.

[...] por unanimidade, conhecer e aprovar a operação sem restrições. [...]

301

Ato de Concentração n.º 08012.000211/2002-95

Requerentes: General Electric Company e Unison Industries Inc

Advogados: Luiz coelho D´arace Vergueiro, Túlio freitas do egito coelho, Carla lobão barroso de souza e outros.

Relator: Conselheiro Thompson Alemida andrade

Ementa:

Ato de concentração. Operação de aquisição da totalidade do capital da Unison Industries Inc. pela General Electric Company. Apresentação tempestiva. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Mercado mundial de turbinas e de acessórios e controles de motores. Integração vertical. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e Procuradoria do CADE. Inexistência de danos ao mercado. Aprovação sem imposição de restrições

Parecer 162 COBED/COGPI/SEAE/MF

[...]

I – DAS REQUERENTES

aeroespacial, por intermédio de operação de verticalização. Sem dúvida, nos termos

I.1 – Grupo General Electric

A General Electric Compay (GE), grupo de nacionalidade norte americana, sediado em Fairfield, Connecticut, atuante em diversos setores industriais que incluem: motores para aviação, eletrodomésticos, radiodifusão, serviços industriais, sistemas industriais, serviços de informação, iluminação, sistemas médicos, plásticos, equipamentos para geração de energia e equipamentos de transportes, dentre outros.

[...]

Segundo as requerentes, nos últimos três anos, o Grupo GE participou dos seguintes atos de concentração: GE/Dako, GE/IBM/IVIX, GE Celma/VARIG, GE/Inepar, GE/Inbrael, GE Medical Systems/Diasonics, GE/Elscint, GE/Alstom, GE/Kvaerner, GE/Showpower, GE/Atlas Copco, GE/Woodward, já aprovados pelo CADE e dos seguintes casos notificados às autoridades brasileiras em 2000 e 2001; GE/Lease Plan Brasil, GE Toshiba, GEVISA/Alstom, GE/Critikon, GE/SMV, GE/ACT, GE/Matraplast, GE/DOVER e GE/Harris.

1.2 – UNISON INDUSTRIES INC

A Unison Industries Inc (“Unison”), empresa sediada na Florida, EUA, produz e vende vários acessórios e controles de motores, tais como bobina elétrica, leads, igniter, alternadores, harnesses, sistema de controle, assim como interruptores, sensores e bellows. Os produtos da Unison são usados em várias áreas de aplicação, tais como, aeroespacial, militar, helicóptero, marítima e industrial. A Unison oferece serviços MRO (manutenção, reparo e overhaul) para seus produtos.

[...]

IV DA POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO

IV.1 Determinação da Parcela de Mercado das Requerentes

As tabelas a seguir apresentam a participação de mercado mundial da Unison e de seus principais concorrentes relacionados aos acessórios e controles de motores (exciters, leads, igniters, harnesses, alternadores, transformadores, sensores e bellows).

[...]

Como a participação de mercado da Unison no mercado relevante de leads (60,5%), exciters (62,7%) e alternadores (53,9%) é expressiva, podemos concluir que, a integração vertical provocada pelo ato gera a possibilidade de exercício de poder de mercado. Desta forma, torna-se necessário prosseguir com a análise deste mercado relevante.

[...]

Desta forma, uma vez que há um grande número de potenciais concorrentes neste mercado, com capacidade de suprir o consumo de acessórios e controles de motores por parte de outras empresas produtora de turbinas, como a Alstom, Rolls Royce, Siemens, Kawasaki e Mitsubishi, pode-se concluir que a rivalidade é suficiente para impedir um possível aumento de preços da Unison pela GE.

VOTO

Tratam os presentes autos da operação da totalidade do capital da Unison Industries inc, pela General Electric Company.

A operação foi apresentada à Secretaria de Direito Econômico em 14 de janeiro de 2002 e o primeiro documento vinculativo foi o “*Stock Purchase Agreement*”, datado de 20 de dezembro de 2001 o que caracteriza a tempestividade na apresentação da operação.

As atividades da GE no setor aeroespacial são desenvolvidas por meio da GE Aircraft Engines e por sua subsidiária integral GEES. A GE Aircraft Engines é uma prestadora de serviços e fabricante Global diversificada que produz e vende turbinas de motores a gás e oferece serviços para a aviação comercial, regional e militar e ainda vende turbinas de motores a gás para indústria pesada de aviação, assim como motores para uso na aviação militar e civil. Quanto ao mercado de reposição de peças, reparo, manutenção e revisão, a GE Aircraft Engines atua por meio da GEES.

[...]

Das informações prestadas pelas Requerentes, verificou-se a inexistência de concentração horizontal. Contudo, tem-se que os produtos ofertados pela Unison são utilizados pela GE na fabricação de seus motores e turbinas. Assim, o mercado relevante da operação na dimensão do produto deve ser definido como o mercado de turbinas e de acessórios e controles de motores.

[...]

Quanto à dimensão geográfica, os clientes informaram que não existem fatores que possam limitar a aquisição de forma independente das turbinas. Dessa forma, considera-se como mercado relevante geográfico o mundial.

Apesar e integração vertical, a SEAE, SDE e Procuradoria do CADE opinaram pela aprovação da operação sem a imposição de restrições, tendo em vista a inexistência de danos potenciais ao mercado.

Sendo assim, com base no art. 16 da Resolução CADE nº 12, de 31 de março de 1998, com redação alterada pela Resolução CADE nº 22, de 1º de novembro de 2000, concluiu-se que a presente operação não foi capaz de gerar quaisquer efeitos anticoncorrenciais no mercado, razão pela qual a aprova sem imposição de restrições.

É o voto

[...] por unanimidade aprovar a operação sem restrições.

do Parecer 162 da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE), a GE é uma das companhias que mais possui atos analisados pelo CADE, sendo impossível não se associar sua expansão com a história da Standard Oil Company, abordada no capítulo I, ressalvadas as devidas proporções. Contudo, o Conselheiro Relator, no Voto, considerou que pelas “informações prestadas pelas Requerentes, verificou-se a inexistência de concentração horizontal”, até porque, pela fórmula utilizada pelo Conselho, pelo que se verifica, os atos de concentração são analisados de forma isolada, conforme dito anteriormente, na forma “abrasileirada” do que eles consideram a “*reason rule*”, ou seja: “regra da razão”. E pelo que se verifica, até mesmo no caso em tela, a GE opta pela verticalização, o que, ocorrendo em larga escala e de forma geométrica, não impede que se possa vir a exercer poder de mercado com a soma do resultado de todos os segmentos.

Outra falha detectada na análise é que o Parecer da SEAE que serviu como relatório analisa somente os componentes da empresa adquirida, também, de forma isolada, deixando de considerar a posição da adquirente dentro do mercado relevante, o que certamente faz com que a decisão esteja, senão equivocada, ao menos prejudicada. Daí porque, tratando-se de mercado mundial, com produto com grande valor agregado na área da pesquisa tecnológica, seria importante, também, ser considerada a “regra *per se*”.

Consta do Relatório, ao tratar da questão como Concentração Vertical, que a Unison possui expressiva participação “[...] no mercado relevante de leads (60,5%), exciters (62,7%) e alternadores (53,9%)”, tendo considerado a SEAE a possibilidade de existir exercício de poder de mercado. Entretanto, tanto o Relatório como o Voto, em exercício interpretativo, afastam essa possibilidade, por entender que “há um grande número de potenciais concorrentes neste mercado, com capacidade de suprir o consumo de acessórios e controles de motores por parte de outras empresas produtora de turbinas, como a Alstom, Rolls Royce, Siemens, Kawasaki e Mitsubishi”. A questão é se haverá oferta para suprir a demanda de todas essas empresas, o que efetivamente não foi analisado pelo Conselho.

E, mais uma vez, por óbvio, sendo o mercado relevante mundial, as regras do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94 deixaram de ser observadas. Afinal, o *caput* do artigo afirma que a possibilidade de exercício de poder de mercado deve ser

observada, independente de culpa. Não fugindo à regra, a operação foi aprovada por unanimidade.

A possibilidade de exercício de poder de mercado, no tocante a uma convergência resultante de uma escala geométrica de fusões e aquisições, pode ser justificada, com base na análise pelo Conselho do Ato de Concentração n.º 08012.000639/2002-38³⁰², segundo o qual, em operação de âmbito mundial, a Marconi Data System Plc foi adquirida pela Danaher Corporation. Mesmo tratando-se de áreas de atuação diferentes, a adquirida tem entre sua linha de produtos peças e componente utilizados pela adquirente “como insumos [...] quais sejam, codificadores, carcaças de codificadores, cabos e interfaces”. E, segundo o Voto, o mercado relevante definido para esses componente é mundial. Tal fato pode muito bem ocorrer no caso anteriormente relatado, em que, em algum momento, as linhas de produtos da GE podem cruzar-se, colocando a companhia em posição dominante. Essa possibilidade, segundo a lei, deve ser considerada.

³⁰² **Ato de concentração n.º 08012.000639/2002-38**

Requerentes: Danaher Corporation e Marconi plc

Advogados: Syllas tozzini, José Augustocaleiro regazzini, Marcelo Procópio e outros

Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Texeira

Relatório

Adoto como relatório, em vista dos princípios da economia processual e da eficiência da administração pública, contidos no art 2º, caput e incisos VII e IX, art 50 1ª da lei nº 9.784/99, a exposição dos fatos inserida no parecer da SEAE em anexo juntado às fls 248 a 258 dos autos, exclusive (sic) suas conclusões.

[...]

VOTO

Conforme visto no Relatório, trata-se de aquisição, em âmbito mundial, da totalidade do capital social da Marconi Data System Inc., subsidiária integral da Marconi plc, pela Danaher Corporation.

A operação foi apresentada tempestivamente em janeiro de 2002, considerando que o *Stock Purchase Agreement* (Contrato de Aquisição de Ações) foi firmado em 10 de janeiro de 2002.

A Danaher Corporation (“Danaher”) é uma empresa americana controladora do Grupo Danaher. Este grupo atua na indústria metalúrgica, eletroeletrônica, mecânica, automobilística e de informática e telecomunicações, projetando, fabricando e comercializando produtos industriais e de consumo em dois segmentos de negócio: (i) controle de processos/ambientais e (ii) ferramenta e componentes. No Brasil, o Grupo oferta diversas linhas de produtos e serviços, tais como dispositivos óticos para indústrias aeroespaciais e de defesa, sistemas de monitoramento ambiental e serviços de tecnologia para as indústrias de eletricidade, de geração de energia, industrial e de comunicações.

[...]

Os principais fabricantes de impressoras e marcadores ofertam seus produtos no Brasil por meio de representantes, associadas e a um contrato de prestação de serviços de manutenção e reposição de peças. Além disso, as Requerentes estimam que menos de 5% dos marcadores são importados pelos seus clientes finais. Dessa maneira **defino o mercado relevante de marcadores como mundial.**

Apesar do mercado relevante geográfico de comercialização de marcadores ser nacional, a produção ocorre no exterior, pois conforme exposto anteriormente as Requerentes não fabricam marcadores no país. Assim me parece razoável que o **mercado relevante de componentes seja mundial.**

[...]

Assim, com base no art. 16 da Resolução CADE nº 12, de 31 de março de 1998, com redação alterada pela Resolução CADE nº 22, de 1º de novembro de 2000, e em conformidade com os pareceres da Seae, SDE e Procuradoria Geral do CADE, concluo que a operação **deve ser aprovada sem restrições.**

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar o presente ato, sem restrições.

Retornando ao caso em tela, a operação foi aprovada sem restrições, valendo considerar tão somente a dificuldade que tem o Conselho em considerar o mercado relevante geográfico como mundial, sem isolar o Brasil do contexto global. Afinal, se a economia é de mercado, e o mercado definido é o mundial, é no mercado mundial que devem ser medidas as condições basilares: oferta e procura.

A análise do ato de concentração nº 08012.001636/20 02-11³⁰³ pelo CADE talvez seja a que, textualmente, mais diretamente tenha se manifestado à possibilidade de uma operação realizada entre sociedades estrangeiras no exterior ter reflexos no Brasil. A operação consiste em concentração horizontal entre a Legato Systems, Inc.(Legato), a qual adquiriu a totalidade das ações com direito a voto da OTG Softwear, Inc. (“OTG”). Posteriormente, ocorrerá a incorporação da OTG com uma subsidiária da Legato, a Orion Acquisition Sub Corporation (Orion).

Contudo, a Redação, tanto do Relatório como do Voto, carecem de dados mais específicos, considerando, apenas que o “faturamento obtido [...] por essa empresa, conforme dados contidos nos autos, foi ínfimo, reletindo, assim, sua

³⁰³ **Ato de concentração nº 08012.001636/2002-11**
Requerentes: Legato systems , inc e Otg Software, Inc
Relator: Conselheiro Fernando Marques

[...]

VOTO

A operação em análise consiste na aquisição, em âmbito mundial, da totalidade das ações votantes (*voting securities*) da OTG softwear, Inc. pela Legato Systems, Inc. Destaca-se que, após a operação, a OTG será incorporada por uma subsidiária da Legato, a empresa Orion Acquisition Sub Corporation. O negócio será realizado entre empresas estrangeiras. Não obstante a operação possui reflexos no Brasil em razão da atuação nacional das Requerentes.

[...]

IV – Mercado Relevante

Quanto ao Mercado Relevante, sob a dimensão do produto, defino o mesmo como sendo o de **softwear de gerenciamento de estoque**, posto que este é o mercado em que há sobreposição horizontal entre as atividades das Requerentes. Devido à sua Natureza, os produtos afetados pela presente operação têm que atender a determinados requisitos e certificações. A decisão do cliente, ao optar por um ou outro produto ofertado no mercado, passa primordialmente pela funcionalidade e aderência do produto aos demais componentes da solução tecnológica como um todo. Assim, o mercado deve ser entendido como mundial dada a possibilidade de os clientes, de acordo com suas necessidades, adquiri-los internacionalmente.

A Legato está presente no Brasil por intermédio de um escritório e representação e atua por meio de distribuidores especializados ofertando, como mencionado anteriormente, conjuntos de softwear destinados às áreas de proteção de dados e gerenciamento e espaços e dispositivos de armazenamento de dados, sendo que o principal deles é a família “Legato Networker”.

A OTG também atua mundialmente no segmento de softwear de gerenciamento de *storage* como fornecedora de softwear de armazenagem em linha e administração de dados que permite às organizações salvar, mover, manejar e ter acesso a dados.

Em relação ao mercado definido, cabe ressaltar que as atividades da OTG, no Brasil, foram exercidas somente através de exportações e que o faturamento obtido por essa empresa, conforme dados contidos nos autos, foi ínfimo, refletindo, assim, sua pequena participação no mercado nacional.

[...]

Isto posto, conheço a presente operação nos termos do *caput* do art. 54 da Lei 8.884/94, declaro-a tempestiva e, no mérito, aprovo sem restrições.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, conhecer e aprovar a operação sem restrições.

pequena participação no mercado nacional”. Tampouco possui informações acerca das atividades desenvolvidas pela Orion, impossibilitando a compreensão ou a verificação da existência de alguma forma de concentração vertical. Causaria surpresa, portanto, dentro da linha de entendimento do Conselho, se ao ato fosse imposta alguma restrição, tendo sido aprovado por unanimidade.

Um exemplo de caso em que não houve a análise isolada, referida anteriormente, foi a “conexão” reconhecida no Ato de Concentração n.º 08012.007543/2001-10,³⁰⁴ frise-se, por requerimento das partes, o que foi deferido, em fls. 145 do Ato de Concentração n.º 08012.007540/2001-86. No caso, conforme se colhe do Voto, as concretizações dos atos se encontram “vinculadas entre si, envolvendo, inclusive o mesmo mercado relevante e, de certo modo, as mesmas

³⁰⁴ **Ato de concentração n.º 08012.007543/2001-10**

Requerente: Nem mont Minig corporation franco-nevata mining corporation Limited/New Mont Mining Corporation e Normandy Mining Corporation

Advogados: Maria zuleika de oliveira rocha e outros

Conselheiro-Relator: Roberto augusto castellanos Pfeiffer

Relatório

Cuidam os presentes atos de concentração concretizadas no exterior, compreendendo prosposta de incorporação, parte da NewMont Mining Corporation, da totalidade das ações ordinarias em circulações da franco-nevada mining Corporation Ltda e da Normandy Mining Limited.

Considerando o teor do despacho de fls. 145 que houve por bem acolher o pedido de conexão e, por conseguinte, determinar nova distribuição, envolvendo este ato de concentração e o de número 08012.007540/2001-86, onde figuram como requerentes a New Mont Mining Corporation e Normandy Mining Limited, analiso, pois, conjuntamente as duas operações.

[...]

Voto

[...]

I – Das operações

Considerando que os atos são conexos, e suas concretizações encontram-se vinculadas entre si, envolvendo, inclusive, o mesmo mercado relevante, e, de certo modo, as mesmas partes, pois, de fato, verifica-se que a Franco-Nevada possui 19,99% das ações da Normandy e, ainda, as operações cogitam a possibilidade de aquisição desse percentual dou guarida ao pedido de análise em conexão formulado pelas requerentes, e passo a julgá-los conjuntamente.

[...]

II. Do mercado relevante

No que concerne à análise do produto relevante, defino-o, para o presente caso, como sendo o mercado de produção de ouro. Cabe ressaltar que a Newmont e a Normandy atuam no mesmo mercado, verificando-se, então, sobreposição horizontal nesse segmento.

Insta esclarecer que a Franco-Nevada é uma sociedade comercial de origem canadense, detentora de *royalties* relacionados à produção de ouro. Possui, como foi dito anteriormente, participação de 19,99% na composição societária da Normandy.

Quanto ao mercado geográfico, parece-me razoável que sua definição deve ser pautada no mercado mundial, porquanto a produção destina-se, em sua maior parte, ao mercado internacional, tendo em vista que, de acordo com as informações prestadas pela concorrente Anglogold, as principais mineradoras situadas no Brasil destinam sua produção a compradores externos, sendo que somente uma pequena parcela é negociada na BM&F (Bolsa de Mercadorias e Futuros).

[...]

Diante das considerações elencada, e não havendo as transações o condão de prejudicar ou limitar a concorrência, voto pelas suas aprovações sem restrição.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições.

partes, pois de fato, verifica-se que a Franco-Nevada possui 19,99% das ações da Normandy”. Desfazendo embróglio, a operação consiste em [proposta de] “aquisição, por parte da Newmont Mining Corporation, de todas as ações em circulação da Franco-Nevada Mining Corporation Limited e da Normandy Mining Limited”. Importante considerar que ambas as operações foram apresentadas no mesmo dia, conforme se depreende do requerimento apresentado nos autos 7540/2001-86,³⁰⁵ porém, em atos separados. Além de ferir o princípio da economia processual, não se verifica, por parte do Conselho, a análise acerca de possível tergiversação processual, tendo em vista que a figura processual poderia ser continência, em que o objeto de um processo poderia estar contido no outro. Contudo, o Voto não analisa a constituição societária e todos os envolvidos.

No que diz respeito ao mercado relevante, foi definido como *mercado mundial* de ouro, cuja participação de todos os concorrentes é pulverizada, considerando o Conselho como fato “certo que a sobreposição horizontal existente não acarretará qualquer mudança significativa na estrutura [...]” e, “posteriormente às aquisições, a Newmont passará a deter aproximadamente 8%”, havendo, portanto, aprovação sem restrições.

Operação semelhante ocorreu no Ato de Concentração n.º 08012.005285/2001-37,³⁰⁶ sendo, contudo, diverso o produto comercializado na

³⁰⁵ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011705.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009, 10:35.

³⁰⁶ **ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 08012.005285/2001-37**

REQUERENTE: THE THOMPSON CORPORATION E NEWSEDGE CORPORATION
ADVOGADOS: BRUNO DÁRIO WERNEK, AMADEUS CARVALHO RIBEIRO E OUTROS
CONSELHEIRO-RELATOR: ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
RELATÓRIO

trata-se da operação e aquisição ,por parte da Infoblade Aquisition Corporation (“Infoblade”), uma subsidiária integral do Grupo Thompson, da totalidade das ações da empresa News Edge Corporation (“New Edge”). após a transação a Infoblade se fundirá com a News Edge, a qual se tornará uma subsidiária integral indireta da the Thompson Corporation (“ttc”).

[...]

VOTO [...]

I – Da Operação

Conforme visto no relatório, este ato de concentração versa sobre a aquisição, por parte da Sociedade Comercial InfoBlade Acquisition Corporation, subsidiária integral da The Thomsom Corporation, da totalidade das ações ordinárias da NewEdge Corporation. Em seguida à aquisição, a InfoBlade fundiu-se com a NewsEdge, tornando-se uma subsidiária do Grupo Thomson.

O primeiro documento vinculativo formalizador da transação foi celebrado em 6 de agosto de 2001, denominado “*Agreement and Plan of Merger*”, tendo o ato sido apresentado a SDE em 27 de agosto de 2001. É de aferir-se, portanto, que a operação foi apresentada dentro do prazo legal de 15 dias úteis, razão pela qual julgo-a tempestiva.

A submissão do ato ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, deve-se em razão do faturamento anual do Grupo Thompson ser superior a R\$ 400 milhões, segundo o critério estatuído no § 3º, do artigo 54 da Lei antitruste.

II – Mercado Relevante

[...]

aquisição “por parte da Infoblade Acquisition Corporation (“Infoblade”), uma subsidiária integral do Grupo Thompson, da totalidade da empresa News Edge Corporation (“News Edge”)”. Nesse caso, após a aquisição, noticia o Relatório, a Infoblade iria fundir-se “com a News Edge, tornando-se subsidiária integral indireta da The Thompson Corporation (“TTC”)”. Dá conta o Voto de que “o mercado relevante como sendo justamente o explorado pela NewsEdge, a saber: o mercado de serviços de informação on-line sobre negócios”, cuja prestação se dá via internet, “podendo ser adquiridos a nível mundial sem que haja variação de custos, [...]” sendo, então o mercado geográfico o mundial. Finaliza o Relator, ressaltando que “se trata de operação efetuada no exterior com reflexos mínimos no mercado brasileiro”, considerando, além da ínfima presença da participação das sociedades no mercado nacional, “que a fusão representa verdadeira substituição de agente econômico”, devendo ser o ato aprovado sem restrições. Se há no presente caso substituição do agente econômico, da mesma forma deveria ser considerado no caso da Newmont, o que sequer foi cogitado pelo Conselho. Não obstante, o caso presente também considera o mercado como mundial e não analisa a participação das requerentes dentro do mercado relevante.

Em outra operação realizada pela General Electric Company, dessa vez analisada no Ato de Concentração n.º 08012001362/20 03-41,³⁰⁷ a companhia

II.2 – Do mercado geográfico

Considerando que os serviços são prestados via internet, podendo ser adquiridos a fornecedores a nível mundial sem que haja variação de custos, entendo, pois, que o mercado geográfico deve ser pautado como sendo o mundial.

[...]

Ressalte-se também que se trata de operação efetuada no exterior com reflexos mínimos no mercado brasileiro, levando-se em consideração a ínfima participação das requerentes no Brasil, além do que a fusão representa verdadeira substituição de agente econômico

Em virtude do exposto, voto pela sua aprovação sem restrições.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições.

³⁰⁷ ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012001362/2003-41

REQUERENTES: GENERAL ELECTRIC COMPANY, GEORGE JAY LICHTBLAU E ANNE R. LICHTBLAU
ADVOGADOS: LUIZ ANTONIO D'ARACE VERGUEIRO, TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO, CARLA LOBÃO BAROSO DE SOUZA E OUTROS.

CONSELHEIRO-RELATOR: THOMPSON ALEMIDA ANDRADE
 RELATÓRIO

[...]

Cabe informar que a Secretaria de Direto Economico e a Procuradoria do CADE opinaram pela tempestividade, tendo em vista que a operação foi apresentada em 25 de fevereiro de 2003 e o “Contrato de Compra de Ações” foi firmado pelas requerentes em 04 de fevereiro de 2003.

[...]

2. Da operação

adquiriu no exterior todas as ações da Fiber Systems. Inc, que atua no mercado de componentes eletrônicos usados em sistemas de transmissão de vídeo, áudio e dados através de cabos de fibra óptica.

Colhe-se do Parecer n.º 06169/2003/RJ, elaborado pela SEAE, e que serviu de base para o Relatório, que após várias e insistentes diligências, ante a morosidade das requerentes para prestar informações, ficou definido que o mercado relevante de produto é o de “modems de fibra óptica”. No que diz respeito ao mercado geográfico, a metodologia de investigação da SEAE foi a coleta de

A presente operação, realizada no exterior, trata da aquisição, pela General Eletric Company, de todas as ações da International Fiber Sustems. Inc., e foi formalizada em 04 de fevereiro de 2003, por meio de Acordo de Compra de Ações (Stock Purchase Agreement).

A operação envolve o negócio de componentes eletrônicos usados em sistemas de transmissão de vídeo, áudio e dados através de cabos de fibra óptica.

O valor da operação foi de **confidencial**.

A operação foi submetida ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 25 de fevereiro de 2003.

III. Da Definição do Mercado Relevante

[...]

III.2 – Dimensão Geográfica

As requerentes argumentaram, no requerimento inicial, que o mercado relevante geográfico da operação é mundial, dado que os fornecedores de modems de fibra óptica são grandes empresas multinacionais que centralizam as instalações de fabricação e distribuição, comercializando os produtos em todo o mundo.

Vale ressaltar que não há produção nacional de tais produtos.

No entanto, em resposta ao item n.º 3 do Ofício n.º 6976/2003/RJ COBED/COGPI/SEAE/MF, que questionava como é realizada a comercialização dos produtos no mercado nacional, foi informado que:

“(…) produtos vendidos no Brasil são comercializados através de distribuidores autorizados, escritórios de vendas locais ou de um escritório estrangeiro. Conforme indicado, nenhuma das requerentes possui uma subsidiária produtora no Brasil ou no Mercosul. Seguem os detalhes dos distribuidores ou dos escritórios de venda locais no Brasil das requerentes de suas concorrentes: (i) IFS, possui escritório de vendas; (ii) GE, possui vários distribuidores; (iii) Americam Fibertch, possui distribuidor; (iv) Teleste, possui distribuidor; (v) Optelecom, não está no Brasil; (vi) Opticomm, não está no Brasil; (vii) NKF Electronics, não está no Brasil; (viii) IMPath Networks, não está no Brasil; e, (ix) Infinova, possui dois distribuidores no mercado nacional.”

Com as informações de que alguns fabricantes possuem distribuidores no mercado nacional, foi suscitada a dúvida se a dimensão geográfica do mercado não seria a nacional.

[...]

Diante da impossibilidade de colher mais informações que pudessem sanar as dúvidas sobre a dimensão geográfica da operação, esta SEAE, a principio, optou por apresentar dois cenários (nacional e internacional) do mercado relevante da presente operação. No entanto, as tentativas neste sentido foram frustradas, visto que os representantes legais das Requerentes, em contato telefônico, informaram não possui dados da estrutura do mercadonacional, e os outros meios utilizados para obtenção destes dados (consulta dos distribuidores nacionais das Requerentes e dos concorrentes) também não demonstraram sucesso. Assm, esta SEAE não dispendo de outras informações, viu-se compelida a prosseguir a presente análise apresentando apenas a estrutura de mercado mundial dos *modems* de fibra óptica.

[...]

VOTO

[...]

Houve a sobreposição das atividades desenvolvidas pelas Requerentes no que tange ao mercado mundial de *modems* de fibra óptica. [...]

Constata-se do “Acordo e Não-Concorrência e Não Divulgação” (fls. 437-450) a existência de cláusula de não concorrência de 06 (seis) anos, ou seja, superior aos limites admitidos pela jurisprudencia do CADE

Assim sendo, aprovo a operação condicionada à redução da cláusula de não-concorrência para o prazo de 05 (cinco) anos, conforme o entendimento exarado pela SDE, Procuradora do CADE e Ministério Público Federal. Esta alteração contratual deverá ser comprovada junto ao CAD/CADE no prazo de trinta dias a partir da data da publicação desta decisão, sob pena de se reverter esta decisão caso tal condição não seja satisfeita.

[...] Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação, condicionada à redução da cláusula de não-concorrência para cinco anos, nos termos do Relator. [...]

informações junto à requerente. O instrumento utilizado foi via contato telefônico e, “tendo em vista a impossibilidade de colher mais informações que pudessem sanar as dúvidas sobre a dimensão geográfica [...] viu-se compelida a prosseguir a presente análise apresentando apenas a estrutura de mercado mundial dos modems de fibra óptica”.

A SEAE chegou à conclusão de que “a concentração decorrente da operação é de 21,9% e a participação das quatro maiores concorrentes” somadas é 42,8%, passando, após a operação, para 48%. Com essa operação, que importa em concentração horizontal, a participação da GE no mercado sobe para quase o dobro da participação da Siemens (Quadro III), que é de 13,4%, sem, contudo, que fosse mencionada a ocorrência das possibilidades elencadas no artigo 20, incisos e §§, da Lei n.º 8.884/94, tendo o ato sido aprovado com uma única condição de reduzir a cláusula de não concorrência para cinco anos.

Em outra operação de âmbito mundial, a qual consiste na operação de integração apresentada como vertical e realizada nos Estados Unidos da América, a Flextronics International Ltd, submeteu à análise do CADE, por intermédio do Ato de Concentração n.º 08012.004887/2000-70,³⁰⁸ a aquisição da The DII Group Inc e suas

³⁰⁸ 29. ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012.004887/2000-70

REQUERENTES: FLEXTRONICS INTERNATIONAL LTD E THE DLL GROUP, INC

ADVOGADOS: JOSÉ MARTINS PINHEIRO NETO, CELSO CINTRA MORI, UBIRATAN MATOS, CRISTIANNE SACCAB ZARZUR E OUTROS.

II – DA OPERAÇÃO

Trata-se de operação, realizada nos Estados Unidos da América, pela qual a Flextronics incorporou a DII e suas respectivas subsidiárias no mundo todo. As regras gerais e condições da transação foram acordados pelas partes no Acordo e Plano de Incorporação (*Agreement and Plan of Merger*), assinado em 22/11/1999. Nos termos do acordo de incorporação, a Slalom Acquisition Corp., empresa constituída pela DII e, como decorrência da incorporação, cessaria a existência societária independente da Slalom e DII continuaria como sociedade superveniente, tornando-se subsidiária integral da Flextronics.

O acordo da incorporação estabeleceu que a operação somente poderia ser consumada após o integral atendimento das seguintes condições: (i) a aprovação da transação pretendida pelos acionistas da Flextronics, e (ii) aprovação das autoridades antitruste às quais a transação deveria ser previamente submetida no exterior.

Após o cumprimento de todas as exigências, em 03/04/2000 a incorporação foi efetivamente realizada, com o fechamento da operação e registro de Certificado de incorporação junto à Secretaria de Estado do Estado de Delaware, conforme previsto no Artigo I, do acordo de Incorporação. O valor total da operação foi de aproximadamente US\$ 2,6 bilhões (R\$ 4,5 bilhões).

[...]

III.1.1 DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

A definição dos mercados relevantes deve considerar as interseções produtivas factíveis de apresentarem concentração horizontal. Como pode ser observado na Tabela I abaixo, somente há interseção no setor de atividade da indústria eletrônica.

III.1.1.2 DIMENSÃO GEOGRÁFICA

O aspecto geográfico está representado pela área em que o produto é comercializado e na qual se dá a concorrência. Quanto ao mercado de PCBs, a dimensão geográfica é a internacional, dada a forte presença das importações independentes na estrutura de oferta do mercado nacional. (cerca de 60%).

Quanto à montagem de placas, esta é realizada no território nacional, tendo em vista a alta alíquota do imposto de importação dos produtos montados (21% em média), bem como os benefícios concedidos pelo

subsidiárias no mundo. O mercado relevante foi definido no Relatório como sendo, na dimensão produto: a) Fabricação de placas de circuito impresso (PCB); b) Serviço de montagem de placas de circuito impresso e sistemas integrados (CEM). Pela leitura do documento, a conclusão é a de que existe a atuação de ambas as sociedades no mesmo mercado, com os mesmos produtos, havendo, portanto, dúvidas acerca da verticalização, uma vez que o negócio Placas de Circuito Impresso não envolve insumos ou serviços e sim os produtos finais. No que diz respeito ao mercado geográfico, a dimensão foi dividida em internacional, em relação à fabricação de placas de circuito impresso, e nacional, quanto à montagem.

Não obstante, conforme advertido anteriormente quando da análise do ato de concentração em que foram requerentes a GE e Unison, nesse caso a SBDC analisou a possibilidade de participações cruzadas, não chegando, contudo, à conclusão de que poderia haver algum efeito competitivo. Isso corrobora a afirmação de que o CADE considera os atos isoladamente. Os efeitos no Brasil foram considerados diretamente e indiretamente, divididos em relação aos produtos, conforme descrito acima, o que afasta a existência de efeito anticoncorrenciais, sem, contudo, considerar que as sociedades uma vez incorporadas formam um todo, o que pode conduzir a uma interpretação equivocada. Tal fato denota-se da leitura do Voto, em que o Relator afirma que a “Flextronics tem uma participação de 22% no mercado nacional de montagem de circuitos impressos e integrados”. Com um

governo às atividades de montagem desenvolvidas localmente no País. Os benefícios concedidos pelo governo brasileiro à indústria de informática e automação estão estabelecidos na Lei 8.248/91, conhecida como Lei de Informática. Em suma a Lei de Informática confere aos CEMs nacionais benefícios fiscais como a isenção do Imposto sobre Produtos Industriais (IPI), que normalmente oscila entre 5% e 20%. No que se refere à Zona Franca de Manaus, há ainda uma redução de alíquotas do ICMS para 7% (o comum é 12%). Dessa forma a dimensão geográfica é a nacional.

[...]

IV – CONCLUSÃO

A operação em análise é passível de aprovação, dentro de um ponto de vista estritamente econômico, uma vez que em uma pequena concentração econômica horizontal do mercado internacional de PCBs (1%) conforme argumentado no item III. Apesar da integração vertical decorrente do ato, não foram encontradas condições para que as requerentes exerçam ações que gerem danos à concorrência.

[...]

VOTO

[...]

Os mercados relevantes de produto são o de fabricação de placas de circuito impresso e o de montagem de placas de circuito impresso e de sistemas integrados.

Em termos geográficos, o mercado de fabricação de placas e circuitos impresso é mundial, em virtude da forte presença de importações, que suprem 60% do mercado doméstico. Quanto ao mercado de montagem de placas de circuitos impressos e sistemas integrados, o mercado é nacional devido à alíquota de 21% (em média) de imposto de importação de circuitos montados, e aos benefícios fiscais concedidos pela Lei de Informática (8.248/91).

[...]

mercado relevante fragmentado e impreciso, a operação foi aprovada sem restrições.

Um caso em que ficam evidentes os reflexos de uma operação realizada no Exterior, cujos efeitos são sentidos diretamente no consumidor final, foi submetido ao CADE por intermédio do Ato de Concentração n.º 08012.004909/01-07,³⁰⁹ em que a sociedade norte americana The Walt Disney Co adquiriu da australiana The News Corporation LTd a totalidade das ações da *Fox Family Worldwide*, a qual compreende a “Fox Family Channel, a Fox Kids Network, a Saban

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar o presente ato sem restrições e, por maioria, considerou a apresentação tempestiva. [...]

³⁰⁹ 30.ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012.004909/2001-07

REQUERENTES: THE WALT DISNEY CO E THE NEWS CORPORATION LTD

ADVOGADOS: MARCELO CALLIARI, BRUNO LEMBI, FÁBIO AMARAL FIGUEIRA, DJENANE LIMA COUTINHO E OUTROS.

CONSELHEIRO-RELATOR: AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

RELATÓRIO

Adoto como Relatório, em vista dos princípios da economia processual e da eficiência da Administração Pública, contidos no art. 2º, *caput* e incisos VII e IX, e art. 50, § 1º da Lei n. 9748/99, a exposição dos fatos contidas no parecer da SEAE em anexo, juntado às fls. 493 à 515 dos autos, exclusive suas condições.

Além dos dados contidos no parecer da SEAE, cabe informar ainda o seguinte:

1. Os pareceres da SDE e Procuradoria do CADE opinaram pela tempestividade da apresentação da operação, pelo fato do acordo da operação ter ocorrido em 23/07/2001 e sua apresentação ter ocorrido em 13/08/2001.

2. Os pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria Geral do CADE opinaram pela aprovação da operação sem restrições, ressaltando que não gera efeitos anticoncorrenciais por se trata de ato de concentração que não alterou substancialmente a estrutura do mercado relevante analisado.

É o Relatório.

[...]

PARECER °416/COGSE/SEAE/MF

[...]

2. DA OPERAÇÃO

12. A operação consiste, na aquisição pela *DISNEY* da totalidade das ações emitidas, em circulação e com direito a voto na *Fox Family Worldwide* dos acionistas vendedores. Os vendedores são a *Fox Broadcasting Sub. Inc.*, o Sr. *Haim Saban*, cada um dos acionistas *Saban, Allen & Company Incorporated*, dentre outros.

13. Os ativos envolvidos na operação consistem 100% das ações ordinárias em circulação de emissão da *Fox Family*, e constituem-se em um bem intangível, sem localidade geográfica.

14. A presente aquisição contempla uma operação internacional. O contrato entre as partes foi celebrado em 2 de julho de 2001, e o valor total aproximado da operação foi US\$ 5,3 bilhões, sendo US\$ 3 bilhões em dinheiro e US\$ 2,3 bilhões em assunção ou amortização de dívidas da *Fox Family*. Segundo as requerentes, a consumação da operação está sujeita a cláusulas e condições usuais, previstas no contrato de compra e venda.

[...]

3. DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

[...]

3.1 Mercado Relevante Geográfico

29. Quanto ao mercado de comercialização de programas para televisão, as requerentes informaram que vendem seus programas diretamente ao exterior. A *Disney* negocia e efetua todas as operações de licenciamento de sua programação por intermédio de sua subsidiária *Buena Vista International*, diretamente de *Miami*, nos Estados Unidos. A *Fox Family*, por sua vez, negocia sua programação por meio de sua subsidiária *Saban International*, cujo escritório é localizado na Suíça.

[...]

Sendo assim, definimos os mercados relevantes geográficos em mundial, no caso de comercialização de programas para televisão, e nacional, no caso de distribuição de canais infantis para televisão por assinatura.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar o presente ato, sem restrições. [...]

Entertainment, a Fox Kids Europe e a Fox Kids Latin American, [...] detida pela Fox Entertainment Group”, a qual licencia “diretamente dos Estados Unidos da América à Telecine Programação de Filmes Ltda, à Net Brasil e à Direct TV”. De acordo com o Parecer n.º 416 /COGSE/SEAE/MF, foram dois os mercados relevantes de produto definidos: a) distribuição de canais do gênero infantil/infanto juvenil para televisão por assinatura e b) comercialização de programas para televisão (tanto aberta quanto paga).

No que diz respeito ao mercado relevante geográfico, nos termos do Parecer, houve também divisão, sendo considerado como mundial, “no caso de comercialização de programas para televisão, e nacional, no caso de distribuição de canais infantis para televisão por assinatura”. Ao analisar a probabilidade de exercício de poder de mercado, a SEAE considerou de forma superficial a existência de efetiva rivalidade, tanto no mercado brasileiro como em todo mundo, motivo pelo qual a recomendação foi pela aprovação do ato, o que efetivamente ocorreu, sem restrições. Em outra operação envolvendo mercado de televisão por assinatura, submetido ao Conselho por intermédio do Ato de Concentração n.º 08012.006272/2000-02,³¹⁰ no qual a Viacom Inc. adquiriu a totalidade das ações da

³¹⁰ **ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº08012.006272/2000-02**

REQUERENTES: Viacom Inc E BET Holdings Li , Inc

ADVOGADOS: Sergio Soares Filho, Milene Ribeiro Kilmnick, Renato Parreira Stener e Outros.

CONSELHEIRO-RELATOR: Afonso Arinos De Franco Neto

Relatório

Adoto, por economia processual, como Relatório, a exposição dos fatos contidas no parecer SEAE em anexo, juntado às fls. 620 a 629 dos autos, exclusive suas conclusões.

[...]

Parecer n.º 117/01/COGSE/SEAE/MF

[...]

Da operação

A operação consiste em síntese , na aquisição da totalidade das ações da BET pela viacom. O fechamento da operação depende de uma serie de condições estabelecidas no article 10 do agreement and plan to merger(acordo e plano de fusão) , a operação foi completada em 23 de janeiro de 2001, com a aquisição da bet holdings e a assunção de dividas pela viacom.

A operação foi formalizada em 03 de novembro de 2000 , através do acordo e plano para fusão celebrado entre as partes. As requerentes informaram que o valor da operação ficou em 3 us\$ bilhões.

A submissão do presente ato dos órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa economica ocorreu , segundo as requerentes, em virtudes do disposto no paragrafo 3 do art 54 da lei 8.884/94, tendo em vista os faturamentos mundiais da Viacom e da BET terem sido superiores a R\$ 400 milhoes o exercicios financiamento de 2000.

[...]

Mercado Relevante Geográfico

A unica atividades das empresas envolvidas na operação que pode vir a produzir efeitos no mercado brasileiro é a de fornecimento de programação para programas de televisão por assinatura, pois tanto a viacom quanto a beti comercializam seus programas com seus clientes brasileiros participantes desse mercado. Entretanto, a beti não atua no mercado nacional , posto que que não possui subsidiarias nem representadas no brasil . A globosat informou que adquire o programa “jazz central ” da freemantle corporation sem intermediação de representante local.

BET Holdings Li, Inc., analisada anteriormente, a confusão existente na definição do mercado relevante pelo SBDC fica mais evidente, no Relatório, quando a SEAE considera, acertadamente, que a operação realizada no exterior, “pode vir a produzir efeitos no mercado brasileiro”. Afirma, entretanto, que a BETI “não atua no mercado nacional, posto que não possui subsidiárias nem representantes no Brasil”. E aumenta a contradição, afirmando que a “Globosat informou que adquire o programa “Jazz Central” da Freemantle Corporation sem intermediação de representante local”.

A confusão é latente, se o mercado é mundial e não existem barreiras de ordem legal à importação dos produtos é, por óbvio, que não se pode subdividi-lo para fins de delimitação do mercado relevante. Isso tanto é verdade que as sociedades fornecedoras não operam com representantes no País. Se o mercado é mundial e existem restrições de ordem legal à importação, a aquisição somente poderia dar-se por intermédio de contrabando, em caso de mercadoria de comércio proibido, ou descaminho, para o caso da comercialização do produto ser proibida no país de destino. Faz-se esse raciocínio com o objetivo de afirmar que, como não

Quanto à forma de comercialização adotada pela freemantle, que intermedia a comercialização do programa “jazz central” da beti, a globosat, como já informado, o adquire diretamente no exterior. Algumas das principais empresas brasileiras compradoras de programação para TV paga, já questionada em outros atos de concentração similares sobre a forma de comercialização utilizada nesse mercado, ratificaram as informações prestadas com relação à aquisição direta de programa no exterior, tanto diretamente das empresas distribuidoras de programação no exterior, quanto diretamente das empresas produtoras de programação quanto festivais de programação realizados regularmente. Apenas a título de ilustração, natpe, realiza todo mês de janeiro uma conferência, onde são comercializados programas diversos. Segundo o seu guia de programadores 2000, na conferência realizada neste ano em New Orleans, Estados Unidos, participaram centenas de produtores e distribuidores de várias partes do mundo, ofertando diversos programas para televisão.

Entretanto cumpre salientar que, de acordo com a regulamentação da Anatel para serviços de TV a cabo, formalizados através do decreto nº 2.207/97. A contratação de programação gerada no exterior deverá ser obrigatoriamente realizada no território nacional. Sendo assim, apesar de não haver limitações de ordem técnica para a aquisição de programação diretamente no exterior, por parte de redes de televisão aberta e por assinatura, há uma limitação legal para as operadoras de TV a cabo. Esta limitação não mostra relevante neste ato de concentração em particular, haja vista que o único cliente da beti no Brasil é a globosat, uma empresa produtora e distribuidora de programação para televisão por assinatura, e não uma operadora de TV a cabo.

Sendo assim, definimos como mercado relevante geográfico desse processo o mundial, por não existirem barreiras técnicas nem jurídicas para a comercialização desses produtos internacionalmente, e por ser uma prática comum no mercado brasileiro de televisão por assinatura.

[...]

Voto

Em termos geográficos, deve-se considerar o mercado como mundial.

Como visto no relatório a concentração oriunda da operação, no mercado mundial de distribuição de canais e programas para TV por assinatura, não é expressiva em razão de grande quantidade de concorrentes. As estimativas dos requerentes com base em dados da NATPE são de que a participação dos três maiores concorrentes não ultrapassa 10% do mercado.

[...]

Dadas as baixas participações de mercado verificadas, concluo que a operação em tela não limita ou prejudica a concorrência, devendo ser aprovada sem restrições.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar o presente ato sem restrições...

existem restrições à comercialização dos produtos, e o mercado foi definido como mundial, somente os efeitos devem ser considerados no Brasil. Ao contrário, o SBDC analisa os requerentes no mercado nacional, quando deveria preocupar-se com o mercado como um todo. Afinal, é nesse mercado, o mundial, que se dá a oferta e a procura. Assim, mais uma vez, na operação relatada, envolvendo a Viacom e a BET, o Conselho entendeu que a operação deveria ser aprovada sem restrições.

Conforme relatado anteriormente, essa divisão dos mercados relevantes impede uma análise mais precisa dos efeitos do ato. Afinal, se a operação ocorre no exterior, nada impede que os efeitos sejam sentidos somente no mercado relevante nacional. Nesse sentido foi a decisão do CADE ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.008993/2009-87,³¹¹ no qual a Braskem S.A. e a Mexichem Resinas de Colombia S.A. firmaram contrato de fornecimento, pela empresa colombiana, de

³¹¹ Ato de concentração n.º 08012.008993/2009-87

Requerentes: Braskem SA e Mexichem Resinas de Colombia S.A

Advogados Ubiratan Mattos, Maria Cecília Andrade, Adriana Franco Giannini, Pedro Conde Elias Vicentini, Pedro Conde Elias Vicentini

Conselheiro-Relator: Fernando de Magalhães Furlan

[...]

Voto

1. Dos Envolvidos

1. Braskem S.A (“Braskem”) é empresa brasileira pertencente ao Grupo Odebrecht da mesma nacionalidade, que atua no setor petroquímico com a produção de resinas termoplásticas, petroquímicos básicos e intermediários.

2. Mexichem Colômbias S.A (“Mexichem”) é empresa colombiana que pertence ao Grupo Mechichem, de nacionalidade mexicana, que exerce atividades relacionadas à produção e comercialização de resinas de PVC.

2. Da operação

3. Em 09 de novembro de 2009 foi submetida à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a presente operação, tendo como documento vinculativo o Contrato de Fornecimento (“Supply Agreement”) celebrado entre a Braskem e a Mexichem em 19 de outubro de 2009. De acordo com as requerentes, trata-se de um contrato de fornecimento, pela Mexichem Colômbia, de um volume anual de: i) resinas de PVC em emulsão e mistura de homopolímeros para suspensão, ou resinas de PVC diluentes, e ii) resinas de PVC de copolímeros para suspensão, para a Braskem por 5 (cinco) anos.

[...]

10. No que tange à dimensão geográfica do mercado relevante, as conclusões do aludido estudo da SDE também estão em consonância com aquelas apresentadas pelas empresas nos autos do presente ato de concentração. A Secretaria verificou que o mercado nacional é influenciado pelo comportamento do mercado internacional, sobretudo de produtos asiáticos, além de já terem sido aplicadas anteriormente medidas *antidumping* contra PVC importado dos Estados Unidos da América e México.

[...]

12. Assim, verifica-se a baixa probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado decorrente da presente operação, pois, de acordo com as empresas, o volume comercializado no âmbito do contrato ora sob análise corresponde a 0,9% da demanda no Brasil por PVC-Total. A participação da Braskem, após a operação, continuará perto de 1% no mercado mundial de produção e comercialização de PVC-Total.

6, Conclusão

13. Isto posto, **voto pela aprovação incondicional do ato**, adotando como fundamentos, no que couber, os argumentos e conclusões apresentados nos pareceres da SEAE e SDE.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições [...]

resinas para a empresa brasileira pelo prazo de cinco anos. No Voto, o Conselheiro-Relator expôs muito bem a situação, ao afirmar “que o mercado nacional é influenciado pelo mercado internacional, sobretudo de produtos asiáticos”. Verificasse a inclusão do mercado nacional no cenário internacional, não sendo, portanto, considerado o mercado brasileiro como um fato isolado. Diferentemente ocorreu nas decisões anteriormente, em que o Conselho divide o mercado em dois panoramas econômicos, o que não se amolda com uma economia de mercado globalizada. O Relator finaliza o voto, acertadamente, considerando a participação da Braskem, como sendo de 1% no mercado mundial de PVC, motivo pelo qual entende que deva o ato ser aprovado sem restrições, o que de fato ocorreu.

Outra evolução na forma de análise dos efeitos de uma operação dentro de um mercado relevante, por parte do CADE, é encontrada no Ato de Concentração n.º 08012.010993/2005-13,³¹² formalizado entre a L-3

³¹² **ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 08012.010993/2005-13**

REQUERENTES: L-3 COMMUNICATIONS CORPORATION E SAM ELECTRNICS GMBH.

CONSELHEIRO-RELATOR: LUIS FERNANDO SCHUARTZ

Parecer Técnico n° 06501/2005/RJ COGAM/SEAE

II – Descrição da Operação

5. A operação em tela consiste na aquisição, pela L-3, da totalidade das ações da SAM, envolvendo as indústrias de sistemas elétricos e eletrônicos, por meio da celebração do Contrato de Venda, Compra e Transferência de participação da SAM Eletronics GmbH, datado em 29 e 30 de novembro de 2005. O valor da mesma é de, aproximadamente, **confidencial**.

6. A operação ora em análise foi submetida à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 19 de dezembro de 2005 e ainda, será submetida às jurisdições antitruste da Alemanha, Noruega, Coréia do Sul e Grécia.

RELATÓRIO

[...]

II – DA OPERAÇÃO

O ato de concentração em análise corresponde a uma operação mundial com reflexos no Brasi, e consiste na aquisição pela L-3 da totalidade das ações da Sam. O presente ato ocorreu no âmbito da indústria de sistemas elétricos e eletrônicos, classificada no Anexo V da Resolução CADE n° 15/98 sob a categoria: 19:09 (indústria Eletroeletrônica, Componentes Eletrônicos); 19:99 (Indústria Eletroeletrônica, Diversos) e 20:99 (Indústria de Informática e Telecomunicações, Diversos).

O ato formalizou-se por meio do “*Contrato de Venda, Compra e Transferência de Participação da SAM Eletronics GmbH*” (“*Agreement for the sale, purchase and transfer of all the shares of SAM Electronics GmbH*”), celebrado em 29 e 30 de novembro de 2005.

III – DOS PARECERES

[...]

O parecer da SDE/MJ, tendo em vista os princípios da economia processual e da eficiência da Administração pública, utilizou na sua motivação os fundamentos apresentados no parecer da SEAE/MF. De acordo com a SDE, o “primeiro documento vinculativo” relativo à operação foi o “*Notorial Deed Sale Purchase and Transfer Agreement*”, firmado entre as partes em 29 e 30 de novembro de 2005. O ato, por sua vez, foi apresentado ao SBDC em 19 de dezembro de 2005, dentro, portanto, do prazo legal. A SDE destacou que os grupos de empresas a que pertencem as Requerentes apresentaram faturamento bruto anual no território brasileiro, inferior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), bem como, participações nos mercados relevantes identificados inferiores a 20% no Brasil. Por essa razão, tendo em vista a Súmula 1 do CADE, a SDE entendeu que a operação não satisfaria os critérios para notificação obrigatória de atos de concentração no Brasil.

[...]

VOTO

[...]

Communications Corporation e SAM Electrics GMBH, o qual não foi considerado que não satisfazia os critérios para notificação obrigatória de atos de concentração, nos termos da legislação antitruste nacional. A operação consiste na aquisição, pela L-3, da totalidade das ações da SAM, envolvendo as indústrias de sistemas elétricos e eletrônicos, por meio da celebração do Contrato de Venda, Compra e Transferência de participação. Contudo, o Relator considerou que “o mercado de sistemas e subsistemas de navegação possui dimensão geográfica internacional”, e avaliando o “incremento na participação da SAM, resultante da operação, no mercado internacional de sistemas e subsistemas de navegação comercial” [apenas 1%], concluiu que a operação “não aumentará a probabilidade de exercício de poder de mercado no território brasileiro”.

Diferentemente do que se encontrou na análise de outras decisões, a maioria do início da década, verifica-se que a partir de um dado momento a noção de mercado relevante dentro do Conselho passou a ficar mais clara, possibilitando uma melhor compreensão dos efeitos da operação. No caso em tela, o Voto foi no sentido de aprovar a operação sem restrições, o que foi acompanhada pelo Plenário.

Ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.007790/2001-16,³¹³ que consistiu na aquisição “da divisão de fabricação e comercialização de comandos de

III – DA ANÁLISE DOS EFEITOS COMPETITIVOS ASSOCIADOS À OPERAÇÃO.

[...]

O mercado de sistemas e subsistemas de navegação possui dimensão geográfica internacional. As Requerentes estimam que a totalidade da demanda brasileira por sistemas e subsistemas de navegação comercial seja atendida por meio de importações. Além disso, a tarifa de importação desses produtos para o Brasil é de 0%, não existindo quaisquer barreiras tarifárias ou regulatórias para a entrada desses produtos no país.

[...]

Isto posto, observa-se que o incremento na participação de mercado da Sam, resultante da operação, no mercado internacional de sistemas e subsistemas de navegação comercial, será apenas de 1,1%, podendo-se presumir, portanto, que a operação não aumentará a probabilidade de exercício de poder de mercado no território brasileiro relativamente ao mercado afetado pela operação.

Voto, assim, pela aprovação sem restrições, adotando como razão de decidir os relatórios e fundamentos, de fato e de direito, contidos nos pareceres da SEAE/MF, SDE/MJ e Procuradoria-Geral do CADE.

É o voto.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a presente operação, sem restrições.

³¹³

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012.007790/2001-16

REQUERENTE: MICRÓTECNICA SRI E MAGNAGHI AEROSPACE SPA

ADVOGADOS: JOSÉ INACIO GONZAGA FRANCESCHINI, GIANNI NUNES E ARAGÃO JOSÉ ALBERTO GONÇALVES DA MOTTA.

CONSELHEIRO-RELATOR: ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

RELATÓRIO

A operação consiste na aquisição da divisão de fabricação e comercialização de vôos primários e dos sistemas e equipamentos de acionamento hidráulico Magnaghi Nord, pertencente à Magnaghi Aerospace, pela Microtecnica, subsidiária integral da UTC. O ato foi submetido à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil e na Itália.

vãos primários e dos sistemas e equipamentos de acionamento hidráulico” da Magnanhi Aerospace, pela Microtécnica, o Conselho utilizou como forma de delimitação do mercado relevante o paradigma estabelecido pela análise do mesmo ato, anteriormente submetido à autoridade antitruste da União Europeia. E, como tal, já havia ficado decidido pela Comissão da Comunidade Europeia que os efeitos da operação eram de nível global, motivo pelo qual o Relator afirmou ser o mercado relevante geográfico o mundial, não havendo riscos do resultado da operação “limitar ou prejudicar a livre concorrência ou alterar substancialmente as estruturas dos mercados supracitados, voto pela sua aprovação sem restrições”. Da leitura do julgado pode concluir-se que a apreciação do CADE deu-se no sentido de considerar a participação dos requerentes, bem como os efeitos da operação dentro do mercado relevante mundial.

Uma operação aparentemente despreziosa foi apresentada ao SBDC por intermédio do Ato de Concentração n.º 08012.003846/2001-63,³¹⁴ no qual a

O primeiro documento vinculativo formalizador da operação foi celebrado em 27 de novembro de 2001, denominado “sale and purchase of Ongoing Concern”, tendo o ato sido apresentado à SDE em 18 de dezembro de 2001.

[...]

VOTO

[...]

Fica, portanto, afastada a hipótese de que este ato de concentração não se subsume no art. 54 da Lei 8.884/94. Pode ser o caso de não estar diretamente enquadrado no *caput*, mas o fato de uma das empresas participantes da operação ter tido faturamento superior a R\$ 400.000.000,00 no último balanço publicado antes da data da notificação torna o ato alcançado pelos critérios do § 3º do art. 54, e como tal, é obrigatória sua apresentação dentro do prazo estabelecido no § 4º do mesmo artigo, pelas razões até aqui expostas.

[...]

b. Mercado Geográfico

No que concerne o mercado geográfico, não obstante serem produtos cujas unidades concentrem-se na Europa e nos Estados Unidos, sua dimensão deve ser considerada a nível mundial, eis que a proximidade entre os consumidores e produtores não constitui empecilho capaz de afetar significativamente o preço final do produto em função dos custos de transporte por longa distância serem relativamente baixos, além do que, os participantes desse mercado são agentes com estrutura para atuar em todo o mundo.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do julgamento exarado pela comissão das Comunidades Europeias quando do julgamento do caso n.º IV/m.1493, tendo figurado como partes a UTC e Sundstrand em mercado semelhante. Vejamos:

“No que diz respeito aos produtos aeroespaciais, as partes alegam que esses mercados são pelo menos a nível europeu (...) Para as aplicações civis e comerciais, os mercados são abertos a nível mundial e não há barreiras significativas ao comércio. Ademais, grandes fornecedores operam mundialmente e seus clientes compram em base global.”

Sendo assim, defino o mercado relevante como sendo o mundial.

[...]

Em virtude do exposto, e considerando que a operação não tem o condão de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou alterar substancialmente as estruturas dos mercados supracitados, voto pela sua aprovação sem restrições.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições.

³¹⁴ **Ato de Concentração n.º 08012.003846/2001-63**

Requerentes: Hanover Compressor Company e Production Operations Inc.

Advogados: Syllas Tozzini, José Augusto Caleiro Regazzini, Viviane Nunes Araújo Lima e outros

Conselheiro-Relator: Fernando de Oliveira Marques

Hanover Compressor Company (HCC), submeteu à apreciação do conselho a intenção de adquirir do Grupo Schlumberger: “(i) totalidade do capital de Production Operators Corporation (POC); (ii) 30% de participação acionária em WillPro Energy Service e; (iii) 35,5% de participação acionária em Harwat International Finance N.V.” Ambas as empresas são norte-americanas, a operação é internacional, e a extensão [mercado relevante] geográfica [o], por tratar-se de negócio ligado à “prestação de serviços e sistemas de compressão de gás para o seu transporte por meio de gasodutos”, foi delimitado como o mundial. Ainda, nos termos do Relatório, o maior [único] consumidor nacional para os produtos ofertados é a Petrobrás, a qual, por força de lei, realiza suas compras por meio de licitação, que exige demonstração de capacidade técnica.

Na análise dos efeitos da operação, constante do Relatório, é apresentada a “estrutura do mercado relevante identificado” [mundial], em que consta como participantes, com suas respectivas percentagens: a) Marathon Oil (5%); b) Williams (5%); c) Chevron USA (5%); d) Hanover (6%) e e) POI

Voto

I – Da operação

Conforme exposto no relatório, por meio da operação, a Hanover Compressor Company (HCC) adquirirá, do Grupo Schlumberger: (i) a totalidade do capital de Production Operators Corporation (POC); (ii) 30% de participação acionária em WillPro Energy Service e; (iii) 35,5% de participação acionária em Harwat International Finance N.V.

IV – Da natureza da operação

A operação representa a saída do Grupo Schlumberger do negócio de compressão e tratamento de gás natural. De tal forma, o Grupo está alienando sua participação em todas as empresas, pelos quais, atuava nesse setor, ou seja, 100% da Production Operators Corporation (POC), 30% da WillPro Energy Service e 35,5% da Harwat International Finance N.V.

Por outro lado, o Grupo Hanover, especialmente ao assumir o controle da POC, estará adquirindo ativos complementares que lhe permitirão estender (sic) sua linha de produtos e ofertas para melhor atender a demanda de seus clientes, entender sua base de clientes e também, otimizar e obter maiores benefícios de seus ativos nos serviços de compressão e tratamento de gás natural. Ressalte-se que a POC é a controladora de Production Operation, Inc., empresa vencedora de uma das licitações efetivadas pela Petrobrás para a prestação de serviços de compressão de gás.

Além da transferência das citadas participações, simultaneamente ao fechamento do negócio, ou nos primeiros dias após o mesmo, a HCC e a Schlumberger Oilfield Holding Ltda. celebrarão uma aliança estratégica com duração inicial de 5 anos.

[...]

V – Do mercado relevante

A extensão geográfica do mercado de prestação de serviços e sistemas de compressão de gás para seu transporte por meio de gasodutos é determinada pela maneira como são contratados esses serviços. No Brasil, a Petrobrás é a principal companhia produtora de gás, sendo responsável pela quase totalidade desse mercado. De tal forma, a empresa é a única demandante nacional dos serviços definidos como o mercado relevante.

A Petrobrás, quando não realiza diretamente a compressão do gás por ela produzido, contrata, obrigatoriamente, a prestação desses serviços por licitação. O Edital de pré-qualificação das empresas interessadas em suprir esses serviços estabelece que tanto empresas nacionais como estrangeiras podem participar da licitação. Uma única restrição é feita nos casos de contratação de grande porte, para o que se exige uma comprovação da empresa de que tenha prestado serviços parecidos no Brasil, ou no exterior, e que seus equipamentos tenham a capacidade de prestar os serviços.

(Schlumberger) (2%). Contudo, há, no negócio entabulado, a menção de aquisição da totalidade das ações da Production Oil [In] Corporation e mais a participação acionária em outras duas sociedades cujas ações pertenciam ao Grupo Schlumberger. Da simples análise do Relatório, denota-se que a Hanover quase dobra sua participação em relação às demais concorrentes, não sendo analisada pelo conselho a possibilidade de efeito cruzado em razão de o Grupo Schlumberger vir a ter participação societária em outras sociedades que exploram a mesma atividade dentro do mercado relevante mundial, cujos efeitos seriam prejudiciais ao Brasil, em virtude do poder de escolha estar vinculado ao fato de as ofertantes “preencherem” os requisitos da licitação. Porém, em sua conclusão, o Conselheiro-Relator considerou que a “operação não altera de maneira significativa a estrutura de oferta do mercado”, e recomendou a sua aprovação sem restrições, o que foi acolhido pelo Conselho, por unanimidade.

No ato de Concentração n.º 08012.003415/2000-16,³¹⁵ uma subsidiária do Grupo norte-americano General Electric Co, especialmente criada para a operação,

³¹⁵ **Ação de Concentração nº 08012.003415/2000-16**

Requerentes: GE Grasslin GmbH & Co. KG e Grasslin GmbH & Co. KG

Advogados: Pedro A. A. Dutra, Eduardo Caminati Anders e Juliana Teixeira.

Conselheiro-Relator: Afonso Arinso de Mello Franco Neto.

Relatório

Adoto como Relatório a exposição dos fatos contida nos parecer SEAE em anexo, juntado às fls. 267 à 271 dos autos, exclusive suas conclusões.

[...]

Parecer n.º 281 MF/SEAE/COGPI

[...]

II – Da operação

Trata-se de futura aquisição, realizada em âmbito mundial, do negócio de programadores horários (time switches) da Grasslin GmbH & Co. KG pela recém constituída empresa subsidiária do Grupo General Electric Company, GE Grasslin GmbH & Co. KG conforme termos do Contrato de Compra e Venda de Ativos, datado de 14/07/00.

A presente operação envolve a transferência de ativos e de ações de diversas do Grupo Grasslin à GE. Os ativos e as ações a serem adquiridos compreendem todos os ativos materiais e imateriais envolvidos no negócio de programadores horários, inclusive as relações com clientes.

Por meio da aquisição da Grasslin, a GE Power Controls adicionará, de acordo com informações prestadas pelas requerentes, componentes residenciais e industriais nos setores de iluminação e de controle de temperatura (programadores) a sua linha de produção, complementando seus atuais canais de distribuição e acesso ao mercado. As requerentes esclareceram, ainda, que o fato de a tecnologia dos programadores horários (time switches) ser utilizada em produtos de automação de construção de pequeno e médio porte tem a aquisição da Grasslin proverá a GE Power Controls uma plataforma crescente nesse setor.

A operação cujo valor é de aproximadamente R\$ 56 milhões, foi submetida ao Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência, em 04/08/00, nos termos do estabelecido no artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 e, também, foi notificado às agências de defesa de concorrência da Alemanha, Áustria, Irlanda, Polônia e Portugal.

[...]

Voto

[...]

O mercado relevante, em termos de produto, refere-se ao mercado de programadores horários. Geograficamente o mercado é mundial, uma vez que a Grasslin não possui atividades produtivas no Brasil, assim como nenhum dos concorrentes mencionados nos autos. A oferta do produto ao mercado brasileiro é realizada por exportações.

apresentou a pretensão de aquisição do negócio de programadores horários (time switches) da Grasslin GmbH & Co. KG, de nacionalidade alemã. Quanto à atuação do grupo GE, entende-se que dispensa comentários, ante a análise dos atos anteriores. Dá conta o relatório que “por meio da aquisição da Grasslin, a GE Power Controls adicionará componentes residenciais e industriais nos setores de iluminação e de controle de temperatura (programadores) à sua linha de produção”. O objetivo também é complementar seus canais de distribuição e “acesso a mercado “notificada às agências de defesa da Concorrência da Alemanha, Austria, Irlanda, Polônia e Portugal”. O resultado das análises dessas agências não foi trazido aos autos. Com isso se denota, mais uma vez, o isolamento do SBDC, afirmando que a operação, por ser de âmbito mundial, foi em relação aos órgãos de defesa da concorrência mundial. Afinal, pelo que se observa, o Brasil é um mercado separado do resto do mundo.

Prosseguiu-se a análise, tendo os mercados relevantes [de produto e geográfico] sido definidos como mundial de programadores horários, uma vez que entendeu o Conselheiro-Relator não ter a “Grasslin atividades produtivas no Brasil, assim como nenhum dos concorrentes mencionados nos autos”. Assim, deixaram de ser analisados os efeitos da operação em relação ao resultado total da operação, não só em território nacional, como no mercado mundial, e a operação foi aprovada sem restrições, “com os cumprimentos de estilo”.

Uma narrativa mais compatível com a situação em estudo é utilizada pelo Conselheiro-Relator do Ato de Concentração n.º 0801 2.003664/2000-10,³¹⁶

[...]

Diante do exposto acima, concluo que a operação em tela não limita ou não prejudica a concorrência, devendo ser aprovada sem restrições.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar o ato sem restrições.

³¹⁶ **Ato de concentração n.º 08012.003664/2000-10**

Requerentes: Symbol Technologies Inc E Telxo Corporation

Advogados: José Martins Pinheiro Neto, Celso Cintra Mori, Flavio Lemos Belliboni, Paola Regina Petrozziello, Antonio Carlos Gonçalves E Outros (Symbol), Mario Villanova Nogueira, Andrea Villares, Carmen Laize Coelho Monteiro E Outros (Telxon).

Conselheiro-relator:Thompson Andrade.

Relatório

O presente ato de concentração trata da operação da Telxon Corporation pela Symbol Techonologies Inc , operação mundial com reflexos no Brasil, visto que ambos os grupos requerentes, embora não tenham atuação direta no país, têm seus produtos comercializados no Brasil por meio de distribuidores independentes.

Ação de concentração n.º 08012.003664/2000-10[53]

Relatório

O presente ato de concentração trata da operação de incorporação da Telxon Corporation pela Symbol Techonologies inc, operação mundial com reflexos no território brasileiro, visto que ambos os grupos

submetida ao SBDC, pela Symbol Technologies Inc Telxon Corporation. Colhe-se do Relatório que o “Ato de Concentração trata da operação de incorporação da Telxon Corporation pela Symbol Technologies Inc., operação mundial com reflexos no território brasileiro”. A justificativa, entretanto, deixa a desejar, uma vez que o Conselheiro Relator considera o fato de que as companhias “embora não tenham atuação direta no país, têm seus produtos comercializados no Brasil por intermédio de distribuidores independentes”.

O Parecer n.º 120 COBED/COGPI/SEAE/MF, elaborado pela SEAE, dá conta de que se trata de aquisição de todas as ações ordinárias da Telxon, pela TX Acquisition Corp, apresentando o “Quadro I”, como produtos ofertados: (i) Dispositivos para leitura de dados na forma de código de barra; (ii) Terminais portáteis para coletas de dados (PDCTs) e (iii) Rede locais sem fio. O único produto ofertado comum entre as duas requerentes diz respeito ao “item (ii)”, configurando assim, uma concentração horizontal no que diz respeito a Terminais portáteis para coleta de dados (PDCTs). Considera também o relatório a possibilidade de “uma integração vertical entre a empresa concentrada e o distribuidor Unimicro”, cujo proprietário de 20% do capital social é Telxon.

requerentes, embora não tenham atuação direta no país, têm seus produtos comercializados no Brasil por meio de distribuidores independentes.

O ato foi notificado em 15 de agosto de 2000 perante a SDE, em cumprimento do disposto no artigo 54 da lei 8.884/94. As requerentes consideram como a data inicial para a contagem do prazo para a apresentação previsto no artigo 54 a data do contrato e plano de incorporação, assinado entre as partes em 25 de julho de 2000 e acostado aos fls 84167. SDE e procuradoria do CADE consideram tempestiva a apresentação da operação

Tendo em vista os princípios da economia processual e da eficiência da administração pública, assim como artigo 50 parágrafo 1 da lei 9.784/99, adoto, como parte integrante deste relatório, o parecer da seae em anexo, por este conter todas as informações necessárias para a formação de juízo acerca do impacto da operação sobre a concorrência.

Ressalto que a SDE e a procuradoria do CADE entenderam que a operação se enquadra na regra de admissibilidade prevista no artigo 54 da lei 8.884/94, em razão do faturamento dos grupos requerentes superar o patamar de R\$ 400 milhões. Ambos os órgãos instrutores recomendaram a aprovação do ato, sem restrições, acompanhado da SEAE.

Dimensão geográfica

O produto objeto da operação é conhecido no mercado como “commodities”, passíveis de serem conectados à qualquer equipamentos de informática. Não há nenhuma barreira legal ou regulatória que limite a sua aquisição no mercado externo e, apesar da alíquota do imposto de importação de ser 25% não se vislumbra maiores problemas na aquisição do produto por empresas brasileiras de fornecedores estrangeiros.

Para melhor dimensionamento geográfico do mercado, consultamos alguns clientes finais do produto e nos foi permitido observar que as compras são realizadas no mercado interno em função principalmente, do oferecimento de garantia, da prestação de assistência técnica e do fato do fornecedor interno possuir estoque, consequentemente atender seus clientes com prazos menores de entrega.

Pelo comportamento dos clientes consultados, poderia-se admitir a dimensão geográfica da operação como de abrangência nacional.

Porém, em razão de não existir produção local, pelo fato de a maioria da demanda ser composta de grandes empresas multinacionais que normalmente adquirem o produto através de concorrência centralizada para atender suas necessidades globais, e da não disponibilidade e dados do mercado nacional, adotaremos para análise a dimensão geográfica da operação como mundial.

Contudo, a possibilidade é afastada, e o mercado relevante definido como mundial, tão somente pelo fato da não disponibilidade de dados do mercado nacional. O mais preocupante, no que diz respeito à falta de precisão e critério na análise, é trazido no “Quadro II”, que analisa posição das concorrentes no mercado [relevante] mundial, em que se constata que a Symbol e a Telxon, somadas, detêm 40,91% de participação.

Apesar de o Relatório considerar que “a operação propiciará à Symbol elevar sua participação no mercado [...] o que indica o controle de parcela suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral de poder de mercado”, o Conselheiro-Relator, no Voto, considerou o mercado como “em franca expansão” e recomendou a aprovação sem restrições, o que foi acolhido por unanimidade.

Efetivamente, observa-se que não existem critérios específicos, sendo a definição de mercado relevante equivocada, confundindo-se o mercado relevante com o efeito da operação. Tratando-se do mercado relevante mundial, verifica-se uma acomodação durante a última década em relação às *fusionites* mencionadas no capítulo II. A jurisprudência do CADE em se tratando do critério de pesquisa “mercado mundial é, em sua grande maioria, do final de 1990, meados de 2000. Afinal, a análise dos atos de concentração devem seguir as tendências de mercado.

Na segunda metade da presente década, parecia estar havendo uma relativa evolução no SBDE, em relação ao conceito mundial de mercado relevante, conforme se depreende da análise do Ato de Concentração n.º 08012.002115/2006-13,³¹⁷ em que o Grupo GE ressurgiu, agora em uma operação de aquisição da

³¹⁷ Ato de Concentração n.º 08012.002115/2006-13

Requerentes: GE Fanuc Embedded System, Inc. e SBS Technologies, Inc

Advogados: Túlio Freitas do Egito Coelho, Francisco Ribeiro Todorov, Priscila dos Santos Castello Branco, e outros.

Relator Conselheiro: Luiz Carlos Delorme Prado

[...]

Voto

Submete-se à apreciação deste Conselho operação onde a GE Fanuc (do Grupo GE), por intermédio da GME, Inc. – sua subsidiária integral especificamente criada para a operação -, irá adquirir controle integral sobre a SBS Technologies e negócios relacionados, todos localizados nos Estados Unidos.

A GE Fanuc projeta e produz produtos embarcados (*embedded products*) para computadores, produtos esses que fornecem soluções diversificadas para as indústrias de telecomunicações, médica, de automação industrial, defesa e aeroespacial, dentre outras.

A SBS projeta e produz embarcados padrão e customizados, que são utilizados nos equipamentos para produção de semicondutores, equipamentos e testes e medição, máquinas CT e MRJ, equipamentos para mixagem de áudio e vídeo, e simuladores (para defesa e comerciais) de vôos de aeronaves.

II – Da Operação

[...]

totalidade do controle da SBS Technologies e negócios relacionados, “cujas unidades de produção estão localizadas nos Estados Unidos e Alemanha, enquanto a GE Fanuc produz a partir dos Estados Unidos”. E no que diz respeito às vendas, são realizadas ao redor do mundo, tendo o Conselheiro Relator entendido que o mercado relevante geográfico é mundial, e, de forma elogiável, considerado que no que diz respeito “à distribuição, não é necessário ter a presença local para ofertar produtos uma vez que, fornecedores e consumidores estão localizados” em todo o mundo. Referida afirmação, apesar de expor a contradição do SBDC, corrobora o que foi dito até aqui, no sentido de que o mercado relevante mundial deve ser considerado de forma global.

Não obstante, a análise pelo Conselho foi muito superficial, desconsiderando fatos importantes, tais como a participação do Grupo General Electric Co., dentro do contexto global e, principalmente, ferindo o princípio da publicidade, ao omitir no Parecer da SEAE dados que não podem ser considerados confidenciais, como o percentual de participação da requerente no mercado mundial e nacional, uma vez que não dizem respeito a nenhum fato ou dado que deva ser mantido sob sigilo. E, ainda, sequer foi cogitada a possibilidade de existir concentração por intermédio de operação cruzada, tendo em vista a participação da GE em diversos mercados relevantes de produto. Assim, a conclusão foi no sentido de que o ato fosse aprovado sem restrições, o que foi acolhido por unanimidade pelo Conselho.

Saliente-se que a operação está sendo realizada no exterior, com efeitos mínimos no Brasil, e que está sujeita a aprovações regulatórias e à aprovação dos acionistas da SBS. A operação foi ou será notificada às autoridades antitruste norte-americanas, alemãs e italianas.

[...]

V- Dos Mercados Relevantes

[...]

O mercado para produtos embarcados é mundial, e a produção é centralizada. No caso a SBS Technologies, as unidades de produção estão localizadas nos Estados Unidos e Alemanha, enquanto a GE Fanuc produz a partir dos Estados Unidos. Os produtos dessas unidades de produção são distribuídos para venda em todos mundo.

Com relação à distribuição, não é necessário ter presença local para ofertar os produtos. Fornecedores e consumidores estão localizados em todos (sic) o mundo, e os custos de transportes são mínimos.

VI – Do Mérito

[...]

Embora as Requerentes produzam e forneçam produtos embarcados, após a operação a participação conjunta (em vendas) das empresas no segmentode produtos embarcados, considerando-se o ano de 2005, foi menor que 2% no Brasil, e menor que 8% no mundo, de acordo com informações prestadas pelas Requerentes.

Desta forma, considera-se que a operação não gera concentração horizontal relevante, ou integração vertical.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições.

Já ao analisar o Ato de Concentração n.º 08012.006478/2008-81,³¹⁸ em que são requerentes a AFS Aviation Fuel Services GmbH, Shell Deutschland Oil

³¹⁸ ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.006478/2008-81

Requerentes: AFS Aviation Fuel Services GmbH, Shell Deutschland Oil GmbH e Deutsche BP AG.

Advogados: Tulio Freitas Do Egito Coelho, Franciso Ribeiro Todorov e Outros

Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia

Parecer Técnico nº06375/2008/RJ COGCE/SEAE/MF

[...]

III. Descrição da Operação

12. Trata-se de uma aquisição mundial, pela Shell e pela BP, de 1/3 (cada) da empresa GlobalFuel (objeto da operação). A GlobeFuel é uma subsidiária integral da AFS (por sua vez indiretamente controlada pela BP e pela Lufthansa) e fornece soluções de TI destinadas a facilitar e monitorar o processo de abastecimento de aeronaves. Conforme o acordo realizado entre as partes, a GlobeFuel deverá realizar um aumento em seu capital social. Assim, após a operação, a Shell, BP e AFS, cada uma, [terão] 1/3 das ações da GlobeFuel.

[...]

16. A operação foi submetida ao SBDC e será apresentada às autoridades antitruste da União Européia e Suíça.

V. Considerações sobre a operação.

[...]

25. Vale informar que as soluções de TI fornecidas e desenvolvidas pela GlobeFuel são destinadas a facilitar e monitorar o processo de reabastecimento de aeronaves e incluem (i) o fornecimento de software de Sistemas de Gerenciamento de Combustíveis (FHS – Fuel Handling System) e (ii) serviços acessórios relacionados à implementação e utilização do FHS (serviço de integração, suporte, hospedagem e treinamento).

26. Aina, segundo as Requerentes, o *software into-plane* pode ser instalado e utilizado em qualquer aeroporto no mundo. Os produtos fornecidos pelos provedores geralmente se apresentam em diversos idiomas, permitindo que o software seja utilizado em todas as principais regiões do mundo Com relação aos serviços pós-venda e a manutenção, segundo as Requerentes, estes podem ser feitos à distância, por meio da Internet e linhas de telefone dedicadas.

27. As Requerentes informaram também, que é praticamente impossível fornecer estimativas confiáveis em termos de tamanho de mercado e *market-shares*, dado o grande número de aeroportos existentes ao redor do mundo. Para fornecer tais estimativas, teriam que saber quais empresas fornecem serviços into-plane em cada um dos aeroportos do mundo e também, precisariam saber qual é o software utilizado pelos provedores de *serviços into-plane* e, ainda, quanto aproximadamente pagaram por ele.

29. Diante do exposto, por questões de economia processual, esta SEAE não empreenderá maiores esforços na análise do mercado relevante, uma vez que o faturamento da GlobeFuel foi insignificante no Brasil e a operação não causará preocupações no ambiente concorrencial brasileiro.

[...]

VOTO

[...]

2. DAS PARTES

A AFS é uma empresa alemã pertencente aos grupos Lufthansa e BP, que fornece serviços *into plane* (serviços de abastecimento de aeronaves), construção de depósito de combustível, serviços de desenvolvimento e consultoria na construção de veículos de abastecimento e logística de transporte de combustível da refinaria aos depósitos. O grupo Lufthansa desenvolve atividade na indústria de aviação, sendo o transporte de passageiros a sua atividade fim.

A GlobeFuel, objeto da operação, é uma subsidiária integral da AFS, que fornece soluções em tecnologia da informação (TI) destinadas a facilitar e monitorar o processo de abastecimento de combustível em aeronaves.

A Deutsche BP é uma empresa alemã pertencente ao grupo inglês BP. O grupo atua na exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás, refinamento, produção e comercialização de derivados de petróleo, gás e energia.

A Shell é uma empresa alemã pertencente ao grupo inglês de mesmo nome. O grupo Shell atua mundialmente na exploração, produção e venda de petróleo e gás natural, produção e venda de derivados de petróleo e químicos, geração e energia e produção de energia a partir de recursos renováveis.

Somente o grupo Shell obteve faturamento superior a R\$ 400 milhões, no Brasil, em 2007.

Os grupos Lufthansa, BP e Shell participaram de diversas operações submetidas à análise dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, nos últimos três anos, os quais se encontram listados no item I.10, do Anexo (fls. 11-12).

[...]

6. DA ANÁLISE CONCORRENCIAL

[...]

GmbH e Deutsche BP AG, o SBDC cometeu um “*error in procedendo*”, inicialmente por parte da SEAE, o qual, posteriormente, influenciou na própria decisão do Relator. “Trata-se da aquisição pela SHELL DEUTECHLAND OIL GMBH e pela Deutsche BP AG (“Deutsche BP”) de 1/3 (um terço), cada uma, do capital social da Globe Fuel”. Já esta é controlada indiretamente pela Lufthansa e pela BP. Todas as sociedades têm suas sedes no exterior e o motivo que levou o ato ao conhecimento do Conselho foi que “o grupo Shell obteve faturamento superior a R\$ 400 milhões, no Brasil, em 2007”.

Contudo, mesmo tratando-se de análise por procedimento sumário, a SEAE não poderia ter alegado, com base na economia processual, que não empreenderia “maiores esforços na análise do mercado relevante, uma vez que o faturamento da GlobeFuel foi insignificante no Brasil e a operação não” causaria maiores preocupações ao ambiente concorrencial brasileiro. Tal fato é inconcebível tratando-se de um procedimento administrativo, cujo objetivo é apurar se uma operação é, ou não, lesiva à concorrência de um mercado relevante. Pior do que analisar equivocadamente um mercado relevante é não delimitá-lo. Afinal, dentre os princípios informativos do processo, está o da verdade real,³¹⁹ e o *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 é claro ao afirmar que devem ser submetidos à apreciação do SBDC “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes”.

A conclusão é que a economia processual alegada pela SEAE vai de encontro ao próprio princípio da economia processual, o qual, segundo afirma

Tanto a SEAE quanto as requerentes informaram da impossibilidade de se obter estimativas confiáveis em relação ao tamanho do mercado e às participações de cada empresa concorrente, visto que esse tipo de software pode ser instalado e utilizado em qualquer aeroporto do mundo; além disso, não há dados disponíveis sobre quais são as empresas que provêem serviços de abastecimento de aeronaves em cada aeroporto e qual o software de gerenciamento desse serviço elas utilizam.

[...]

7. Conclusão

Conheço do presente ato de concentração com base no § 3º do art.53 da Lei 8.884/94.

Levando em consideração o que foi acima analisado, verifico que a operação não gera efeitos nocivos à concorrência.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições.

³¹⁹ Na lição de Humberto Theodoro Júnior: Não há mais prova de valor previamente hierarquizado no direito processual moderno, a não ser naqueles atos solenes em que a forma é de sua própria substância.

Por isso, o juiz ao sentenciar deve formar seu convencimento livremente, valorando os elementos de prova segundo critérios lógicos e dando a fundamentação de seu decisório. (art. 131) [...] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Theodoro Júnior, deve “propiciar às partes uma Justiça barata e rápida, do que se extrai a regra básica de que “deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual”.³²⁰ Por fim, há, ainda, o agravante de que as requerentes informaram a impossibilidade de “fornecer estimativas confiáveis em termos de tamanho” do mercado em que atuam, “dado o grande número de aeroportos existentes ao redor do mundo”. Diante dessa [des]informação, poder-se-ia deduzir que o mercado relevante é mundial, e, com um pouco mais de boa vontade, poder-se-ia até mesmo mapear os aeroportos com maior fluxo de voos e passageiros, tendo em vista que não são tantos assim. Ademais, não é só a GlobeFuel que participa da operação, mas, também, Lufthansa e Shell, não sendo crível que sociedades desse porte não conheçam ou não procurem conhecer o mercado em que atuam. E, também, sequer se analisou o reflexo da operação no faturamento da Shell, mesmo que dentro do país, uma vez que foi esse o principal motivo, não só do submetimento como do conhecimento do ato de concentração ao SBDC. Mesmo diante de tantas discrepâncias, após a recomendação do Conselheiro relator, a operação foi aprovada sem restrições e por unanimidade pelo CADE.

Se houvesse uma diligência por parte do SBDC junto ao *Federa Trade Comission* (FCT), conforme autoriza o artigo III do Decreto n.º 4.702, de 21 de maio de 2003, que promulgou o Acordo de Cooperação entre os Governos de Brasil e Estados Unidos, possivelmente ter-se-ia obtido a informação veiculada no dia 26 de abril de 2010, pelo Jornal Valor (econômico) de que as “autoridades de defesa da competição [americanas] estão investigando se as maiores petrolíferas do mundo se uniram para coibir reajustes de salários com métodos que violam as leis antitruste americanas[...]”.³²¹ Não obstante, com o intuito de contrapor a informação, utilizando como critério de pesquisa o sítio da *Google*, conforme procedimento utilizado pelo Conselheiro Relator no processo que será comentado a seguir, optou-se por digitar a frase “principais aeroportos do mundo” e o resultado, entre várias opções, foi a

³²⁰ Idem, p. 32.

³²¹ Segundo notícia publicada no Jornal Valor de segunda-feira, 26 de abril de 2010 intitulada “Petrolíferas investigadas por conluio” colhe-se: *A investigação, que ainda não tinha sido revelada, está em andamento há alguns anos e envolve mais de dez petrolíferas, entre elas a Exxon Mobil Corp., a Royal Dutch Shell PLC a BP PLC e a Chevron Corp. [...] A FTC começou há quatro anos – sua própria investigação – sobre o caso. CATAN, Thomas. The Wall Street Journal de Washington, Jornal Valor – Segunda- Feira, 26 de abril de 2010. p. B6. Disponível em: < www.wsj.com/brasil>. Acesso em: 30 abr. 2010.*

relação no “PortalBrasil” dos mais expressivos aeroportos no Brasil e no Mundo.³²² Certamente que com mais uma hora de trabalho, a SEAE ou o próprio CADE poderiam requerer informações junto à Infraero no Brasil e às autoridades responsáveis pelo sistema aeroportuário dos demais países, no sentido de informar se as referidas empresas realizam operações ou possuem bases nos respectivos aeroportos, o que efetivamente não ocorreu.

A redenção do Conselho talvez esteja na análise do Ato de Concentração n.º 08012.005304/2007-11,³²³ em que a Google Inc. adquiriu a totalidade das ações

³²² Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/aviacao_comparativo_aeroportos.htm>. Acesso em: 2 maio 2010, 17:24.

³²³ Ato de Concentração n.º 08012.005304/2007-11

Requerentes: Google Inc e Click Holding Corp.

Advogados: Mauro Grinberg, Leonor Cordovil, Natália Oliveira Félix e outros

Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan

[...]

VOTO

1. Objeto do Ato de Concentração

Trata o ato de concentração de aquisição pela Google Inc. (“Google”) de todas as ações da Click Holding Corp. (“Double Click”). A operação ocorre no setor de publicidade via internet, conforme exposto abaixo.

[...]

4. Decisões Proferidas por Autoridades de Defesa da Concorrência em outras Jurisdições

Dado o porte da Google, o alcance das operações e os possíveis impactos dela decorrentes, presumível que autoridades de defesa da concorrência de várias jurisdições se sentissem inclinadas a investigar possíveis efeitos anticompetitivos derivados da aquisição. Este voto se inicia com a indicação das análises empreendidas pelas autoridades dos Estados Unidos da América, da Austrália e da União Européia, com o objetivo de, assim procedendo, atingir visão geral útil ao estudo do caso.

[...]

6. Mercado Relevante

Defino como relevante o mercado *ad serving*. O termo em inglês foi preservado devido à dificuldade de se encontrar um termo em português que fosse suficientemente preciso para designar a variedade de atividades realizadas neste mercado. Por *ad serving*, entenda-se o conjunto de soluções tecnológicas para a visualização, acompanhamento e gerenciamento de anúncios de publicidade via internet.

Em sua dimensão geográfica, defino mercado como mundial. Trata-se, essencialmente, de soluções tecnológicas cujo emprego ao redor do mundo não parece estar restrito por nenhuma barreira significativa. Não parece haver obstáculo a que o desenvolvimento de uma nova técnica seja transferido para qualquer região. Talvez se pudesse cogitar de alguma dificuldade associada à necessidade de acesso a servidores da empresa atuante neste mercado. Mas tal questão sequer emergiu ao longo da análise do caso, e é improvável que seja considerado um problema significativo neste setor.

7. Análise do Impacto sobre a Concorrência.

Não se vislumbra concentração horizontal no caso. A Google opera na venda de espaços publicitários e a intermediação da venda de tais espaços. Já a DoubleClick atua apenas como *ad server*, ou seja, apenas oferece soluções tecnológicas para a realização de anúncios. Embora houvesse alguma expectativa de que a Google ingressasse no mercado da DoubleClick, não foi lançada nenhuma versão operacional de qualquer produto.

Restam ainda algumas preocupações com possíveis consequências nocivas da integração entre essas empresas. Tais preocupações giram em torno de dois eixos principais: 1) aquisição, pela Google, da capacidade de empreender condutas anticompetitivas de vinculação de produtos (e.g produtos da DoubleClick estariam restritos a uso de publicidade via Google) e afastamento de concorrentes: 2) aquisição, pela Google, de vantagem competitiva excepcional, suficiente para inviabilizar a concorrência no setor de publicidade pela internet.

Entendo que não há evidências suficientes a sustentar tais preocupações, pelo menos não suficientes para justificar qualquer restrição nesta operação. Essa posição é reforçada pelas conclusões alcançadas pela Federal Trade Commission, pela ACCC e pela Comissão Européia, no sentido de que (1) trata-se de um mercado bastante dinâmico e razoavelmente fragmentado, (2) dificilmente a Google conseguiria manipular seus produtos de forma eficaz e lucrativa no longo prazo e (3) há concorrentes de peso no mercado capazes de constranger qualquer tentativa de conduta anticompetitiva pela Google.

da Click Holding Corporation, cujo objeto da operação “ocorre no setor de publicidade via internet”. O caso é interessante porque, além de tratar de um produto diferenciado e atual, que está presente no dia a dia de todos aqueles que lidam com pesquisas, comporta situações anteriormente comentadas, afastando algumas críticas iniciais. Verifica-se na narrativa do Conselheiro Relator uma preocupação em saber quais os resultados das análises previamente realizadas nos órgãos de defesa da concorrência de Estados Unidos, Austrália e União Europeia, reproduzindo parte das decisões e utilizando como fundamentação em sua decisão. Não obstante, a terminologia empregada a respeito dos possíveis *impactos* do alcance da operação nos diversos territórios onde a Google tem alcance demonstra que o Conselho está em sintonia com os efeitos globais dos atos de concentração realizados em um determinado país. Principalmente, tratando-se de internet, ao fixar o Mercado Relevante geográfico como Mundial, a decisão considera os demais concorrentes em âmbito global. Contudo, uma observação que se tenha a fazer é no sentido de que não foram realizadas diligências, por parte da SEAE, no sentido de compararem-se as participações de cada competidor, bem como uma melhor análise a respeito da concentração vertical, uma vez que foi afastada a ocorrência de concentração horizontal. Porém, o Conselheiro Relator procurou, ele próprio, realizar uma pesquisa na Internet, a fim de verificar a existência de concorrentes capazes de impedir um possível exercício de poder de mercado por parte da Google.

Tendo as autoridades de defesa da concorrência dos outros países anteriormente citados afastado a ocorrência de prática anticompetitiva, e entendendo não haver “consequências nocivas da integração entre” as sociedades elencadas, cujas manifestações constaram do Voto favorável do Conselheiro Relator, o Conselho aprovou a operação por unanimidade.

Diante das análises acima elencadas, em confronto com as decisões colhidas, verifica-se que são suficientes para traçar-se um panorama do funcionamento e da forma de decidir a questão relativa aos atos de concentração,

8. Conclusão

Ante o exposto, aprovo a operação incondicionalmente.

[...]

Acórdão [...] por unanimidade, aprovar a operação sem restrições...

por parte do SBDC, bem como a eficácia da “função judicante” do CADE, podendo passar-se às conclusões.

CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se, o máximo possível, manter a incomunicabilidade entre o acadêmico e o profissional, que comporta os anos de advocacia pública junto à Assessoria Jurídica da Advocacia Geral da União e privada, que importou em percorrer por muitas vezes extensos corredores dos Fóruns e Tribunais, Estaduais e Federais, bem como dos Ministérios e Tribunais Superiores da Capital Federal. Essa técnica gerou inicialmente críticas pelo fato de o autor estar “distante” do texto. O objetivo, em nome da ciência, foi de não contaminar o texto com as experiências e percepções pessoais, tentando evitar que a pessoa do Advogado fizesse um julgamento precipitado acerca do Conselho, em virtude de se conhecer “ambos os lados da medalha”. Durante dois anos foram realizadas pesquisas no sentido de poder reproduzir noções corretas acerca do direito antitruste, tanto no Brasil como ao redor do mundo. O trabalho inicia com uma visão das bases do direito econômico e do direito internacional e sua importância, inclusive como elemento pacificador.

No primeiro capítulo traçou-se um panorama acerca da cultura colonizadora de Portugal e Espanha que influenciaram na formação da Identidade do Brasil e das Américas. Somos frutos do monopólio português que servia ao colonialismo inglês. Nossa economia desenvolveu-se de forma tardia, sendo sempre reflexo do que ocorre no exterior. Não é sem razão que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao analisar o mercado relevante geográfico, não identifica o Brasil como sendo parte do mercado mundial. Fomos educados assim, complexados, não nos identificando entre “eles”.

Por outro lado, a nossa organização administrativa foi desenvolvida com base em uma seletividade com peculiaridades burocráticas como foi referido, baseada nos graus de parentesco e amizade, apadrinhamento e suborno. Alguns desses traços permanecem, ainda, na Administração Pública do Brasil, com o nepotismo e o alto número de ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração, que muitas vezes serve somente para alimentar a ociosidade de uma “nobreza” ineficiente, ineficaz e corrupta. Seria interessante pensar-se em criar órgãos estatais sem função alguma, somente para “empregar” essa espécie de pessoas. Certamente o serviço público seria mais eficiente, menos burocrático e,

consequentemente, menos corrupto. Porém, burocracia, corrupção e Administração parecem caminhar junto, afinal alguém tem que abrir as portas ao capitalismo predatório. Não são as pessoas, segundo Dussel, que são corrompidas, é o poder, toda vez que ele é utilizado em função de interesses que não sejam comuns. Essas afirmações, por óbvio, não são em relação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que não foi esse o objeto da pesquisa. Essa afirmação se faz com base na história, em relação à Administração no âmbito geral, e são feitas com base nos escândalos semanalmente noticiados e que já fazem parte do cotidiano dos milhões de brasileiros.

Os registros históricos dão conta de que o trabalho pedagógico de Portugal, servindo aos interesses britânicos, foi eficaz no sentido de refrear as paixões particulares. Nossa declaração da Independência foi ineficaz. A proclamação da República foi para os amigos do Rei. A Revolta de Canudos foi contida. A ditadura militar “reinou” serena. A “Diretas Já” representou apenas uma mudança de papéis, permanecendo o mesmo cenário, os mesmos atores e os mesmos personagens, com exceção dos que se aposentaram. E finalmente veio a “Virada da esquerda” para comandar a política neoliberal e implantar com sucesso aquilo que a direita não conseguiu. Sem ideologias, assim que foi.

Talvez uma vitória significativa, no que diz respeito à concorrência no Brasil tenha sido a “Revolta do Sal”, narrada no primeiro capítulo. Foram retratadas, ainda, as evoluções constitucionais e legais, e o fato de que, mesmo tendo sido inspirada na Constituição de Weimer, nossa Constituição de 1934 recebeu críticas pela doutrina por não apresentar qualquer medida no sentido de salvaguardar o direito da concorrência. Posteriormente, buscou-se abordar a criação do CADE e o surgimento da Lei n.º 8.884/94. Seguindo a tradição nacional, mais uma vez fatos estranhos ocorreram na Administração, e o “moral” do Conselho teve um abalo após o que ficou conhecido como “Caso Gerdau”. Como consequência, o órgão sofre uma repaginação e, conforme alegado, passou a ser composto por pessoal qualificado, dando a impressão de que antes era um elemento figurativo.

O capítulo desenvolve-se com o estudo da estrutura e procedimento no SBDC, identificando o funcionamento da Secretaria de Defesa Econômica (SDE), da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no sentido de desmistificar de forma

sutil esse sistema híbrido e amorfo criado, no qual uma autarquia judicante descentralizada continua vinculada a um Ministério. Contudo, como fazem questão de afirmar, sem sofrer interferência do Ministro, o que efetivamente contraria toda a doutrina. O entendimento da questão envolve longo raciocínio, no sentido de romper a “nuvem de fumaça”. Retratou-se que a doutrina foi eficaz e rápida ao considerar o fato de uma autarquia judicante ser o que denominou de “balela”.

O CADE, na verdade, é um órgão da Administração encarregado de analisar os atos que podem ser lesivos à concorrência, agindo conjuntamente com dois outros órgãos, a SDE e a SEAE, que juntos formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). No sistema jurídico brasileiro, determinados atos jurídicos, para terem validade no que diz respeito principalmente às alterações societárias das sociedades empresárias, devem ser arquivados e informados às Juntas Comerciais, subordinadas ao Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) e, em casos específicos, tratando-se de sociedades por ações à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). É sobre esses atos, somente, a atribuição do CADE, como órgão da Administração, não tendo o CADE poder de julgar, uma vez que o monopólio jurisdicional, dentro do Estado Brasileiro, nos termos da Constituição Federal de 1988, pertence ao Poder Judiciário. Porém, os processos que estão submetidos, não só ao Conselho, mas a todo o SBDC, assim como os demais órgãos da administração, estão sujeitos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, não só pelo fato de que a lei determina, mas, também, porque são princípios constitucionais de observação obrigatória.

E, apesar do nome de batismo ser Conselho, mesmo assim a nomenclatura parece estar equivocada, porque os Conselhos vinculados diretamente ao Presidente da República, também, têm previsão constitucional. No país em que tudo parece possível, surge a proposta de reforma na Lei n.º 8.884/94 e uma certeza: a emenda vai ficar pior do que o soneto. Definitivamente, vão aumentar a crise de identidade que já existia. A autarquia Judicante vai ser transformada em Tribunal, e os novos “juízes” terão um mandato de quatro anos, aumentando, também, os cargos indicativos, retornando ao cenário jurídico a figura dos “Superintendentes”.

A estrutura já está equivocada quando considera uma autarquia como se fosse um tribunal, com poderes judicantes, e o erro aumenta quando transforma a

autarquia em Tribunal, uma vez que, para ser tribunal, teria de haver previsão constitucional, o que efetivamente não tem! E mais, não se pode criar um órgão julgador, responsável por “dizer o direito”, sendo ele composto por pessoas que não têm formação jurídica. Afinal, os requisitos legais para exercer o cargo de Conselheiro não exigem bacharelado em direito, podem ser, também, bacharel em economia, representando outra incongruência.

No Capítulo dois, fez-se necessário traçar um panorama do direito da concorrência dentro do cenário mundial. E, para tanto, há que se fazer um resgate do direito internacional analisando este como uma pluralidade de Estados que se relacionam entre si, sem, contudo, a existência de uma norma superior que regule suas relações. O direito internacional está intimamente ligado à questão econômica por ser o comércio responsável inicialmente pela interrelação entre os povos. O respeito às soberanias dos povos, a possibilidade de realizar trocas econômicas entre si e uma pluralidade de Estados com objetivos afins são os requisitos sociológicos para a existência de um direito internacional. Abordou-se a divisão doutrinária entre o monismo e o dualismo, apresentadas por Kelsen e Trieppl e suas muitas subdivisões e as várias escolas, dentre as quais as da Alemanha, França e Itália. A confusão que se faz em relação ao Direito Internacional ser subordinado a um poder superior que vincula todos os Estados, certamente deriva do trabalho pedagógico mais uma vez resultante dos séculos em que a Igreja Católica exerceu domínio sobre os povos da Europa, dentre eles, nossos colonizadores, por intermédio da *Respublica Christiana*. Desenvolveu-se, assim, uma noção equivocada acerca do direito internacional, dando a impressão de que os Estados estão subordinados a uma “legislação de direito internacional”.

Pelo contrário, abordou-se a necessidade de cooperação entre os Estados, ao invés da subordinação ou interdependência, que são formas nocivas de convívência. Essa cooperação importa em uma visão sistêmica do direito internacional, em uma teoria onde os Estados se auto-organizam, muito mais do que um monismo ou dualismo, um verdadeiro sistema jurídico internacional, em que, no sentido etimológico, os diversos povos “colocam-se juntos” com o intuito de cooperarem, não havendo hierarquias, sendo considerado o todo e não apenas as partes. É fragmentação atribuída equivocadamente a Descartes, denominada erroneamente de cartesiana, a grande responsável pela divisão do mundo em

grupos religiosos, raciais e políticos. A fragmentação não é cartesiana: a fragmentação é da mente humana! É fruto de um trabalho pedagógico desenvolvido por longo tempo. A visão sistêmica vai à contramão desse pensamento, ou por que não dizer: o pensamento sistêmico vai pelo caminho certo, conduzindo o homem de volta à sua natureza, a natureza humana, em que o homem faz parte do todo. A realidade do mundo, contudo, é outra, estando dividido por aglutinamentos regionais, econômicos e políticas. O comércio como forma de união entre os povos, muitas vezes representa uma divisão em blocos econômicos e mercados regionais e continentais. O mais absurdo é que, em pleno século XXI, a intolerância, racial e religiosa, fruto muitas vezes da intenção velada de conduzir as massas pela ignorância, forma um entendimento acerca daquilo que não conhece, ou conhece porque ouvira falar, interferindo de forma direta na relação entre os povos.

Enquanto isso, os grandes conglomerados econômicos avançam silenciosos, embarcados na onda da globalização hegemônica, introduzindo seus produtos e costumes nos novos “mercados”, que é como podem ser denominados os Estados, sendo habitados não mais por cidadão, mas por consumidores. E o conceito de Estado-Nação vai sendo superado, enquanto os costumes estão transformando-se em “produtos”. Há um novo deus, provedor de todos os desejos: o Crédito. E com isso prosperam os bancos, as novas igrejas, com a mesma imponência, pé direito alto, agora com sua nova estrutura, dividida em vários confessionários, as salas íntimas onde se pode conversar em separado com os novos sacerdotes, os gerentes de conta. O consumidor é “abençoado” ao ser aceito pela instituição e compra seu carro novo e sua “casa própria”. Para isso vai ter de trabalhar o resto de sua vida, a fim de amortizar os juros, e, um dia, quem sabe, poderá regozijar-se e gozar sua aposentadoria. Afinal, contribui durante mais de 30 anos para os planos de previdência, o mantido pelo velho Estado e também, de forma complementar, para aquele da sua instituição financeira.

Assim os conglomerados funcionam a “todo o vapor”, em seus diversos setores, financeiro, automobilístico, imobiliário, de energia, de telecomunicações, de refrigerante e bebidas. Afinal, todo o trabalhador merece poder ligar para os amigos dos seus modernos aparelhos de telefonia móvel celular e assistir ao seu programa favorito sentado em frente à sua televisão tela plana, “Full HD”, e beber a sua cervejinha: Ele é um guerreiro! O trabalho pedagógico é perfeito, e a massa assiste

a tudo sem nada poder fazer. Se determinado país tenta ir contra sistema hegemônico, no intuito de preservar seus costumes, é logo classificado de “terrorista”. Afinal sua religião não permite o uso de marcas de *griffe*, nem de maquiagem ou cosméticos. E a fome prolifera no continente esquecido, uma vez que a cor da pele das pessoas que lá habitam é diferente daquelas dos continentes hegemônicos. Talvez o desabafo tenha saído um pouco do objeto, mas faz parte do texto, ou ao menos da pesquisa, uma vez que ela envolve três anos de trabalho, envolvendo leitura, viagens e reflexão. Não se pode prosseguir sem falar das constatações pessoais acerca da economia corrente entre os povos.

Há a necessidade de controlar esse movimento desordenado que transforma o cidadão em um número apenas, mais um consumidor. E quem não consome, na visão capitalista hodierna, não tem acesso a seus direitos. Em seu objetivo principal que é o de aumentar os lucros, os conglomerados tendem a aglutinar-se, buscando eliminar a concorrência, deixando o consumidor sem poder de escolha. Alguns intelectuais há muito se deram conta disso e procuram uma forma de codificar as relações econômicas no âmbito mundial. Por óbvio que o projeto “ficou no papel”, uma vez que não se chegou a um consenso acerca da aplicabilidade da extraterritorialidade das normas, e o interesse dos Estados, principalmente os mais desenvolvidos, preponderou. A solução apresentada por parte da doutrina, também, comporta o direito de mercado e a economia social de mercado, que priorizam a liberdade de concorrência entre os competidores por intermédio do direito antitruste. Segundo os autores tratados no segundo capítulo, o modelo econômico mundial deveria seguir os padrões instituídos pela Alemanha e pela União Europeia, o que efetivamente não ocorre no Brasil.

O direito antitruste brasileiro aproxima-se muito do direito antitruste americano, tendo inclusive importado para o texto da Lei n.º 8.884/94 o discurso consagrado pela Escola de Chicago. Por certo que os Estados Unidos prosperaram pelo fato de que sempre se preocupam em evitar a concentração tanto de terras como de mercado nas mãos de poucos. É da política americana garantir o acesso igualitário aos cidadãos, ressalvadas as desigualdades naturais. E o direito antitruste norte-americano surgiu da atenção despertada para o fato de que com o surgimento dos “big bussines”, por necessitar de grandes investimentos, tinha a tendência de promover a formação de pools, que é o termo que alguns doutrinadores consideram

correto para o acordo firmado entre os competidores para afastar a livre concorrência. Dentre as teorias defendidas, por um lado, os evolucionistas consideravam que essas operações eram inevitáveis por ser da própria “natureza”; e por outro lado, havia os que defendiam que deveria prevalecer a lei da “seleção natural”, em que somente o mais forte sobreviveria. O direito antitruste americano, ao contrário do brasileiro, foi construído a partir de normas gerais, evoluindo por intermédio das decisões judiciais, consubstanciada, historicamente, pela *reason rule* e a *per se doctrine*, cujos conceitos e diferenciações foram tratados ao longo do capítulo. Na União Europeia, as normas do direito antitruste são aplicadas a partir dos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma e tem como fundamento principal a delimitação do mercado, fixando, assim, os limites do ambiente competitivo.

Esses dois sistemas servem de modelo para muitos países, dentre os quais o Brasil, que, além da clonagem do direito norte-americano anteriormente referida, mesclou-a com o direito antitruste europeu. O direito antitruste europeu que nasceu limitado aos atos manifestados no interior da União Europeia, Estados-Membros, com a globalização, evoluiu para além das fronteiras dos Estados-Membros, nascendo a teoria dos efeitos globais. O motivo muitas vezes apontado para a necessidade de encontrarem-se alternativas de aplicação das leis antitrustes em uma escala global é a interdependência crescente das economias. É justamente na dependência ou interdependência que reside o grande problema. Se as relações fossem de cooperação não haveria dificuldades de manter-se a ordem econômica nos vários mercados. Contudo, os Estados mais desenvolvidos têm [defendem o] interesse dos seus grandes conglomerados e estes precisam conquistar novos mercados [Estados] menos desenvolvidos, mantendo para isso a interdependência. É um círculo vicioso e viciante, acerca do qual não se vê uma luz no fim do túnel. A solução, portanto, está em impor um controle estatal, interno, no intuito de impedir que os efeitos dos atos de concentração realizados nos outros Estados [mercados], possam prejudicar a concorrência dentro do território [mercado] nacional. É essa a teoria do “*effects doctrine*”.

No terceiro capítulo adentra-se o objetivo específico do trabalho que é a análise das decisões do CADE. Antes, contudo, optou-se fazer uma breve introdução acerca do objeto das decisões, que são os atos de concentração submetidos ao SBDC. Demonstrou-se que a obrigatoriedade tem previsão legal,

conforme a norma contida no artigo 54 da Lei antitruste, interpretando o artigo, os parágrafos e incisos, buscando também conceituar as operações que podem proporcionar concentração, quais sejam a fusão e a incorporação. Novamente, fez-se referência ao fato de que as operações analisadas visam tão somente aprovar ou não os atos de concentração, os quais dentro da esfera da Administração estão sujeitos ao SBDC, para sua validação junto ao DNRC, ao qual são subordinadas as Juntas Comerciais e também à Comissão de Valores Mobiliários, no caso de Sociedades por ações. É necessário fixar-se bem essa posição, a fim de desmistificar a ideia de que o CADE é um tribunal administrativo brasileiro, encarregado de julgar os atos de concentração. Daí se passa à conclusão do que se relatou até aqui, para posteriormente prosseguir no relatório e conclusão acerca da análise dos atos de concentração específicos.

O Brasil é fruto da colonização portuguesa e por isso tem uma crise de identidade em relação à sua posição no mundo. Portugal era ignorado pelo restante da Europa, servindo quase como uma colônia inglesa. Nossa colonização, portanto, serviu para sustentar uma nobreza ociosa, quer seja a de Portugal ou a da Inglaterra. Com isso, sempre se teve dificuldade de defender-se os interesses internos, afinal, eles estavam diretamente atrelados aos interesses externos. Foi difícil, portanto, estabelecer uma cultura de combate aos monopólios, uma vez que estes eram interesses da Coroa. Assim se passaram quase 400 anos [até a República], desde o descobrimento, não se podendo apagar um trabalho pedagógico da noite para o dia: a questão é, portanto, cultural! Nossa legislação antitruste nasce e modifica-se em meio a essa cultura e, pelo visto, não consegue, também, desvencilhar-se dela tão facilmente. Conquistamos órgãos encarregados de analisar as práticas anticoncorrenciais, com um corpo de dedicação exclusiva e funções remuneradas definidas, composta por cargos indicativos e procedimento certo; porém, confuso, de certa forma eficiente, mas [ante a forma legislativa] ineficaz.

Contextualizado dentro do mercado global, há que se estar preparado para entender muito mais do que de economia ou direito econômico, é preciso entender o direito internacional, suas bases e diferentes doutrinas. O mundo tornou-se um grande mercado onde a interdependência crescente originada pela globalização vem reduzindo as fronteiras e o conceito dos Estados-Nações: os

cidadãos tornaram-se consumidores. Isso chamou a atenção dos doutrinadores que tentaram, sem sucesso, ordenar o direito internacional econômico e atrelá-lo à Organização Mundial do Comércio (OMC). O interesse dos países desenvolvidos prevaleceu, e o projeto fracassou: ficou evidente que não há interesse em cooperação, devendo a interdependência ser mantida. Desenvolveu-se o raciocínio que, diferentemente das teorias do monismo e dualismo, há que se ter em mente a existência de uma interrelação sistêmica de cooperação entre os Estados. O modelo atual de legislação antitruste que predomina é fruto da mescla entre o direito antitruste desenvolvido pelos Estados Unidos e a União Europeia. O Brasil seguiu a cartilha e importou para nossa legislação ambos os conceitos, bem como criou na legislação não apenas “válvulas de escape”, mas “escotilhas”. A conclusão acerca do restante vem após o comentário das decisões analisadas.

Utilizando-se o critério de pesquisa “mercado mundial” no *site* do CADE, foram listadas, impressas e lidas, mais de 100 decisões acerca das operações de aquisição, fusão e incorporação submetidas à apreciação do SBDC. A informação acerca da forma de obtenção das decisões foi respassada por intermédio de contato telefônico com o responsável pelo Setor de Processamento de Dados do CADE, o que possibilitou uma economia de tempo, bem como com passagem aérea e hospedagem. Como critério de triagem, optou-se pelos setores mais importantes, com energia elétrica e tecnologia, transportes, minérios e casos mais interessantes. Restou pouco mais de 50 (cinquenta) decisões que foram selecionadas segundo a relevância e também cronologia, uma vez que se optou por analisar algumas das mais recentes, a fim de verificar a evolução de pensamento do Conselho, bem como se a teoria do *effects doctrine* aportou por terras brasileiras. A conclusão é frustrante!

Dentre os casos analisados, verificou-se uma total falta de comunicação entre as decisões do SBDC. Não houve um ato sequer entre os analisados, segundo o critério de pesquisa acima informado, que tenha sido rejeitado. Tampouco, nenhum teve rejeição, ou baixou em diligência: foram todos aprovados por unanimidade e sem restrição quanto ao mérito. Isso significa excluir alguma ou outra cláusula de não concorrência com prazo maior do que cinco anos, cujo efeito não é verdadeiramente nocivo ante a possibilidade de afastar-se o dano pela natural expansão do mercado. Outro equívoco é a falta de critério na fixação do mercado

relevante. Isso quando este é definido. Em muitos casos há um verdadeiro contorcionismo em uma sucessão de equívocos na fixação e análise do mercado relevante, definindo-se o mercado como mundial, e analisando o nacional, como se o nacional não fizesse parte do mundial.

O correto, como em alguns casos citados, justiça seja feita, é fixar o mercado relevante como mundial e analisar os efeitos dentro do mercado nacional, analisando, ainda, se não existe correlação com algum ato já analisado. Pelo contrário, com a justificativa de utilizar-se a *reason rule*, analisam cada caso isoladamente, dando margem à aprovação maciça. Não obstante, não são observadas as presunções legais de domínio de mercado existentes no artigo 20 da Lei n.º 8.884/94, dando-se preferência para a aplicação de uma versão brasileira da teoria desenvolvida pela Escola de Chicago, justificando um ganho de eficiência em muitos casos em que pode haver sério risco de prática anticoncorrencial. Em um caso específico relatado, envolvendo empresas de combustível, o SBDC, mesmo possuindo condições, não noticiou a realização de nenhuma diligência no sentido de trocar informações com a autoridade antitruste americana ou de outro país onde os efeitos tiveram reflexos. Considerou, entretanto, as informações fornecidas pelas requerentes, as quais justificaram a impossibilidade de se identificar o seu mercado de atuação, tendo em vista o grande número de aeroportos existentes. O setor de energia e tecnologia, também, deveria ser averiguado com maior prudência, ante o risco de concentração que possa vir a exercer poder de mercado.

A sugestão que se apresenta é a criação ou inserção de um órgão legítimo no texto constitucional, por intermédio de reforma, ou emenda constitucional, com poderes definidos no sentido de promover de forma ampla e eficaz a tutela da concorrência. Isso importa em realmente desvincular o controle da Administração. Há ainda pela economia a possibilidade de utilizar-se um critério de especialização dentro da estrutura da Justiça Federal, com competência para julgar especificamente questões ligadas à concorrência. Com isso se aproveitaria a estrutura já existente, reduzindo os custos para o Estado. Soma-se a isso a necessidade de regulamentar a configuração do SBDC dentro da esfera administrativa como órgão de controle dos atos de concentração e demais práticas anticoncorrenciais, no sentido de lhe dar a identidade necessária, atribuindo maior poder aos Conselheiros para determinar sobre a SEAE ou outro órgão que venha a ser criado com a finalidade específica de

fornecer subsídios técnicos e investigativos. Não obstante, nesse caso, é necessário determinar-se na configuração do Conselho um número certo de Conselheiros com formação jurídica e um número com formação econômica.

Com essas considerações, espera-se ter emprestado clareza ao presente trabalho, no sentido de conduzir o leitor para compreender o sistema de defesa da concorrência, bem como sua inserção no cenário do direito internacional, uma vez que o entendimento deste, também, possui fundamental importância ante a crescente expansão da economia global, fazendo com que a “conquista”, que antes era territorial, agora seja por intermédio do mercado.

REFERÊNCIAS

ABRIANI, Niccolo; COTTINO, Gastone; RICOLFI, Marco. *Trattato di Diritto Commerciale*. Padova: CEDAM, 2001, p. 522.

ADINOLFI, Adenila et al. *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*. Milano: Giuffrè editore, 2002.

ALVES; Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 12 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Lex Editora S/A, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: EDIPRO, 1995.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BACHELARD, G. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2000.

BAEL, Ivo Van; BELLIS, Jean-François. *Competition Law of the European Community*, 4. ed. Haia: Kluwer Law International, 2005.

BARBEZAT, Daniel Pierre. *International cooperation and domestic cartel: the international steel cartel, 1926-1939*. Illinois: Editora UMI-University microfilms International, 1988.

BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000.

BASSO, Maristela. *Joint ventures Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 1998.

BENECKE, Dieter. O processo de reforma econômica na América Latina - Novas exigências ao diálogo político de ordenamento. *Cadernos da Fundação Luis Eduardo Magalhães - 2 Políticas Sociais - Instrumentos de Justiça Social.* - Salvador: 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre o direito, Estado e economia na República de Weimar.* 2003. 172 f. Tese (Livres docência) – Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 11, Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>> Acesso em: 15 ago. 2010, 16:33.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOSCHEIRO, Nerina; LUZZATO, Ricardo. *I rapporti economic internazionali e levoluzione del loro regime giuridico.* Milano: Editora scientifica, 2007.

BRAGA, Carlos Alberto ET al. (Org.). O Brasil, O Gatt, A Rodada Uruguai. São Paulo: IPE/USP- Instituto de pesquisas econômicas da faculdade de economia, administração e contabilidade da Universidade de São Paulo, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei n. 8884, de 11 de maio de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccvil/leis/L8884.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. Projeto de lei n. 3937-B, de 2004. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/635240.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BRASIL. Projeto de lei n. 3937-B, de 2004. Justificativa do Projeto de Lei apresentado pelo Executivo e assinado eletronicamente por: Márcio Thomaz Bastos, Antonio Palocci Filho, Paulo Bernardo Silva. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/339118.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Do parecer da comissão de defesa do consumidor, meio ambiente e fiscalização do Senado Federal, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 6, de 2009. Relator: João Pedro. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70633.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas S. A, 1996.

CALAMIA, Antonio Marcelo. *La nueva disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*. Milano: Giuffré Editore, 2004.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida uma compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Robeval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1997.

CARBONE, Sergio M.; AMALFITANO, Chiara. *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale da bruxelles i al regolamento CE n.º805/2000*. G. Giappicheli Editore Torino, 2000.

CARR, Edward Hallet. *Vinte anos de crise 1919-1939: pensamento político*. Tradução de Luiz Alberto Figueredo Machado. Brasília: Editora UNB, 1981.

CARVALHO, Leonardo Arquino de. *Direito antitruste e relações internacionais extraterritorialidade*. Curitiba: Juruá , 2001.

CATAN, Thomas. The Wall Street Journal de Washington. *Jornal Valor*, p. B6, Segunda- Feira, 26 abr. 2010. Disponível em: < www.wsj.com/brasil>. Acesso em: 30 abr. 2010.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de serviços na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006.

CERRONI, Umberto. *Teoria do partido político*. Tradução Marco Aurélio Nogueira e Silvia Anette Kneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982.

CERVEIRA FILHO, Mário. *Shopping Centers: direito dos lojistas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Chistina. Rio de Janeiro: AGIR, 1980.

CLURMAN, Richard M. *Até o fim da TIME: a sedução e conquista de um império da Mídia*. Tradução Elena Gaidano. São Paulo: Civilização Brasileira, 1996.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CUCINOTTA, Antonio. PARDOLESI, Roberto. VAN DEN BERGH, Roger. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc. 2002.

DAL RI JÚNIOR, Arno. A extraterritorialidade das normas “antitrust” da comunidade européia. In: DEL´OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). *Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80.º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 83-105.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional; comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

DAL RI JUNIOR, Arno; ORO, Ari Pedro (Orgs). *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*: Petrópolis: Vozes, 2004.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). *Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80.º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

DIXIT, Avinash; NORMAN, Victor. *Theory of International Trade*. Cambridge: University of Cambridge, 1993.

EDWARDS, Corwin D.; KREPS, Theodore J. *Acartel Policy for the United Nations*. Columbia: Columbia University Press, 1945.

EISENACH, Jeffrey A.; LENARD, Thomas M. *Competition, innovation and microft monopoly*. antitrust in the digital marketplace. [S.I.]: Editora The Progress e Freedom Foundation, 1998.

ELISWORTH, Paul T. *Economia internacional*. Tradução Eduardo Castro Neiva JR. São Paulo: Atlas S. A, 1978.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría dos conflictos hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura: sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especiais: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e Na Administração Pública*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

FERREIRA JÚNIOR, Lier Pires. *Estado, globalização e integração regional: políticas exteriores de desenvolvimento e inserção internacional da América Latina no final do século XX*. Rio de Janeiro: Editora America Jurídica, 2003.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). *Comentário à Lei Federal de Processo Administrativo*. São Paulo: Saraiva: 2004.

FLORES, Joaquin Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato*. Madrid: Editora Catarata, 2005.

FLYNN, John T. *God's Gold the story of Rockefeller and his times*. London: Harrap, 1933.

FONSECA JUNIOR, Gelson (Org.). *Rousseau e as relações internacionais*. Brasília: UNB, 2003.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence A.; PERITZ, Rudolph J.R. *Cases and materials on U.S: antitrust in global context*. 2. ed. St Paul, MN: WEST PUBLISHING CO, West, a Thompson Bussines, 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme Interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular ME, 1998.

GENTIL, Alberico. *O direito da guerra*. Tradução Diego Panizza. Ijuí: Editora UNIJUI, 2005.

GIULIANO, Mário. *Considerações sobre a sonstrução do ordenamento Internacional*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem economica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 12. Ed. Sao Paulo: Malheiros, 2007. 391p.

GRESH, Alan. *Israel, Palestina verdades sobre un conflicto*. Tradução Jaime Zulaika. Barcelona: Editorial Anagrama S.A, 2002.

GROSSI, Paolo. *L Europa del diritto*. [S.l.]: Editori Laterza Fare Europa, 2008.

GROTIUS, Hugo. *Direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora UNIJUI, 2005.

GUIDOLIN, Benedito. *Economia e comércio internacional ao alcance de todos*. São Paulo: Edições Aduaneiras LTDA, 1991.

H AidAR, Rodrigo. *O CADE na Mídia*.

Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cbf4edb35ea01021421390e26>>.

Acesso em: 8 jan. 2010, 11:12.

HANDLER, Miton. *Antitruste in perspective: the complementary roles of rule and discretion*. New York City: Columbia University Press, 1957.

HEXMER, Ervin et al. *The international steel cartel*. Carolina (USA): University of Carolina Press, 1943.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p.145.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IMMENZA, Ulrich. *EL mercado y el derecho estudios de la competencia*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2001.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na união européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro, e da moeda*. São Paulo: Atlas, 2007.

KORAH, Valentine et al. *Il Diritto della concorrenza nella cee*. [S.l.]: Editoriale del Sole, 1984

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira São Paulo: Perspectiva S.A., 2006.

LAFER, Celso. *JK e O Programa De Metas, 1956-1961: Processo de planejamento sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2002. p. 82

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. *Direito antitruste: Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LIBERTINI, Gustavo Ghidini Mario; PUTZOLU, Giovanna Volpe. *Tratado de diritto commerciale e di diritto pubblico dell economia*. [S.I.]: Letteraria Riservata, 1981.

MAGNANI, Paola. *Latutela della concorrenza nel mercato dell innovazione*. Milano: Editora EGEAS S. P.A Edizioni, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo*. Curitiba: EDIBEJ Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

MASÍA, Maria Cecilia Gomez; ZALDUENO, Susana czar de (Coor.). *Derecho Económico*. [S.I.]: FEDYE EDITORIAL, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEZZARROBA, Orides. *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 302p.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILANESI, Enzo Moavero. *Dirito della concorrenza dell unione europea*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2004.

MONTEIRO, John M. Bartolomeu Fernandes de Faria e seus Índios. Sal, Justiça Social e Autoridade Régia no Início do Século XVIII. *Revista Tempo*, Niterói, v. 8, p. 23-40, 1999.
Disponível em <http://www.ifch.unicamp.br/ihb/estudos/TupiTapuia.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2010.

MOREIRA, José Octávio de Campos; MOREIRA, José Octávio de Campos. *Economia: notas introdutórias*. São Paulo: Atlas, 1995.

MUNARI, Francesco. *Diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimo*. [S.l.]: CEDAM Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1993.

NOBRE, Marcos (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartien Latin, 2005.

OLIVEIRA, Maria de Oliveira. *Relações internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias globais elementos e estruturas*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PELAYO, Manuel Garcia. *EL estado de partidos*. Madri: Alianza Editorial, 1986.

PICONE, Paolo; SACERDOTI, Giorgio. *Diritto internazionale e dell economia*. Milano: Franco Angeli Editore, 1982.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. Salvador: Editora Podivm, 2009.

RICUPERO, Rubens. *O Brasil e o futuro do comércio internacional*. Rio de Janeiro: IPRI- Fundação Alexandre de Gusmão e Instituto de pesquisa de relações Internacionais, 1988.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. Tradução Maria Lucia G.L. Rosa São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.

ROCHERE, Jacqueline Dutheil de la. *Interventions publiques et droit communautaire*. [S.l.]: Universite Rene Descartes-Faculdade de Droit, 1988.

ROMANO, Santi. *O conceito de instituição e ordenamento jurídico internacional*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSO, Jayme Vita. *Novos Apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: Editora LTR, 1998.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *Rosseau e as relações internacionais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

RIDYARD; Derek. *Defining the relevant market: a review of current ec commission practice*. London: National Economic Research Associates, 1995. 21 p.

SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997.

_____. *O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira*.

Disponível em:

<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=lucia_salgado>

Acesso em: 20 fev. 2010, 12:29.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SANTOS, Boaventura. *A gramática do tempo para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. 2. ed. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UNB, 1996.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCRITTI, Gil. *Santi romano nel tratado Orlando*. Milano: Giuffré Editore, 2003.

SILVA, Beatriz Soares da Silva; VIEIRA, Thais Colomba Bassetto. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: CIEE, 2007. 112 p. Edição Especial do Guia Prático do CADE, edição bilíngüe.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SINGER; Eugene M. *Antitrust economics: selected legal cases and economic model*. New Jersey: Prentice Hall, Inc 1968.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações 2*. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenske. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Política econômica brasileira e internacional*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

SYMEONIDIS, George. *Price competition and market structure: the impact of cartel policy on concentration in the UK*. Essex: Editora University of Essex and CEPR-CENTRE for economic policy reseach, 1999.

TESSAURO, Giuseppe. *Diritto comunitario*. 5. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani CEDEM, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THOMAS, Dana. *De luxe: como o luxo perdeu o brilho*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21.

VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Competition Law of the European Community*. Holanda: Kluwer Law International, 2005.

VERGOTTNI, G de. *Diritto costituzionale comparato*. Torino: Casa Editrice Dott, 2007.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 5 ed. Madri: Aguilar, 1967.

VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2006.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução M. Irene de Q.F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K Szmrecsányi. São Paulo: Cengage Learning, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Antonio Carlos. *História do direito do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAMPETTI, Pier Luigi. *Del estado liberal al estado de partidos: la representación política*. Tradução Virgilio J Loiacono. Buenos Aires: Editora EDIAR , 1969.

ZICCARDI, Piero. A evolução e perspectivas da escola italiana de direito internacional no século XX, *Revista Sequencia*, Florianópolis, n. 51, p. 211, Fundação Boiteux, 2005.